

1.7. Concursal Civil

HIPOTECA UNILATERAL E INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREDITADORES

por

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

SUMARIO: I. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA HIPOTECA UNILATERAL:

1. TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO FORMAL.
2. TEORÍA DE LA HIPOTECA CON CONDICIÓN SUSPENSIVA.
3. TEORÍA DEL NEGOCIO DISPOSITIVO UNILATERAL: A) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la adquisición de la hipoteca por el favorecido.* B) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la constitución de la hipoteca.*
4. TEORÍA DE LA RESERVA DE RANGO.
5. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA HIPOTECA POR LA REGISTRACIÓN DE LA ACEPTACIÓN DEL FAVORECIDO POR ELLA.
6. LA TESIS DE PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.
7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—II. LA PROBLEMÁTICA PRÁCTICA DE LA HIPOTECA UNILATERAL OTORGADA ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADA A REGISTRO DESPUÉS.—III. UNA PROBLEMÁTICA ANTERIOR A LA VIGENTE LEY CONCURSAL. LOS EFECTOS DE LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA SOBRE LAS HIPOTECAS UNILATERALES CONSTITUIDAS POR EL QUEBRADO.—IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES IMPUESTAS AL CONCURSADO POR LA LEY CONCURSAL DE 9 DE JULIO DE 2003: 1. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES IMPUESTAS AL CONCURSADO INCIDEN EN SU CAPACIDAD DE OBRAR. 2. CRÍTICA A LA TEORÍA QUE RELACIONA LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO CON UNA FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR.
3. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO AFECTAN A SU LEGITIMACIÓN, AL AFECTAR A SU PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES INTEGRADOS EN LA MASA ACTIVA: A) *Las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su legitimación.* B) *En concreto, las limitaciones patrimoniales suponen una prohibición legal de disponer y de administrar.* C) *Las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de disponer y de administrar de los bienes integrados en la masa activa.*—V. LAS SOLUCIONES PRÁCTICAS A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA: 1. DESDE LA CONSIDERACIÓN DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO COMO UNA FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR. 2. DESDE LA CALIFICACIÓN DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO COMO PROHIBICIONES JUDICIALES DE DISPONER Y DE ADMINISTRAR QUE RECAEN SOBRE LOS BIENES INTEGRADOS EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO: A) *La inscripción de concurso no impediría el acceso registral de la escritura de hipoteca unilateral otorgada con anterioridad.* B) *La inscripción de concurso impediría el acceso registral de la escritura de hipoteca unilateral otorgada durante el periodo sospechoso.*—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA HIPOTECA UNILATERAL

Según el artículo 138 de la LH, «son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan y solo podrán constituir las quienes tengan la libre disposición de aquellos, o en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes». El artículo 141 LH, por su parte, indica: «En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución misma.

Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó¹.

A diferencia de las hipotecas convencionales en las que se inscribe el acuerdo de las partes, en las hipotecas unilaterales constituidas no por convenio sino por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, lo que se inscribe es el *acto dispositivo del dueño, inter vivos o mortis causa*².

En torno a la construcción jurídica de la hipoteca unilateral se han formulado diversas teorías:

1. TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO FORMAL

Esta postura fue sostenida por JERÓNIMO GONZÁLEZ, para quien el artículo 138 LH era un caso de admisión en el derecho español del principio del consentimiento formal. De manera que el artículo 138 LH no sería un supuesto de constitución de hipoteca por acto unilateral, sino solo un caso de asiento de inscripción consentido formalmente por el titular de los bienes y que no implicaba la existencia sustantiva de una hipoteca³. La inscripción formalmente consentida

¹ El artículo 237 RH complementa el artículo 141 LH señalando que «en el requerimiento prescrito por el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley se determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

Para practicar la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura cancelatoria».

² El artículo 141 LH procede del artículo 139 de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, mientras que el artículo 138 LH, procede de la LH de 1861. Como los registradores de la propiedad se negaban a inscribir las hipotecas constituidas como garantía a favor de la Hacienda, mientras no recayese la aprobación de esta, que, a su vez, se negaba a aprobarlas sin estar inscritas, y el antiguo reglamento hipotecario de 1861 guardaba silencio al respecto, la cuestión fue resuelta en el reglamento de 1870, artículo 112.2.º (art. 197 RH 1915), que señaló: «Cuando se constituya una hipoteca a favor del Estado, de corporaciones civiles o entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, se verificará la inscripción; pero sin perjuicio de que, después de aprobada la hipoteca o fianza por la autoridad o funcionario a quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por medio de una nota marginal.

Esta nota surtirá todos los efectos legales desde la fecha de la inscripción a que se refiera».

³ Según JERÓNIMO GONZÁLEZ, en el Derecho alemán el principio del consentimiento tiene dos aspectos, sustantivo y adjetivo o formal. En su aspecto sustantivo, dicho principio su-

publicaría como existente una hipoteca que no existiría en la realidad jurídica, provocando una inexactitud registral.

2. TEORÍA DE LA HIPOTECA CON CONDICIÓN SUSPENSIVA

La hipoteca del artículo 138 LH sería una hipoteca sujeta a condición suspensiva en la que la condición es la aceptación del favorecido (más exactamente, la nota marginal de la aceptación). Pero realmente tal aceptación no es una condición en el sentido de elemento accidental del negocio jurídico unilateral, establecido por voluntad del disponente, sino una *conditio iuris, un requisito legal para la adquisición del derecho de hipoteca por el favorecido o incluso para la propia constitución de la hipoteca*.

3. TEORÍA DEL NEGOCIO DISPOSITIVO UNILATERAL

Afirma que el acto dispositivo unilateral tiene fuerza bastante para crear sustantivamente, en la realidad jurídica, un derecho de hipoteca. Se dividiría a su vez en dos:

A) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la adquisición de la hipoteca por el favorecido*

Según esta teoría, el acto dispositivo inscrito del dueño de los bienes basta para que el favorecido por dicho acto *adquiera* la hipoteca. El derecho de hipoteca sería, simplemente, un derecho real de *adquisición preferente de una suma de dinero*, verificándose tal adquisición efectiva de la suma de dinero mediante la

pondría que para la adquisición y modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles que no se produce directamente por la ley, es necesario además de la inscripción en el Registro el acuerdo (consentimiento) del transmitente y del adquirente sobre la transferencia. En su aspecto formal o adjetivo, el principio del consentimiento implicaría que para practicar el nuevo asiento registral es preciso el consentimiento del titular registral a quien perjudica el nuevo asiento, salvo en el caso de inscripciones impuestas directamente por la ley. Dicho consentimiento versaría sobre la *rectificación del Registro*. Ahora bien, bastaría la mera voluntad del titular registral perjudicado, para que se practicase el nuevo asiento, sin necesidad de demostrar que se ha producido verdaderamente un cambio de los derechos sobre los bienes inmuebles en la realidad jurídica. En el Derecho español existiría, como regla, el principio del consentimiento en su aspecto sustantivo, lo que se desprendería del artículo 609 del Código Civil, que afirma que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. La posibilidad del consentimiento formal sería excepcional. Así como regla general, la cancelación no sería abstracta sino que se verificaría por medio de escritura pública que demostrase la extinción del derecho real (art. 79 LH), si bien podría verse una cancelación formal en el artículo 82.1.º LH que prevé para la cancelación de inscripciones o anotaciones practicadas en virtud de escritura pública, que tal cancelación puede verificarse por medio de escritura pública en que el titular registral manifieste su *mera voluntad de cancelar* (*sin demostrar la extinción del derecho real de que se trate*) (LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho Inmobiliario Registral*. José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1984, pág. 50).

ejecución hipotecaria. Si bien nadie adquiere derechos sin su voluntad, esto no rezaría para los derechos reales de adquisición preferente, que pueden crearse y adquirirse normalmente sin aceptación del favorecido, como ocurre con el retrato legal. Por ello no se precisa de aceptación del favorecido para la adquisición del derecho real de hipoteca cuando hay constitución unilateral, ya que la hipoteca sería uno de esos derechos reales de adquisición preferente.

B) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la constitución de la hipoteca*

Esta teoría parte de la distinción entre constitución de la hipoteca y adquisición de esta por el favorecido. Si bien para la adquisición por el favorecido se precisa registrar la aceptación de este, para la *constitución* de dicho derecho bastaría con la inscripción del acto dispositivo del dueño de los bienes. La voluntad de este no provoca simplemente un asiento (teoría del consentimiento formal), sino que es suficiente para mediante la inscripción crear un derecho de hipoteca. El Texto Refundido de 1946 (art. 141) es el que ha hecho surgir más defensores de esta teoría que parece ajustarse mejor al tenor literal de dicho precepto. Así, el negocio jurídico unilateral de constitución de hipoteca produciría plenos efectos como limitación del dominio del deudor, pero para que la hipoteca ingresase efectivamente en el patrimonio del acreedor sería indispensable su aceptación. El problema es que, según esta teoría, entre el momento de la constitución del derecho de hipoteca y el de su adquisición por el favorecido habría un derecho sin sujeto⁴. A este respecto señala ALBALADEJO que «en los casos en que el problema del [derecho sin sujeto] se plantea y exige una solución es porque ya existe un derecho subjetivo y desde que desaparece su titular antiguo hasta que surja el nuevo hay un espacio en que interesa que continúe viviendo el derecho o que se mantenga la situación jurídica en espera del titular futuro. Si este derecho no existe desde antes, si se trata no de hacerlo continuar viviendo, sino de hacerlo nacer —como sucede en la hipoteca unilateral— ya no hay problema ni necesidad de forzar las cosas, puesto que se puede esperar a que tenga un titular para que nazca, aunque se atribuyan efectos retroactivos a ese nacimiento. [...] Aunque exista ya una protección jurídica en atención a la hipoteca que nacerá, aunque tal estado de cosas produzca ciertos efectos, aunque la inscripción sea posible, no hay todavía propiamente hablando un derecho de hipoteca [hasta la registración de la aceptación]. [...] La hipoteca es un derecho que se constituye, que nace, porque se adquiere. Es decir, no es posible que la constitución preceda a la adquisición, porque precisamente es la adquisición la que constituye... Para nosotros el efecto de la registración de la aceptación del favorecido debe ser no solo la adquisición del derecho, sino también su nacimiento, aunque se produzcan efectos desde la fecha de la inscripción, que precisamente se realizó para eso, para que los efectos de la

⁴ Pues no podría ser sujeto de la hipoteca el dueño de los bienes hipotecados, porque, según ALBALADEJO, no se admitiría en el Derecho español la hipoteca como *ius in re propria*, citando a este respecto la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, que indicaba: «La hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *nemini res sua servit*». Sobre la hipoteca de propietario, vid., FUENTESECA DEGENEFFE, C., «Hipoteca global e hipoteca de propietario en el Derecho alemán y las Resoluciones de la DGRN», en *Revista de Derecho Privado*, año núm. 96, mes 6, págs. 3 a 42.

registro de la aceptación pudiesen retrotraerse erga omnes». Existe una expectativa de hipoteca, con la inscripción, que ya se anuncia a terceros, advirtiéndoles que, si nace, producirá efectos desde aquella inscripción.

4. TEORÍA DE LA RESERVA DE RANGO

La inscripción de la hipoteca en virtud de acto unilateral del dueño entrañaría una reserva de rango.

5. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA HIPOTECA POR LA REGISTRACIÓN DE LA ACEPTACIÓN DEL FAVORECIDO POR ELLA

Es la tesis de ALBALADEJO. El negocio unilateral, base fundamental de la hipoteca unilateral, no la hace nacer sin más, sino que se requiere para tal nacimiento la registración de la aceptación del favorecido, cuya registración es una *conditio iuris*. Como hasta el momento de su cumplimiento el registro público no la constitución de una hipoteca que no existe en la realidad, sino un negocio unilateral que es base para constituir esa hipoteca cuando la *conditio iuris* se cumpla, resulta que ese registro no es inexacto y hasta que se registra la aceptación la misión de la inscripción formalmente consentida es reservar su rango, de manera que la retroacción de efectos de la registración de la aceptación no tropiece con la protección que la Ley hubiera podido dispensar a terceros hipotecarios, de no haber existido la inscripción de la hipoteca.

Según ALBALADEJO, que sigue a PÉREZ Y ALGUER, la base de la hipoteca (unilateral, en este caso) es un negocio jurídico (unilateral) de disposición y real (que produce directamente el nacimiento de un derecho real) *del cual forman parte dos elementos: la disposición del dueño de los bienes y la inscripción, siendo sustancialmente lo mismo que en el Derecho alemán, en el que el acuerdo real y la inscripción forman un negocio de disposición y real.* El acuerdo real (sustituido por la voluntad unilateral del dueño de los bienes, en este caso), estaría perfectamente diferenciado de la *causa* que construye a hipotecar (obligación *ex lege* en las hipotecas legales y contractual, por ejemplo, precontrato de hipoteca, en las voluntarias). «*El puesto del acuerdo real del Derecho alemán lo ocupan, por tanto, en nuestro Derecho o el propio contrato de hipoteca o la voluntad unilateral del dueño, porque no tienden a crear un derecho de crédito que faculte para exigir la constitución de hipoteca, sino que tienden directamente a constituir esta.* Basta ver la diferencia entre los artículos 1862 y 1875 del Código Civil. *Y ese contrato o voluntad unilateral juntamente con la inscripción forman un negocio jurídico de disposición, que es base productora del nacimiento de la hipoteca. Aunque en la hipoteca unilateral tal nacimiento no coincide con la conclusión del negocio.*

La inscripción forma, pues, parte del negocio jurídico de disposición...». La inscripción no es mera forma de un acto privado, sino elemento del negocio, porque el acto dispositivo del dueño ya requiere una forma: la escritura pública.

«*Lo que, según la concepción del ordenamiento, no fundamenta el efecto jurídico sino que solo lo condiciona —en este caso la anotación de la aceptación de la hipoteca— no es considerado como elemento, como parte del negocio, sino solo como condición de su eficacia, y se designa como conditio iuris cuando es posterior en el tiempo a la conclusión del negocio.*

Por lo tanto, según lo dicho, la anotación marginal de la aceptación del favorecido sería constitutiva. La consecuencia del negocio jurídico unilateral antes de la registración de la aceptación es reservar un rango y vincular al disponente a su disposición. En esa inscripción hay una expectativa de derecho real (como ocurriría en el caso del art. 23 LH) y se publica la posibilidad del mismo, desempeñando la inscripción un papel que en rigor técnico estaría llamado a desempeñar una anotación preventiva. Precisamente la retroacción de los efectos de la nota marginal que publica la aceptación a la fecha de la presentación de la escritura pública constitutiva de la hipoteca (art. 24 LH), demostraría la no preexistencia de la hipoteca⁵.

6. LA TESIS DE PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS

Sigue básicamente la tesis de ALBALADEJO, pero insistiendo en las exigencias del carácter causalista del sistema transmísivo español. «La inscripción del acto unilateral produce una situación registral que, como las *anotaciones preventivas*, constituye una garantía de efectividad frente a terceros del derecho de hipoteca que está en vías de constitución; aún se está en el *iter constitutivo* porque falta para ultimarlo la aceptación y su inscripción». Efectos generales de esta peculiar situación registral serían: 1.º Constituir una reserva de rango a favor del futuro derecho de hipoteca (de todas sus facultades), derecho que se constituirá si, con la aceptación, el derecho de hipoteca llega a perfeccionarse. 2.º Tener un cierto tratamiento de carga, por ejemplo, a efectos de las comunicaciones prescritas en los artículos 659 y 689.2 LEC y 132 y 133 LH (RDGRN de 19 y 20 de noviembre de 1987). 3.º Estar sujeta su cancelación a un especial condicionamiento, consistente en que es posible la cancelación en virtud, solamente, del consentimiento del dueño que sufre en su finca la carga, puesto que no hay todavía derecho de hipoteca a favor de un sujeto; pero siendo necesario que se cumplan antes ciertas cautelas legales (transcurso de dos meses desde el requerimiento al beneficiario), ya que la situación registral *puede*, quizás, responder a un derecho legítimamente adquirido por el favorecido [cfr., *ut infra* las causas a que puede responder la constitución unilateral de hipoteca].

«Ni este posible derecho del favorecido, anterior a la hipoteca, ni en su día, el mismo derecho de hipoteca constituyen una adquisición de derechos que sea consecuencia de un acto *abstracto*, contra el sistema causal español (cfr. arts. 609, 1261 y 1275 CC) y que haya de prevalecer, frente a todos, solo porque así resulte del Registro. Si el beneficiario ha adquirido o no un *derecho de adquisición de hipoteca* [derecho potestativo o poder de actuar sobre una situación jurídica preexistente, provocando una alteración de la misma] dependerá, en cada caso, *de la relación jurídica causal* que exista entre el beneficiario y el hipotecante y dueño de la finca».

Esto es, «la legislación hipotecaria, para facilitar el tráfico, ha permitido en atención a su utilidad, el fácil reflejo registral de estas llamadas *hipotecas unilaterales*, dada la limitación de sus efectos. La voluntad del constituyente ha sido considerada título bastante para la traba registral que estos efectos registrales

⁵ Hemos seguido en esta exposición sobre la construcción jurídica de la hipoteca unilateral el estudio del profesor ALBALADEJO (ALBALADEJO, M., «La hipoteca unilateral», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 1, 1950, págs. 55 a 85).

implican. Como frecuentemente la constitución unilateral responde a derechos que, en relación a la hipoteca, tiene el acreedor, la LH no permite que quien pudo constituir la traba (solo el dueño) pueda, sin más, cancelarla, sino que ha establecido garantías especiales (requerimiento) a favor del destinatario de la hipoteca»⁶.

7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En cuanto a la posición del Tribunal Supremo y de la DGRN, en lo relativo a la configuración jurídica de la hipoteca unilateral, señala SERRA RODRÍGUEZ que «la jurisprudencia civil y registral no han mostrado de manera incondicionada el apoyo a una u otra teoría, conteniendo vacilaciones y ambigüedades en sus respectivas decisiones, si bien es corriente la afirmación de que el Tribunal Supremo se ha decantado por la tesis del negocio jurídico dispositivo —constitutivo del derecho real de hipoteca—, mientras que la DGRN sigue el planteamiento que vincula la aceptación del acreedor con la constitución del derecho real».

Para la DGRN la hipoteca unilateral daría lugar a una reserva de rango hasta que mediase la aceptación por el acreedor [RDGRN de 19 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8737) y de 20 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8738)]. La aceptación del acreedor sería una *conditio iuris* para la existencia del derecho real de hipoteca [RDGRN de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988/2563) y de 28 de septiembre de 1983 (RJ 1983/7023)]⁷.

II. LA PROBLEMÁTICA PRÁCTICA DE LA HIPOTECA UNILATERAL OTORGADA ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADA A REGISTRO DESPUÉS

La problemática que nos proponemos analizar en este trabajo se puso de manifiesto en los hechos que dieron lugar a la RDGRN de 2 de noviembre de 2011. El 8 de febrero de 2011, el representante de la compañía «Inmobiliaria Basaldi, S. L.», constituyó hipoteca unilateral sobre tres cuotas indivisas de determinado local. La hipoteca fue aceptada por el beneficiario (Ayuntamiento de Eibar) mediante escritura autorizada el 29 de marzo de 2011. Presentadas las escrituras a Registro el 24 de mayo de 2011, la Registradora de la Propiedad de Eibar acordó suspender la inscripción de la hipoteca unilateral aceptada. La Sociedad Inmobiliaria Basaldi, S. L., había sido declarada en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil, número 2 de Bilbao, declaración anotada en el Registro de la Propiedad de Eibar en virtud de mandamiento expedido el 20 de abril de 2011, en el cual se hacía constar que la Sociedad conservaría las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. La anotación preventiva de concurso

⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II, 4.^a ed. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001, págs. 374 a 376.

⁷ SERRA RODRÍGUEZ, A., *La hipoteca unilateral*, 1.^a ed. Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004, págs. 49 a 52.

voluntario se practicó el 20 de abril de 2011 (esto es, antes de la presentación de las escrituras de otorgamiento unilateral de la hipoteca y de aceptación por el beneficiario). Para sostener su nota de calificación, la Registradora de la Propiedad argumentó lo siguiente:

- 1.º La cuestión planteada aquí es diversa a la que plantearían otros actos dispositivos (por ejemplo, una transmisión del dominio), verificados antes de la declaración e inscripción del concurso voluntario, porque como con acertado criterio ha manifestado la DGRN, en los casos de transmisiones previas del dominio, *dichos bienes ya no integraban la masa del concurso, por lo que no sería exigible para su inscripción ni la intervención del juez ni de los administradores concursales, sin perjuicio de las acciones de rescisión de tales actos. En el caso presente, el carácter constitutivo de la inscripción para la hipoteca⁸, no permite aplicar la misma doctrina, pues la existencia jurídica de la hipoteca y su eficacia frente a terceros, deriva de la inscripción constitutiva y esta se produce en un momento en el que ya ha accedido al Registro de la Propiedad la declaración de concurso.* De manera que en la fecha de la declaración de concurso la hipoteca no existía en la vida jurídica, y en el momento que se pretende darle vida, *ya no se tiene la libre disposición de los bienes*, sino que se precisa la conformidad o ratificación por parte de los administradores concursales (art. 40 LC), razón por la que se suspende la inscripción solicitada.
- 2.º La hipoteca, aunque se autorizara antes del concurso, al haberse presentado después de la fecha de declaración y anotación del mismo, debe someterse a un control (por parte de los órganos del concurso), ya que la inscripción *supondría la adquisición de un privilegio especial (art. 90.2 LC) que la nueva LC limita a créditos que gocen de oponibilidad en la fecha de la declaración de concurso.*

Por su parte, el notario autorizante de la escritura pública de hipoteca unilateral interpuso recurso contra la anterior calificación sosteniendo:

- 1.º Que al tiempo del otorgamiento de la escritura pública no existía limitación alguna de las facultades del hipotecante, como declararon las RRDGRN de 3 de junio de 2009 y 8 de julio de 2010. Sin desconocer el carácter constitutivo de la inscripción para la hipoteca, habría que concluir que *los requisitos de capacidad de los otorgantes deben exigirse en el momento de emisión de la declaración de voluntad y no en el momento posterior de la inscripción*, reconociéndolo así la DGRN en su Resolución de 21 de septiembre de 2001.
- 2.º De otro modo se impediría la inscripción en los casos en que la *incapacidad es declarada tras el otorgamiento o cuando se produce el fallecimiento de una de las partes*, lo que llevaría al absurdo de que se precisaría acreditar la capacidad del hipotecante en el momento de la inscripción.

⁸ Como señala BLASCO GASCÓ, el carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca significa no solo que la inscripción es elemento esencial para el nacimiento del derecho real, sino que, además, este nace en los términos contenidos en el asiento respectivo. De este modo, la inscripción registral configura también el contenido del concreto derecho real de hipoteca (cfr. art. 130 LH).

Reduciendo la cuestión suscitada a lo esencial, la controversia jurídica se centra en determinar si la inscripción de la declaración de concurso afecta al poder de disposición sobre los bienes (como afirma la Registradora), que ya no sería libérmino por mediar una prohibición de disponer (sin la autorización de la administración concursal), faltando la legitimación para disponer (en la medida en que la prohibición puede ser reconducida a un caso de falta de legitimación) o bien, tal inscripción afecta a la capacidad de obrar del otorgante concursado, cuyo requisito de capacidad de obrar debe valorarse en el momento del otorgamiento, no constituyendo, por lo tanto, tal inscripción obstáculo para el asiento de hipoteca pretendido.

En la resolución del recurso planteado, la DGRN mantuvo que el defecto observado en la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad (ausencia de conformidad de los administradores concursales) no podía mantenerse (ya se acogiera una posición teórica u otra). Concretamente, señaló:

«Siendo indiscutido el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad la cuestión es si esa circunstancia debe ser tenida en cuenta en un caso, como el presente, en que las limitaciones en la libre disposición del hipotecante se han producido con posterioridad a la prestación del consentimiento. Al respecto tiene declarado esta Dirección General que la calificación de la *capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate por lo que, la sola circunstancia de que en el momento de la presentación del documento concurrirese una causa de anulación posterior, cuando en cambio gozara de plena eficacia en el momento del referido otorgamiento, no podría constituir obstáculo a la inscripción del negocio realizado* (vid. Resolución de 21 de septiembre de 2001)⁹. Como resulta de lo establecido en el artículo 21 de la LC, *no es hasta el momento en que el juez declara el concurso que se producen los efectos limitativos sobre el poder de disposición del deudor, por lo que solo a partir de ese momento estarán viciados de anulabilidad los actos llevados a cabo por el 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 Ley Concursal) o de los derechos de impugnación por rescisión contemplados en la Ley (arts. 71 y 72 de la propia Ley Concursal)».

«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,

⁹ No nos ha sido posible encontrar el texto de esta Resolución.

realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales (cfr. el art. 40.7 LC, que solo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme). 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. En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador».

Expuesta la solución que dio a la problemática en estudio la DGRN, podemos preguntarnos si esta doctrina de la DGRN ha sido siempre idéntica o existen resoluciones diversificadas del alto centro directivo, recaídas en supuestos similares. A responder esta pregunta dedicaremos las siguientes líneas, si bien primeramente insistiremos en la determinación del problema planteado.

Para ello será preciso hablar primero de la utilidad práctica de la hipoteca unilateral, que ha sido puesta de manifiesto por BLASCO GASCÓ. Este indica que «en el mundo ordinario de la empresa las vías de crédito y financiación no suelen requerir garantías hipotecarias, sino que el recurso al crédito o a la financiación... se basa en la confianza que la sociedad mercantil genera en las entidades bancarias o crediticias, bien en garantías personales aportadas por los socios, por los administradores o por terceros..., bien en garantías reales mobiliarias...

Normalmente, solo cuando quiebra la confianza de las entidades crediticias (por ejemplo, por un alto número de devoluciones o de impagos) o no son ya suficientes las garantías personales o reales mobiliarias se acude a la hipoteca inmobiliaria. Y en este caso, la hipoteca más que un derecho real constituido para la garantía de un crédito que se quiere obtener, es decir, más que un recurso al crédito, es un derecho real que asegura la satisfacción al acreedor de un crédito ya obtenido, vencido y no satisfecho o atendido. Es decir, se trata de situaciones de crisis o pre-crisis empresarial, de situaciones previas a la declaración de concurso o de quiebra técnica de la sociedad mercantil, que se resuelven precisamente constituyendo hipoteca, normalmente unilateral, sobre bienes inmuebles suficientes y a favor de los acreedores más importantes que han visto sus créditos impagados (entidades crediticias y bancarias). Así dichas hipotecas no solo tienen como finalidad el aseguramiento de los créditos impagados sino que, a través de un complejo negocio, se evita que las entidades crediticias y bancarias ejecuten individualmente sus créditos contra la mercantil, de manera que las entidades acreedoras abren cuentas especiales donde volcar las deudas existentes y exigibles, lo cual es un negocio de novación, y apuntar las nuevas obligaciones contraídas. La hipoteca garantiza, precisamente, el saldo resultante de dicha cuenta en el momento de su cierre». Dicha hipoteca es, pues, una hipoteca de máximo¹⁰.

¹⁰ BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 11 a 13. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS señala otras causas a las que puede responder la constitución de hipoteca unilateral:

- 1.^o Por decisión unilateral de quien se propone donar un crédito (con hipoteca) o formular una oferta.
- 2.^o En el proceso *in contrahendo* y respondiendo a una exigencia de la otra parte contractual.
- 3.^o En relación con una obligación futura prevista en un precontrato.

De acuerdo, pues, con esta explicación, parece que la hipoteca unilateral es una solución a situaciones de crisis o pre-crisis empresarial, dato que hay que tener en cuenta a la hora de dar solución a la problemática planteada.

Dado lo anterior, se hace preciso dilucidar si la escritura pública de otorgamiento de hipoteca unilateral, una vez anotada preventivamente o inscrita la declaración de concurso de acreedores en el Registro de la propiedad (art. 24.4 LC), puede acceder a este *sin intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad a la constitución de la hipoteca (en caso de concurso voluntario (art. 40.1). O bien si en caso de concurso necesario, solo puede promover la registración de la escritura de constitución de hipoteca unilateral la administración concursal (en sustitución del concursado hipotecante (art. 40.2 LC). Y en ambos casos, si resulta precisa o no la autorización del juez, de acuerdo con el artículo 43.2 LC, según el cual, «hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez», pues el bien sobre el que se pretende la constitución de hipoteca integra sin lugar a dudas la masa activa del concurso y el gravamen hipotecario no existe en el momento de la declaración de concurso.*

Igualmente, como señala BLASCO GASCÓ, se trata de dilucidar si los créditos garantizados con esa hipoteca unilateral que accede al Registro tras la inscripción de la declaración de concurso, se deben o no calificar como créditos privilegiados¹¹ a los efectos del concurso declarado y, añadimos nosotros, si disponen o no del beneficio procesal de la ejecución separada, al recaer el gravamen sobre un bien integrado en la masa del concurso.

Pero antes de responder a las cuestiones planteadas desde el Derecho vigente, conviene tener presente la regulación que esta materia tenía con anterioridad a la vigente Ley Concursal.

III. UNA PROBLEMÁTICA ANTERIOR A LA VIGENTE LEY CONCURSAL. LOS EFECTOS DE LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA SOBRE LAS HIPOTECAS UNILATERALES CONSTITUIDAS POR EL QUEBRADO

Hasta la entrada en vigor de la LC de 9 de julio de 2003, continuaban vigentes los artículos 1016 a 1029, 1130 a 1137 y 1318 a 1396 LEC 1881 (Disposición Derogatoria única, apartado 1º LEC 2000), aplicables todos ellos a la quiebra. El Código de Comercio de 1885 había dejado subsistente dicha regulación procesal y la LEC 1881, remitía a su vez a determinados preceptos del Código de Comercio de 1829. Según, pues, el artículo 1024 del Código de Comercio de 1829, en la primera audiencia declararía el juzgado el estado de quiebra, fijándose en la misma providencia, con calidad de «por ahora» y sin perjuicio de tercero, la época a la que debían retrotraerse los efectos de la declaración. Como al tiempo

- 4.º Como ejecución de un contrato en que se establece que la constitución unilateral de la hipoteca precede a la entrega de la cantidad prestada y esta entrega a la aceptación de la hipoteca.
- 5.º Hipoteca constituida por un tercero.
- 6.º Hipoteca constituida en ejecución de una obligación legal, en la que no es precisa la aceptación (fianza de funcionarios o de procesados (cfr. arts. 525 RH, 26 RN y 589 LECRIM, respectivamente). Citado por BLASCO GASCÓ, *op. cit.*, pág. 24.

¹¹ *Op. cit.*, pág. 15.

de la declaración de quiebra podían no tenerse elementos de juicio suficientes para fijar la fecha de la retroacción, el auto se formulaba con carácter provisional, pudiendo ser rectificada la fecha de inicio de la insolvencia si se alegaba perjuicio por tercero o por el propio quebrado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1326 y 1366 LEC 1881¹².

Sentado lo anterior y de acuerdo con el artículo 878.2.^o del Código de Comercio de 1885, *todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotrajesen los efectos de la quiebra serían nulos. De este modo, las hipotecas alcanzadas por el periodo de retroacción de la quiebra eran nulas de pleno derecho, justificando RUBIO GARRIDO dicha sanción en la ausencia sobrevenida de la facultad dispositiva del constituyente de la garantía real.*

Mediante la retroacción de la quiebra, la Ley trataba de hacer coincidir el momento real en que se inicia la insolvencia (sobreseimiento o cesación general de pagos) con la declaración judicial de dicho estado, retrotrayendo los efectos de tal declaración a aquel momento. De este modo se reintegran a la masa activa bienes y derechos que salieron del patrimonio del quebrado y que no debieron salir al encontrarse ya en una situación fáctica de insolvencia.

«La STS de 15 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8406) se ocupó de delimitar el ámbito de aplicación de los artículos 1024 del Código de Comercio de 1829 y 878.2.^o del Código de Comercio de 1885, sosteniendo que no puede relacionarse el primero para interpretar el último, pues «son preceptos establecidos por el legislador con fines distintos, ya que el primero es de carácter procesal y el segundo de carácter sustantivo, ordenando aquel que el juez al declarar la quiebra fije la época a que debe retrotraerse, sin limitación de forma ni de tiempo, y el 878 se limita a aceptar esa época de retroacción para declarar la inhabilitación del quebrado y estimar nulos todos sus actos de dominio y administración posteriores a la citada época, sin reserva de clase alguna a favor de tercero, que concede, en cambio el artículo 1024, y que no puede referirse más que al derecho de tercero que se crea perjudicado con la fecha señalada por la retroacción para reclamar contra ella en los autos de quiebra, que es donde solamente puede discutirse ese particular, pero una vez fijada esa época y firme la providencia en que se acordó, hay que partir de ella para aplicar el artículo 878...».

«El depositario o, posteriormente, los síndicos de la quiebra, en cuanto órganos de la misma, se [hallaban] legitimados para ejercer la acción de nulidad de los actos comprendidos dentro del periodo de retroacción de la quiebra en cualquier momento, siendo, según la jurisprudencia mayoritaria, oponible dicha nulidad a todos, incluso al tercero de buena fe (y, por tanto, también al acreedor hipotecario), que no puede venir convalidada por la inscripción registral, siendo “inoperantes los preceptos hipotecarios (arts. 33, 34 y 37 LH)».

En este sentido, la citada sentencia declara que «la nulidad radical no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad, y arrastra en aras del patrimonio del quebrado, intangible para este a partir de la fecha de la retroacción de la quiebra como declara la sentencia de 17 de marzo de 1958, la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos, a los que derivan su causa del quebrado..., lo

¹² SERRA RODRÍGUEZ, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 185 y 186, con cita de CAMPUSANO LAGUILLO, A. B., «Declaración de quiebra: acumulación de las ejecuciones pendientes y efectos en el periodo de retroacción. Comentario a la RDGRN de 7 de enero de 1999 (RJ 1999/42)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, 1999, págs. 338 y 339.

mismo que devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra, *y se prescinde para declarar tal nulidad, de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado, puesto que la Ley no hace distinciones*». Se trata de una nulidad absoluta que se produce sin necesidad de declaración judicial, solo necesaria cuando determinadas personas se oponen a la misma. En la misma línea se pronunciaron las SSTS de 19 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9405), 11 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993/8960), 20 de junio de 1996 (*RJ* 1996/5077), 28 de octubre de 1996 (*RJ* 1996/7434), 26 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/2539) y 18 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1350).

Por lo tanto, en principio, y de acuerdo con el artículo 878.2.º del Código de Comercio, si los efectos de la quiebra se retrotraían a un tiempo que comprendía la constitución de la hipoteca unilateral, esta debía ser declarada nula, hubiera recaído o no aceptación por parte del acreedor¹³. «En suma, aunque la hipoteca unilateral... [hubiese]... quedado inscrita con anterioridad a la declaración de la quiebra, si la fecha de retroacción... [alcanzaba]... al tiempo en que aquella se constituyó (esto es, a la fecha en que se practicó dicha inscripción), el conflicto de intereses entre el acreedor beneficiario con la hipoteca unilateral y los acreedores concursales... [se resolvía]... a favor de estos últimos, y la hipoteca... [debía]... considerarse nula.

Ahora bien, podía ocurrir que una vez iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria, fuera declarado en quiebra el hipotecante y la fecha de la retroacción de la misma se fijase en un tiempo que incluía la hipoteca en ejecución. El Registrador, al que se solicitaba la inscripción del auto de adjudicación y la cancelación de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada (antiguo art. 132 LH¹⁴), podía entender que, al resultar afecta por el periodo de retroacción de la quiebra, la hipoteca unilateral era nula y que consecuentemente, debía denegarse la inscripción del auto de adjudicación, manteniendo la inscripción del auto de declaración de la quiebra del hipotecante.

Sin embargo, la DGRN «en sus Resoluciones de 8 y 14 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/9313 y 9320) ha entendido que «no habiendo sido cancelada la hipoteca, se presume que existe y pertenece a su titular, y es inscribible la enajenación forzosa», no siendo obstáculo para la inscripción del auto de adjudicación la anotación del auto de la declaración de quiebra, que se hará, sin embargo «sin perjuicio de los eventuales derechos de la masa de la quiebra anunciados en la inscripción de la declaración».

No obstante, en cuanto a que ni la adjudicación o el remate puede tener por sí más fuerza que la que, *in nuce*, correspondía a la hipoteca en sí, «si la hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la hipoteca provoca, y si lo que procede es la rescisión de la hipoteca, el tercero que adquiera después de que la causa de

¹³ SERRA RODRÍGUEZ, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 185 a 189.

¹⁴ Artículo 132 LH: «El procedimiento sumario que establece el artículo precedente, no se suspenderá por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos, ni por medio de incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado salvo en los siguientes casos: ...

Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente ley...».

rescisión conste en el Registro sufrirá las consecuencias de la rescisión». Por ello, a juicio del Centro Directivo, entre las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que, en virtud del mandamiento judicial había que cancelar, no... [cabía]... comprender la relativa a la inscripción de la declaración de la quiebra «a pesar de que tal cancelación podrá parecer que viene impuesta por la regla 17 del artículo 131 LH». Con tal interpretación se permitía al adquirente del bien hipotecado inscribir su adquisición aunque la constitución de la hipoteca, anterior a la declaración de la quiebra, quedara afectada por la retroacción de la quiebra y, en virtud del artículo 878 del Código de Comercio debiera ser declarada nula. Sin embargo, para conciliar los intereses en juego la DGRN... [mantenía]... la vigencia del asiento de inscripción de la declaración de la quiebra, «que no es de los que pueden cancelarse en virtud solo del auto que aprueba el remate o adjudicación en el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca», ya que al haber sido practicado en virtud de mandamiento judicial, no se cancelará sino en virtud de resolución judicial.

...la DGRN... al permitir la vigencia del asiento de declaración de la quiebra, en tanto no exista mandamiento judicial de cancelación... [sometía]... la adquisición del adjudicatario a una especie de condición resolutoria, cual sería la de que en el juicio correspondiente se... [declarase]... la nulidad de la hipoteca, lo que acarrearía la resolución del derecho del adjudicatario en el procedimiento ejecutivo».

Podría pensarse, señalaba SERRA RODRÍGUEZ, que todo este problema hubiera quedado resuelto si el juez, al dictar el auto declarando el estado de quiebra, hubiera librado mandamiento de cancelación de los asientos practicados en el Registro con posterioridad a la fecha de la retroacción de la quiebra. En tal caso el registrador habría podido proceder a la cancelación de la hipoteca, de la nota marginal de certificación de dominio y cargas, y del asiento de inscripción del dominio del adjudicatario del bien en el procedimiento de ejecución hipotecaria, dejando con ello resuelto el problema. Sin embargo, en aras de la salvaguardia del derecho a la tutela judicial efectiva, cierta jurisprudencia registral entendió que el legislador no autorizaba a decretar la nulidad de ninguna relación jurídica en que hubiera intervenido el quebrado, sin que la contraparte afectada por tal pronunciamiento de ineficacia hubiera tenido oportunidad de defenderse. Además, de acuerdo con los artículos 38, 39 y 40.1.^o d) LH, si la inexactitud registral provenía de la nulidad del título, solo podría rectificarse el Registro tras el procedimiento declarativo oportuno en el que los titulares registrales afectados por la retroacción de la quiebra pudieran hacer valer sus derechos. «En este sentido... [tenía]... declarado la DGRN en su Resolución de 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9312) que “la cancelación o modificación de los asientos practicados a favor de los adquirentes posteriores del quebrado, incluidos en el periodo de retroacción, cuando no concurre su consentimiento voluntariamente prestado, no podrá decretarse sino por resolución judicial firme, dictada en el procedimiento oportuno en el que hayan sido parte los titulares afectados —cfr. arts. 20, 40, 82 y 83 LH y 174 RH y 1185 LEC— dándose así satisfacción tanto al principio registral de salvaguardia judicial de los asientos como al principio constitucional de protección jurisdiccional de los propios derechos —art. 24 CE—”». Así también, RDGRN de 28 de febrero de 1977 (RJ 1977/819), 24 de enero de 1979 (RJ 1979/89), 20 de enero de 1986 (RJ 1986/959) y 19 de enero de 1993 (RJ 1993/444).

Los efectos del artículo 878.2.^o del Código de Comercio, en relación con las hipotecas se vio matizado por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del

mercado hipotecario, cuyo artículo 10 disponía: «Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo 2 solo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, y quedando en todo caso a salvo el derecho del tercero que no hubiese sido cómplice en aquel». La impugnación, pues, tras dicha ley, para las hipotecas que caían dentro de su ámbito de aplicación, exigía demostrar el perjuicio y el fraude, no alcanzando la acción a los terceros de buena fe, ajenos al acto fraudulento de constitución de hipoteca a favor de determinados acreedores¹⁵.

Un supuesto diverso al examinado anteriormente era el de la hipoteca unilateral *inscrita en fecha anterior a la fecha de retroacción de la quiebra y aceptada por el acreedor en un momento comprendido en el periodo de retroacción. En este caso, la retroacción de los efectos de la nota marginal mediante la que se hace constar registralmente la aceptación, a la fecha de presentación de la escritura de hipoteca, impedía que se declarase la nulidad radical de la hipoteca ex artículo 878.2.º* Ahora bien, como había indicado numerosa jurisprudencia, aparte del periodo de retroacción, cabía distinguir un segundo periodo «sospechoso», precedente a la fecha de la retroacción, que variaba en su duración según la índole de los actos, y en el que cabía ejercitar diversas acciones impugnatorias, revocatorias o reintegradoras. Podían así distinguirse actos ineficaces por su proximidad a la quiebra (art. 879 del CdeCo.), actos ineficaces por presunción de fraude (art. 880 del CdeCo.) y actos que podían ser rescindibles siempre que se probase el *consilium fraudis* o ánimo de defraudar a los acreedores (art. 881 y 882 del CdeCo.)¹⁶.

En resumen, pues, solamente la hipoteca unilateral *inscrita antes de la fecha a la que se retroajese la quiebra, quedaba salvada de la nulidad radical del artículo 878 del Código de Comercio.*

Con la nueva LC, la retroacción de la quiebra es *sustituida por las acciones de reintegración de la masa activa*, mediante las cuales se rescinden los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración, *aunque no hubiera habido intención fraudulenta* (art. 71 LC). Además, se presume el perjuicio patrimonial *iuris tantum* en determinados actos entre los cuales se comprende *la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes* o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (art. 71.3.2.º LC).

«...En el supuesto de constitución unilateral de hipoteca por el concursado para garantizar obligación preexistente (por ejemplo, el reconocimiento de deuda preexistente y constitución de hipoteca en la misma escritura) o de nueva contraída para sustituirla (si ha existido novación objetiva del crédito) dentro del periodo configurado legalmente como sospechoso (dos años antes de la declaración el concurso), los administradores judiciales estarán legitimados para ejercer la acción rescisoria dirigida a declarar la ineficacia del acto unilateral, sin necesidad de probar ni el ánimo de defraudar (que no es presupuesto de la acción según el art. 70.1.º) ni el perjuicio para la masa activa (que se presume, aunque admite prueba en contrario a suministrar por el hipotecante-concursado).

¹⁵ Hemos seguido en esta exposición el estudio realizado por SERRA RODRÍGUEZ (SERRA RODRÍGUEZ, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 189 a 197).

¹⁶ *Op. cit.*, págs. 198 y 199.

Una vez declarada ineficaz la constitución unilateral de hipoteca comprendida en el mencionado periodo, el acreedor beneficiario de aquella pasará a quedar integrado en la masa pasiva del concurso, y su crédito, incluido entre los concursales, deberá ser reconocido y clasificado por los administradores judiciales en vistas a obtener una graduación para su pago». Normalmente, será considerado como ordinario, salvo que dicho acreedor hubiera sido declarado de mala fe en el incidente que conoció del ejercicio de la acción rescisoria, en cuyo caso su crédito sería clasificado como subordinado (art. 92.6.^o LC).

Sustituida la retroacción de la quiebra por la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados en el periodo de dos años previos a la declaración de concurso, se hace preciso dilucidar cómo afecta esta a las facultades patrimoniales del concursado hacia el futuro y en relación con actos otorgados antes de inscribirse tal declaración pero que se presentan a registro después. ¿Podría influir la supresión de tal retroacción en la solución jurídica a adoptar respecto de estos últimos actos?

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES IMPUESTAS AL CONCURSADO POR LA LEY CONCURSAL DE 9 DE JULIO DE 2003

1. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES IMPUESTAS AL CONCURSADO INCIDEN EN SU CAPACIDAD DE OBRAR

La doctrina ha insistido en que la *calificación jurídica* de las limitaciones patrimoniales impuestas al concursado en el auto de declaración de concurso (art. 21.1.^o 2.^o) y como efecto de tal declaración (art. 40 LC)¹⁷, 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»¹⁸.

Bajo el Derecho derogado, mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia se inclinó por considerar que *el conjunto de limitaciones a que quedaban sometidos el quebrado y el concursado a causa de la apertura del procedimiento concursal* [inhabilitación para administrar y disponer de bienes propios (art. 878 del CdeCo.), interdicción para ejercer el comercio (art. 13.2 del CdeCo.), para administrar patrimonios ajenos, etc.] suponían una *incapacidad de obrar*. Respecto de las limitaciones del suspenso, en cambio, estaba menos extendida la idea de que afectaran a su capacidad de obrar. También los textos legales calificaban las limitaciones que afectaban al concursado como incapacidad. En este sentido, la LEC de 1881 y el Código Civil establecían que el concursado quedaría, en virtud del auto de declaración de concurso, incapacitado para la administración de sus bienes (arts. 1161 LEC y 1914.1 CC), aunque el concurso no se incluía

¹⁷ Vid., JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Las limitaciones patrimoniales del concursado y la ineficacia de los actos que contravienen aquellas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730.

¹⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 2005, pág. 73.

entre las causas de incapacidad (antiguo art. 32 CC o 1263 CC). El Código de Comercio, por su parte, hablaba de inhabilitación para la administración de los bienes (art. 878.1), en el sentido de incapacidad para dicha administración. También la legislación hipotecaria en sus artículos 142 RH, en relación con el artículo 42.5.^o y 2.4.^o LH, consideraba que la declaración de concurso o quiebra modificaba la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

Tras la nueva LC, un sector importante de la doctrina sigue afirmando la incidencia del concurso en la capacidad de obrar del deudor (RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MAIRATA, GUILARTE MARTÍN-CALERO, VILLORIA, CORDÓN MORENO, LÓPEZ SÁNCHEZ). Ello explicaría las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y disponer de los bienes integrados en la masa activa (art. 40 y 44 LC), y las limitaciones al ejercicio de acciones personales con trascendencia patrimonial (arts. 51 y 54 LC), pues el resto de limitaciones que impedían al concursado actuar con eficacia en determinados ámbitos han quedado reservados para el caso de que el concurso se califique culpable, con el carácter de sanciones (art. 172.2.2 LC, 13.2 CdeCo., etc.). La propia LC, aunque ha evitado calificar los efectos del concurso sobre las facultades de administrar y disponer de los bienes como incapacidad de obrar (art. 40 LC), en otros preceptos sigue aludiendo a los efectos del concurso sobre la capacidad del concursado (por ejemplo, arts. 51.3 y 54.2 y Disposición Final 3.^a LC, que prevé la adición de un apartado 8 al artículo 7 de la LEC, que se refiere a las limitaciones a la capacidad de quienes están sometidos a concurso)¹⁹.

2. CRÍTICA A LA TEORÍA QUE RELACIONA LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO CON UNA FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR

Si bien pueden señalarse algunas semejanzas entre deudor sometido a concurso e incapacitado (por un lado, ambos no pueden realizar de modo absoluto, o no pueden realizar por sí solos, actos de administración o disposición de su patrimonio, ni actuar en el ámbito procesal, debiendo dichos actos ser efectuados por un órgano encargado de ello o con su autorización, y, por otro lado, los actos realizados en contravención de tales limitaciones son anulables (arts. 1300, 1301 y 293 CC y 40.7 LC), existen diferencias importantes entre la situación de uno y otro.

La incapacitación tiene la *finalidad de proteger a la persona que padece una enfermedad*, fijándose por el juez la extensión y límites de la incapacitación en función del grado de discernimiento de la misma (art. 210 CC), así como el órgano encargado de su guarda. Como consecuencia de lo anterior, se atribuye a los incapacitados, cuando recuperen la capacidad, o a sus órganos de protección, mientras perdura la incapacidad, la facultad de anular los actos realizados por aquellos (art. 1300 CC), en contravención de lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, para así dejar sin efecto los actos jurídicos que no les sean favorables.

Ahora bien, la posición del concursado no cabe en las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil, no está basada en un estado natural de la persona (enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que

¹⁹ *Op. cit.*, págs. 74 a 76, y 86 a 89.

impide a la persona gobernarse por sí misma), sino en un estado de su patrimonio (insolvencia, iliquidez).

La intervención y la suspensión del artículo 40 LC no constituyen un sistema de protección del concursado, sino fundamentalmente, de protección de los acreedores, pues los intereses del concurso de que habla el artículo 43.1 LC se identifican primordialmente con los intereses de los acreedores (la Exposición de Motivos de la LC señala que la satisfacción de los acreedores constituye la finalidad esencial del concurso). *Se trata de garantizar que no desparecerán los bienes del deudor en tanto se tramita el procedimiento concursal dirigido a satisfacer a los acreedores por el orden de su graduación y a los ordinarios, según el principio de la par conditio creditorum.*

Además, la administración que llevan a cabo los órganos de protección de los incapacitados suele corresponderse con la que realizaría el titular del patrimonio si no estuviera incapacitado (aunque en ocasiones será necesaria la autorización judicial, arts. 271 y 272 CC). En cambio, los actos de administración y disposición que entran dentro de la competencia de los administradores concursales (art. 43 LC) no coinciden con los que realizaría el concursado si no estuviera en concurso, pues aquella administración tiene una finalidad diferente de la administración que habría realizado el deudor de no haber estado incurso en el procedimiento concursal.

Finalmente, la sanción de anulabilidad prevista para los actos realizados por el concursado en contravención de las limitaciones patrimoniales impuestas por el auto de declaración de concurso, *no tienen la finalidad de proteger al concursado pues el deudor carece de legitimación para ejercitar la acción de anulación* (art. 40.7 LC)²⁰.

Y Antonio PAU, tras indicar que Federico DE CASTRO consideraba que la declaración de concurso no determinaba un cambio de estado civil, ni tampoco una verdadera o completa incapacidad patrimonial pero que, sin embargo, se trataba de una situación que afectaba amplísimamente a la capacidad de obrar de la persona, argumenta: «Si el deudor tuviera su capacidad limitada no podría celebrar acuerdos de quita o espera (que hoy —como antes el Código de Comercio —prevé el art. 100 LC), ni seguir al frente de su empresa, cuando así se decida (art. 44.2 LC); y no parece que pueda negarse la posibilidad de que el concursado celebre negocios sobre sus bienes, sometidos a la condición suspensiva de que concluya el concurso, y el bien, por no haberse realizado, se mantenga en el patrimonio —ya libre— del deudor»²¹.

3. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO AFECTAN A SU LEGITIMACIÓN, AL AFECTAR A SU PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES INTEGRADOS EN LA MASA ACTIVA

A) *Las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su legitimación*

BLANQUER UBEROS, por su parte, considera que como la limitación de más intensa eficacia (la suspensión) parece no privar, al concursado de la aptitud subjetiva para realizar actos de administración y disposición sobre los bienes

²⁰ *Op. cit.*, págs. 89 a 93.

²¹ PAU, A., *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, págs. 11 y 14.

inembarables o sobre los bienes, derechos y obligaciones ajenos cuya administración y disposición tuviese encomendada (patria potestad, tutela [art. 244 CC en relación con la Disp. Adic. 1.^a 3 LC])²², no estaríamos en presencia de una restricción de la capacidad de obrar del concursado. Además, como la posibilidad de que un acto del deudor pueda ser convalidado o confirmado «se apoya en la existencia del elemento esencial y necesario para la validez del acto o contrato como es el consentimiento del concursado... esta consideración... conduce a la valoración de la limitación, sea la necesidad de intervención o sea, la suspensión, como una *restricción de la legitimación subjetiva propia del titular de un derecho...* Las situaciones de intervención o de suspensión no afectan [se dice] a la circunstancia personal consistente en la capacidad de obrar, sino que *condicionan la situación de poder resultante de la titularidad de los derechos...*»²³.

B) *En concreto, las limitaciones patrimoniales suponen una prohibición de disponer y de administrar*

Si bien la incapacidad derivada de la sentencia de incapacitación puede estar limitada a categorías de actos, *el presupuesto de la incapacitación, que es la falta de discernimiento del sujeto, impide por su propia naturaleza, la posibilidad de una incapacidad limitada objetivamente a ciertos bienes o derechos. Ello es consecuencia de que la incapacidad es una cualidad personal, intrínseca y abstracta del sujeto.*

Por otro lado, la eficacia de los actos jurídicos no solo requiere de capacidad de obrar sino de legitimación o poder de disposición. Esta categoría jurídica no deriva de las condiciones personales del sujeto sino de la relación existente entre la persona y el objeto. El poder de disposición se entiende mayoritariamente, que forma parte del contenido del derecho subjetivo²⁴, de manera que es una posibilidad de ejercicio del derecho junto a la cual existen otras como la administración. *La doctrina que considera que el poder de disposición forma parte del contenido del derecho subjetivo generalmente entiende que el poder de disposición es el fundamento de la legitimación del titular.*

Ahora bien, si se centra la atención, en primer lugar, en las limitaciones del concursado para administrar y disponer de sus bienes, se observa que no constituyen una cualidad personal o intrínseca del sujeto, *ni una limitación que recaiga directamente sobre la persona. La intervención y la suspensión se imponen a la persona en cuanto titular de un patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores. Prueba de ello es que la limitación sigue desplegando sus efectos, incluso cuando dicho patrimonio cambia de titular, como consecuencia de una sucesión mortis causa. Esto no sucede con la incapacidad, que desaparece con la muerte del incapacitado.* «En este sentido, la Ley establece que en caso de muerte o declaración de fallecimiento del concursado continuará tramitándose el procedimiento

²² En efecto, así parece, si bien deberá tenerse en cuenta el artículo 167 del Código Civil, referente a la patria potestad, y los artículos 247 y 270 del Código Civil, referentes a la tutela.

²³ BLANQUER UBEROS, R., «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, junio de 2005, págs. 61 y 62. Esta posición también era mantenida por el profesor GARCÍA AMIGO (conversación privada).

²⁴ Sobre la caracterización del poder de disposición, puede verse el exhaustivo estudio de CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. J. M.^a Bosch, editor, 1996, págs. 480 a 497.

como concurso de la herencia, pero en tal supuesto la limitación del ejercicio de las facultades patrimoniales se concretará necesariamente en la suspensión, «correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades de administración y disposición del caudal reicto» (arts. 182.1 y 40.5 LC)».

Es precisamente la *ratio* de la intervención y de la suspensión *la que exige su configuración como limitaciones que recaen sobre los bienes. Estarían tan íntimamente ligadas a los bienes del concursado integrantes de la masa activa que cuando se agotan termina el concurso (art. 176.1.4.º LC) y con él las limitaciones (art. 178)».*

«De las ideas anteriores —concluye MARTÍNEZ FLÓREZ— se desprende que *la intervención y la suspensión son limitaciones que recaen directamente sobre los derechos sometidos al concurso de acreedores, o, más exactamente sobre las facultades de administración y de disposición que integran el contenido de aquellos derechos y tienen la finalidad de asegurar el resultado de dicho proceso; no se trata de una limitación que recaiga sobre la persona; a ella solo le afecta en cuanto titular de dichos bienes*».

La intervención y suspensión se refieren al patrimonio integrado en la masa activa del concurso, esto es, a los bienes existentes a la fecha de la declaración de concurso, los que se reintegren al mismo y los que se adquieran hasta la conclusión del procedimiento (art. 76.1 LC). No afectan a los bienes inembargables ni a los que se entreguen al concursado en concepto de alimentos (art. 76.2 y 47 LC). En los supuestos de concurso de la herencia aceptada a beneficio de inventario, el heredero tendrá limitado el ejercicio de las facultades de administrar y disponer del patrimonio obtenido *mortis causa*, pero podrá administrar y disponer libremente del resto de su patrimonio, pues no existe confusión de patrimonios.

«Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la *falta de aptitud* que sufre el concursado a consecuencia de la intervención o de la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer no es, como en el caso de la incapacidad de obrar, abstracta, sino, por el contrario, *concreta y delimitada*: se refiere únicamente a *unas determinadas categorías de actos* (de administración y de disposición, en los que se concreta el ejercicio de las facultades del mismo nombre) *que recaen sobre unos concretos bienes y derechos* (los integrantes del patrimonio concursal). El concursado no está sometido a una *inidoneidad abstracta* para realizar una o varias categorías de actos sin consideración a su objeto, sino solo a una *inidoneidad concreta respecto de unos bienes determinados...*

Además, la intervención y la suspensión son medidas *esencialmente transitórias*. La ley las vincula, en efecto, al procedimiento de concurso, estableciendo que despliegan sus efectos únicamente hasta que se apruebe un convenio y, a falta de este, en tanto se practica la liquidación y se paga a los acreedores, pues, realizados estos actos, se habrá cumplido el fin al que se dirige el concurso y las limitaciones al ejercicio de las facultades patrimoniales a él inherentes»²⁵ [art. 133.2, 3 y 4 LC y art. 178.1 LC].

Por todas las razones antedichas, MARTÍNEZ FLÓREZ concluye que estaríamos en presencia de *prohibiciones de disponer y de administrar*²⁶, cosa que habría sentado

²⁵ *Op. cit.*, págs. 104 a 127.

²⁶ Posición que también sigue Vicente MONTÉS (MONTÉS, V. L., «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 15 a 18).

el Tribunal Supremo en las SSTS de 2 de diciembre de 1999 (*RJA* 1999/415)²⁷; 12 de junio de 2000; 14 de junio de 2000 (*RJA* 2000/5286)²⁸ y 8 de febrero de 2001

²⁷ SSTS de 2 de diciembre de 1999 (*RJA* 1999/415): «La esencia del presente proceso, que ha llegado en este momento procesal a la casación, se centra en la aplicación del segundo párrafo del artículo 878 del Código de Comercio que dispone: todos sus actos (los del quebrado) de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos. En la quiebra de Joaquín se dictó Auto por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 9 de Barcelona, en fecha 1 de marzo de 1990, en el que fijó la fecha de retroacción en el día 11 de marzo de 1988. En fecha 26 de septiembre de 1988 el quebrado, como prestatario, había otorgado escritura pública con el “Banco A., S. A.”, como prestamista, de contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sobre un inmueble que constituía la parte más importante del patrimonio del quebrado. La sindicatura de la Quiebra de Joaquín formuló demanda contra el “Banco A., S. A.” en petición de que se declarara la nulidad de dicho préstamo con garantía hipotecaria, con las subsiguientes cancelaciones en el Registro de la Propiedad, por haberse otorgado con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra. ...»

La esencia del proceso, como se ha dicho, y también la esencia de las sentencias de instancia y, como no podía ser menos, la del recurso de casación, es el concepto y alcance de la nulidad que contempla el mencionado artículo 878, segundo párrafo, del Código de Comercio. Por lo que es preciso exponer la posición que mantiene esta Sala y que constituye el fundamento del fallo.

La declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad absoluta: así, sentencias de 28 de octubre de 1986, 20 de junio de 1996 y 26 de marzo de 1997. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, como dice la sentencia de 13 de julio de 1984 y reiteran las de 29 de noviembre de 1991 y 20 de junio de 1996; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha ocurrido en el presente caso. Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 del Código de Comercio: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes: *no se trata de un estado civil, ni una incapacidad, sino una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos...*».

«La posible mitigación de esta nulidad absoluta no se ha dado en el presente caso, ya que tan solo se ha atenuado la rigurosidad del precepto en aquellos supuestos en que el acto de administración o disposición no perjudique los intereses de los acreedores: así, sentencias de 12 de marzo de 1993, 20 de septiembre de 1993, 11 de noviembre de 1993, 20 de junio de 1996».

«El artículo 878 impone la nulidad absoluta, no establece una acción rescisoria, ni una nulidad relativa...»

La nulidad alcanza al préstamo en cuanto se constituye con garantía hipotecaria y no puede pretenderse que le sea devuelto el capital al margen de la masa de la quiebra.

...La fe pública registral no convaleja o sana el negocio jurídico nulo por ser alcanzado por la retroacción de la quiebra: dicha nulidad, por mor de la retroacción, *es como si existiera al tiempo de ser perfeccionado aquel acto dispositivo, claramente la sentencia de 15 de noviembre de 1991 ha declarado nulas automáticamente las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra...*».

²⁸ STS de 14 de junio de 2000 (*RJA* 2000/5286). La Sindicatura de la Quiebra de «Construcciones N., S. A.» presentó demanda en pretensión de la aplicación del artículo 878, párrafo 2.^º del Código de Comercio y consiguiente declaración de nulidad de sendas ventas de fincas (viviendas) y cancelación de asientos registrales.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 7 de Bilbao, desestimó íntegramente la demanda, sentencia que fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 3.^a, de la misma ciudad, que declaró nulas las ventas de sendas fincas a don Jesús E. A. y esposa, y

(RJA 2001/2046)²⁹, en relación con el artículo 878.1.^o del Código de Comercio,

don José Luis A. U. y esposa, y les condenó a reintegrar a la masa de la quiebra el valor de las mismas... Contra esta sentencia han formulado recursos de casación la Sindicatura de la Quiebra de «Construcciones N., S.A.» en nueve motivos; el «Banco C., S. A.» en un motivo; D. Jesús E. A. y D. José Luis A. U., en cuatro motivos.

La Sindicatura de la Quiebra denuncia infracción de los artículos 33 y 34 LH y doctrina jurisprudencial sobre ellos y sobre la nulidad que impone el artículo 878.2.^o del Código de Comercio. La Sindicatura se refiere a la venta de sendas fincas de la sociedad en quiebra a los socios don Jesús E. A. y don José Luis A. U. y de estos a terceros de buena fe que inscribieron su título adquisitivo, condenando a aquellos a la reintegración del valor de las mismas a la masa de la quiebra. En respuesta a dicho motivo señala el TS que: «La nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo del Código de Comercio, ha sido mantenida reiteradamente por esta Sala: *así lo resume la sentencia de 2 de diciembre de 1999: La declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos ipso iure, nulidad absoluta*; así, sentencias de 28 de octubre de 1986, 20 de junio de 1996 y 26 de marzo de 1997. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, como dice la sentencia de 13 de julio de 1984 y reiteran las de 29 de noviembre de 1991 y 20 de junio de 1996; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha ocurrido en el presente caso. *Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 del Código de Comercio: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes: no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos...*»

Sin perjuicio de supuestos en que se mitiga tal nulidad, cuando no se perjudican intereses de acreedores, que aquí no se plantea. Aquí lo que sí se plantea es la relación con los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria: aquel dispone que la inscripción no sana la nulidad y este la protección del tercero hipotecario (principio de la fe pública registral). Debe advertirse que el citado artículo 878 dispone una nulidad de sus actos de dominio y administración, refiriéndose aquel pronombre (sus) al quebrado, por lo que la doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia de esta Sala es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de este, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al que se le aplica el principio de fe pública registral: en este sentido las sentencias de 12 de marzo de 1993, 20 de septiembre de 1993 y 28 de octubre de 1996. Por ello, se desestiman estos motivos».

²⁹ STS de 8 de febrero de 2001: La sentencia recurrida en casación confirma la de primera instancia que declaró la nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura pública de fecha 15 de noviembre de 1989, con plena reintegración a la masa de la quiebra necesaria de la entidad «P., S. A.», del inmueble objeto de la compraventa; y ordena la cancelación de las inscripciones registrales por la mencionada escritura y posteriores. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se interpuso recurso de casación por la compradora del inmueble. En el motivo 3.^o del recurso se alega aplicación errónea del artículo 878.2.^o del Código de Comercio, y de la Jurisprudencia del TS contenida en las STS de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993.

«La tesis del motivo se reconduce a entender que no procede la declaración de nulidad de la compraventa ya que el comprador aquí recurrente, «F., S. A.», es un tercero de buena fe y la compraventa no ha causado perjuicio para los acreedores de la quiebra.

Examinando las dos líneas que respecto a la interpretación del artículo 878, párrafo segundo del Código de Comercio, se han mantenido, dice la sentencia de 22 de mayo de 2000, que «si la atención se centra en las de los diez últimos años, se comprobará en se-

indicando que la llamada «inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes» se trataba en realidad de *una prohibición legal impuesta al quebrado para la administración de sus bienes*.

Precisa MARTÍNEZ FLÓREZ que en el caso de la intervención se estaría en presencia de una prohibición de disponer sin el consentimiento de otros sujetos: los administradores concursales. Pero como la integridad del patrimonio concursal solo queda garantizada si, además de la disposición, se prohíbe al concursado la administración, el concursado estaría sometido también a una prohibición de administrar.

guida el dominio casi absoluto del criterio denominado estricto o rigorista, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Así, la sentencia de 19 de diciembre de 1991 la considera una nulidad de pleno derecho; la de 11 de noviembre de 1993, una nulidad radical; la de 20 de octubre de 1994, un vicio de origen que afecta a los adquirentes, la de 28 de octubre de 1996, «una nulidad intrínseca y absoluta, que actúa *ope legis* y que no precisa su declaración judicial de invalidez de los actos efectuados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado»; en la misma línea se pronuncia la de 26 de marzo de 1997; y en fin, la de 25 de octubre *da por definitivamente consolidado tal criterio al declarar que salvo las dos sentencias que cita la recurrente, es doctrina reiterada y prácticamente uniforme de esta Sala que aquí se mantiene y ratifica, la que proclama la nulidad radical, ipso iure, de todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra*.

Esta doctrina de carácter estricto o rigorista ha sido mantenida en las más recientes sentencias de 12 y 14 de junio de 2000; dice esta última que «La nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo del Código de Comercio, ha sido mantenida reiteradamente por esta Sala: así lo resume la STS de 2 de diciembre de 1999: La declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad absoluta: así, sentencias de 28 de octubre de 1986, 20 de junio de 1996 y 26 de marzo de 1997. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, como dice la sentencia de 13 de julio de 1984 y reiteran las de 29 de noviembre de 1991 y 20 de junio de 1996; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1366 de la LEC y ha ocurrido en el presente caso. Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 del Código de Comercio: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes: *no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos*: así lo fundamenta la sentencia de 13 de julio de 1984, antes citada, que dice: siendo tal nulidad consecuencia de la incapacidad del quebrado que se sigue de haber quedado, con efectos de la fecha en que se fije la retroacción, separado de Derecho de todo su patrimonio, reflejándose la obligada inhibición del mismo en la correlativa ineeficacia (absoluta, o sea frente a todos) de cuantos actos de dominio y administración haya realizado contraviniéndola, no cabiendo tipo alguno de confirmación o convalidación». Aunque esta sentencia se cuida de dejar a salvo de la nulidad los supuestos en que no se perjudican los intereses de acreedores, *no cabe aplicar en el presente caso tal excepción desde el momento en que la sentencia recurrida declara, sin que ello haya sido adecuadamente combatido en el recurso, que no se puede considerar que exista una prueba muy precisa e indubitable de la realidad del pago del precio de la finca, falta de pago del precio que, aunque sea parcial, supone un perjuicio para los acreedores de la quiebra. En consecuencia procede la desestimación de este tercer motivo del recurso*».

Ahora bien, para explicar completamente la situación jurídica del concursado, habría que contemplar la correlativa atribución de funciones a la administración concursal.

En el caso de la suspensión, la actuación de los administradores concursales debería calificarse como de una representación legal, pues sus poderes emanan de la Ley y los efectos de los procesos, actos y negocios jurídicos celebrados por aquellos se producen en cabeza del concursado. No es óbice a esta representación legal que el concursado no sea un sujeto incapaz de obrar, puesto que el Derecho positivo prevé algún supuesto de representación legal de personas capaces (por ejemplo, la representación legal del ausente). Esa calificación proporciona una disciplina a la que recurrir para resolver los problemas que no estén expresamente contemplados en la normativa concursal. En el caso de intervención, los administradores concursales tienen un control del ejercicio de las facultades de administración y disposición por el concursado, aproximándose su labor a la de los órganos encargados de asistir a los menores o incapacitados (curador, por ejemplo)³⁰.

Para finalizar este apartado, vamos a traer a colación la opinión de PARRA LUCÁN, quien señala: «importa insistir en la idea de que la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso (art. 40.6 LC). Explica la Exposición de Motivos de la ley concursal que «la ley limita los efectos de la declaración de concurso, reduciéndolos, con un sentido funcional, a aquellos que beneficien la normal tramitación del procedimiento y, en la medida en que esta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso». Por ello, y en la medida en que ninguna supone un obstáculo para la conservación de la masa, la ley reconoce al concursado amplias facultades a lo largo de la tramitación del concurso para proteger sus intereses: solicitar alimentos, mantener representación y defensa separada en los procedimientos en tramitación, ejercer acciones personales, solicitar la modificación de los contratos de trabajo en que sea empleador, instar la rehabilitación de contratos, negociar y aceptar convenios, oponerse a la aprobación de cuentas de la administración concursal, formular propuestas de modificación al plan de liquidación (arts. 40, 47.1, 51.2, 52.2, 54.1 y 3, 64.2, 65.1, 68.1, 69.1, 104.1, 117.2, 128.3).

...Es importante destacar que, con independencia de su ámbito objetivo y de la razón de su existencia, las limitaciones de la facultad de administrar y de disponer del concursado no dejan de ser limitaciones, normas que privan al deudor concursado de la posibilidad de otorgar actos válidos. Así lo establece expresamente el artículo 40.7 LC, conforme al cual, «los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo solo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando esta no los hubiese convalidado o confirmado». Por ello, ha señalado el profesor DELGADO ECHEVARRÍA que las normas que se refieren al concursado expresan normas de incompetencia, que privan del poder de realizar actos jurídicos (a través de una intervención judicial).

La limitación a las facultades patrimoniales del concursado va unida, además, en determinadas circunstancias, a una auténtica prohibición, cuya infracción lleva aparejada incluso una sanción penal. En efecto, el artículo 259 CP, redactado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, castiga con la pena de uno a cuatro años de

³⁰ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», en *Comentario de la LC*. Rojo, A. y BELTRÁN, E (coords.). Civitas Ediciones, S. L., 1.^a ed. Madrid, 2004, págs. 782 a 786.

prisión y multa de 12 a 24 meses, al 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*».

Si aceptamos la distinción entre normas que confieren poderes, de modo que el destinatario de las mismas, al usar la norma, realiza un acto válido, y normas de conducta, que prohíben o que obligan al destinatario a hacer algo, con la consecuencia de que si se incumplen, conllevan la imposición de una sanción al destinatario, una pérdida de derechos, la norma que limita la capacidad del concursado y establece la invalidez del acto otorgado por el mismo no es una norma prohibitiva, sino una norma de incompetencia, en cuanto que priva al concursado de la competencia, del poder de realizar un acto válido. A esta norma de incompetencia se le añade una verdadera prohibición, pues al concursado que realiza actos contra lo ordenado por el juez del concurso se le puede imponer una sanción penal si su conducta cumple todos los requisitos del tipo descritos en la norma del Código penal. Al legislador no le ha parecido suficiente, dados los intereses en juego, con privar de validez a los actos del concursado, 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.

Pese a todo, es explicable la tendencia doctrinal a calificar la norma que limita las facultades patrimoniales del concursado como *una prohibición por la vinculación que suele hacerse de la limitación de la capacidad de obrar con la falta de capacidad natural en la persona. En la medida en que se quieren separar las limitaciones impuestas al concursado de las incapacidades de obrar por razón de la capacidad de entendimiento y voluntad del sujeto, y en la medida en que con ello se pretende poner de relieve que las limitaciones del concursado no son en beneficio propio (a diferencia de las limitaciones derivadas de la incapacitación) sino por razón del procedimiento concursal, y en interés de los acreedores, se evita el término incapacidad y se recurre al de prohibición legal*³¹.

C) *Las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de disponer y de administrar de los bienes integrados en la masa activa*

En mi opinión, del estudio realizado cabría concluir que la situación en que se encuentra el concursado como consecuencia del auto de declaración de concurso es, no una situación de incapacidad, sino una situación de prohibición de disponer y administrar pero no derivada de la ley, sino de resolución judicial.

En efecto, las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor vienen descritas en el artículo 40 LC, en relación con los artículos 43 y 44 (este último aplicable en el caso de concursado que ejerce una actividad profesional o empresarial). Estas limitaciones son efecto legal inmediato del auto de declaración de concurso³², pues en él la ley exige hacer constar (art. 21.1.2.º), «los efectos

³¹ PARRA LUCÁN, M. A., «Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores», en *Base de Datos «Dialnet». Texto electrónico*, págs. 9 a 12.

³² La admisión a trámite de la solicitud de 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).

sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio [concursal], así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales» [facultades de estos que dependerán del régimen de intervención o de suspensión a que quede sujeto el concursado]. Como el auto produce sus efectos de inmediato (arts. 21.2 y 44.2. inciso segundo LC) y es ejecutivo aunque no sea firme³³, las limitaciones patrimoniales las padece el concursado desde la fecha del mismo, con independencia de que se haya dado o no publicidad al susodicho auto (en el *BOE*, de forma gratuita y mediante extracto; mediante publicidad complementaria acordada por el juez de oficio o a instancia de interesado; mediante inserción en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca y mediante inscripción en el Registro Civil, Registro Mercantil u otros registros públicos de personas jurídicas así como en los Registros de bienes y derechos (singularmente, el Registro de la Propiedad) (arts. 23 y 24 LC, modificados por la Ley 38/2011).

Hay que destacar que *frente al sistema anterior a la LC, las limitaciones patrimoniales que se imponen ahora al concursado atienden a «las necesidades de cada concurso»*. De modo que el juez, previa audiencia de los administradores concursales y a iniciativa de estos, puede modular los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor, en función de los concretos factores de cada concurso³⁴. En efecto, en el caso del concurso, de acuerdo con el derogado artículo 1914 del Código Civil,

³³ El auto judicial es ejecutivo, aunque no sea firme (art. 21.2 LC), y el recurso que contra la estimación de la solicitud de declaración concurso puede interponerse (recurso de apelación) no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario (art. 20.2 LC). En este sentido, la SAP de Salamanca (Sección 1.^a), de 9 de mayo de 2011 (AC 2011/1220), ante la alegación de la apelante de que los administradores concursales no habían tomado posesión hasta el 9 de abril de 2007, siendo su primera reunión el día 10, por lo que el acto debatido (contrato de cesión en arrendamiento de una clínica, como unidad patrimonial de explotación), celebrado el 9 de abril de 2007, no se trataba de un acto de disposición o administración que hubiese debido ser intervenido por los administradores concursales, y en cuanto tal, susceptible de anulación, afirma que «el Auto declarando el concurso tiene una importancia capital dentro del procedimiento concursal, hasta el extremo de que puede considerarse como resolución de referencia para todos los efectos que el concurso produce. Sus efectos se inicián con la firma de la resolución, y aun cuando es cierto que el deudor, en el concurso voluntario, conserva la posesión y las facultades de administración y disposición, sometiéndose a la intervención de la administración concursal, también lo es que en ausencia de administración concursal y hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su tráfico o giro que sean imprescindibles para la continuación de su actividad [no siéndolo el acto debatido], siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 44,2 LC).

En el caso, si concurren, pues, los requisitos necesarios para la acción de anulación. Como indica la parte apelada, la concursada realiza toda una serie de actividades, constatadas documentalmente, al margen de la administración concursal, que en una normal y lógica confrontación de las diferentes fechas de los mismos, suponen una infracción de la restricción de su capacidad de obrar que deriva de su situación concursal ya declarada, y que en cuanto tal hace anulables, no nulos, los actos del deudor que infrinjan esas limitaciones. La falta de confirmación o convalidación del acto (se entenderá esta producida bien de forma expresa, bien de forma tácita cuando la administración concursal, conociendo la causa de la anulabilidad, actúa de modo que implique la renuncia a la acción) y la propia conducta de los demandados, a que hace relación la sentencia de instancia en su fundamento de derecho cuarto, no hace sino corroborar la tesis explicitada».

³⁴ FERNÁNDEZ SEUJO, J. M.; GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», en *Memento práctico concursal 2012*. Ediciones Francis Lefebvre, S. A., Madrid, 2011, pág. 170.

la declaración de concurso incapacitaba al concursado para la administración de sus bienes y en el caso de la quiebra, el artículo 878 del Código de Comercio, establecía que declarada la quiebra, el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes. Frente a estos efectos *automáticos e inalterables durante el procedimiento* (equivalentes a lo que hoy se conoce como suspensión, según MARTÍNEZ FLÓREZ³⁵), la LC *gradúa los efectos del concurso sobre el deudor*. Esto es, los efectos que produce la declaración de concurso en las facultades de administración y disposición del deudor sobre la masa activa del concurso vienen determinadas por la solicitud del concurso, ya que en caso de concurso voluntario el deudor queda sometido a la intervención por la administración concursal de tales facultades mediante su autorización o conformidad, mientras que en caso de concurso necesario, queda sometido a la suspensión del ejercicio de tales facultades, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 5, 5 bis y 22 LC en relación con art. 40). Ahora bien, *estos efectos pueden ser modificados por el juez en el propio auto de declaración de concurso o a lo largo del procedimiento* (art. 40.3 y 4 LC)³⁶, con la salvedad de que, abierta la liquidación, el deudor necesariamente queda sometido a la suspensión de sus facultades de administración y disposición (art. 145.1 LC). Es por ello, que bajo el régimen actual, parece más exacta la consideración de que las limitaciones patrimoniales que sufre el concursado derivan no de una prohibición legal de disponer y administrar, sino de una prohibición judicial de disponer y de administrar.

De todo lo expuesto hasta el momento se desprendería que las dos alternativas a la hora de calificar jurídicamente las limitaciones patrimoniales que sufre hoy un concursado como consecuencia del auto de declaración de concurso se reducirían básicamente a dos: una limitación de su capacidad de obrar, o una prohibición judicial de administrar y disponer que afectarían a su poder de disposición, y que podría considerarse un caso específico de entre los varios en que a un sujeto le falta la legitimación para la realización de un acto (distinguiendo entre falta de capacidad de obrar y prohibiciones, la sentencia de 27 de mayo de 1959).

V. LAS SOLUCIONES PRÁCTICAS A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

1. DESDE LA CONSIDERACIÓN DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO COMO UNA FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR

Desde este punto de vista, señala BLASCO GASCÓ que «el consentimiento material del hipotecante por acto unilateral ya está prestado en la escritura pública y es en este momento, y no en el de la mera inscripción, en el que deben concurrir las exigencias de capacidad y consentimiento»³⁷. El auto de declaración de concurso y su inscripción en el Registro no produce el cierre de este; «por tanto, no

³⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», en *Comentario de la LC*. Rojo, A. y BELTRÁN, E. (coords.). Civitas Ediciones, S. L., 1.^a ed., Madrid, 2004, págs. 773 y 774.

³⁶ Según MARTÍNEZ FLÓREZ, cabría incluso que motivadamente el juez combinase la intervención y la suspensión para determinadas categorías de actos (*op. cit.*, pág. 781). Cosa que consideran imposible, dado el tenor legal, FERNÁNDEZ SEIJU y GUTIÉRREZ DE LA ROZA (FERNÁNDEZ SEIJU, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», *op. cit.*, pág. 174).

³⁷ BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 28 y 29.

es causa bastante para que el Registrador deniegue la inscripción de la hipoteca». La cuestión es más clara si el título constitutivo o modificativo de una relación jurídico-real es de fecha anterior a la declaración de concurso. En el caso de ser la inscripción constitutiva, es cierto que la modificación o transmisión de la relación jurídico-real no se produce sino desde la inscripción del título, pero no es menos cierto que «el título en sentido material, es anterior, es decir, que ya existía, y que cuando se otorgó» el concursado tenía plenas facultades dispositivas. La posterior declaración del mismo en concurso no puede afectar a la validez de la constitución de la referida hipoteca³⁸.

El hipotecante es señor del acto de disposición hasta que este se produce al otorgar la escritura pública de hipoteca, pero deja de serlo si ha habido aceptación o si la escritura se inscribe en el Registro. «Ni siquiera queda sometido a su voluntad el procedimiento registral que se inicia con la presentación del documento y solicitud de inscripción, porque, en virtud del artículo 6 LH, cualquiera de los legitimados puede iniciar dicho procedimiento», encontrándose entre ellos el acreedor beneficiario, si bien solo el hipotecante puede proceder a subsanar los defectos que afecten a la validez del acto dispositivo y a su propia capacidad y legitimación³⁹.

Ahora bien, la hipoteca inscrita con posterioridad al auto de declaración de concurso, sería una hipoteca de eficacia latente, subordinada a las resultas del concurso, y en ningún caso el crédito que garantizaría sería un crédito privilegiado a efectos precisamente del concurso (no gozando tampoco ni 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 LC⁴⁰.

³⁸ *Op. cit.*, págs. 69 y 70.

³⁹ *Op. cit.*, págs. 50 a 53. Sin embargo, SERRA RODRÍGUEZ piensa, a mi juicio, más acertadamente, que «siendo la hipoteca un derecho de constitución registral, si esta se ha decidido constituir unilateralmente, esto es, sin la concurrencia simultánea de la voluntad del acreedor [o sea, no por convenio, sino mediante acto unilateral del disponente al cual solo puede adherirse puramente mediante la aceptación, o no adherirse el favorecido], parece que será el hipotecante el único legitimado para su inscripción... En cambio, si la constitución de la hipoteca tiene un origen contractual, el acreedor sí que se hallará legitimado, con base en el artículo 6 LH, para inscribir el derecho de hipoteca, provocando con ello su nacimiento, sin contar con la voluntad del hipotecante para este acto co-constitutivo». Por lo tanto, todos los actos constitutivos de la hipoteca solo podrán ser realizados por el hipotecante en el caso de hipoteca unilateral, ya que en la mayoría de los supuestos de otorgamiento unilateral de escritura de constitución de hipoteca el hipotecante decide constituir el gravamen sobre un inmueble de su propiedad con vistas a obtener un trato jurídico más beneficioso respecto de uno de sus acreedores o con vistas a garantizar una obligación futura, sin estar cumpliendo un previo pacto o estipulación con dicho acreedor, por lo que resulta lógico que solo él este legitimado para inscribir dicho derecho. *Cosa distinta sería si la constitución unilateral de hipoteca se verifica para dar cumplimiento a una promesa previa (pacto, precontrato o convenio), en cuyo caso el acreedor sí que estaría legitimado para solicitar la inscripción* (SERRA RODRÍGUEZ, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 82 a 85).

⁴⁰ *Op. cit.*, pág. 33. Una escritura pública de constitución unilateral de la hipoteca, aceptada, pero no inscrita en el Registro, según BLASCO GASCÓ, produciría los siguientes efectos: no hay derecho de hipoteca pero sí la posibilidad de inscribir el título y constituir la hipoteca si lo solicita cualquier persona legitimada según el artículo 6 LH, incluido el beneficiario. No se dispone de la acción ejecutiva hipotecaria pero sí de la derivada de la escritura pública. Tampoco se dispone de prelación hipotecaria respecto de su crédito, pero sí de la que pueda derivar de la escritura. Finalmente, en el procedimiento concursal [declarado e inscrito antes de la inscripción de la hipoteca], el crédito para cuya garantía se otorgó la escritura pública de

Si el asiento de presentación de la hipoteca es de fecha posterior al asiento de presentación del mandamiento que ordena inscribir el auto de declaración del concurso, es evidente que en la fecha de la declaración de concurso, que es la que deben tomar en consideración los administradores concursales para calificar los créditos del concursado, el crédito de los acreedores aceptantes de la hipoteca *no era un crédito privilegiado, sino ordinario*. «*En dicha fecha, la hipoteca no estaba aún constituida, ni siquiera había accedido al Registro de la Propiedad: no había causado, en definitiva, asiento de presentación. Por tanto, la aceptación, los efectos retroactivos de esta, no pueden ir más allá de la fecha de acceso al Registro de la hipoteca unilateral y tal fecha no es sino la de su asiento de presentación no cancelado*».

...*Todo lo anterior no significa que la hipoteca no exista [salvo que se declare nula por defecto material como falta de causa o se rescinda por fraude de acreedores y vulneración de la par conditio creditorum] sino que el crédito o los créditos garantizados no se deben calificar como privilegiados en la lista confeccionada por la administración concursal*». No gozará de los derechos de abstención y de ejecución separada porque la calificación de los créditos deben realizarla los administradores concursales a la fecha del auto declaratorio del concurso.

Es más, el TC se pronunció al respecto en STC 41/1986, de 2 de abril de 1986. La Audiencia Territorial había entendido que el título hipotecario con el que se había iniciado ejecución hipotecaria separada carecía de valor, por haber sido inscrito después de la suspensión de pagos, esto es, que los acreedores que no ostentan la condición de privilegiados al tiempo de tener por solicitada la suspensión de pagos no pueden ejercitar separadamente acciones de ningún tipo para el cobro de sus créditos. El Banco recurrió en demanda de amparo al TC por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse negado la satisfacción de su derecho a través del procedimiento de ejecución hipotecaria. Sin embargo el TC concluyó, desestimando el recurso de amparo que:

«...lo que aquí se discute es si la eficacia erga omnes de la escritura de hipoteca, con base en la cual el procedimiento se inició, puede ser examinada por el juez que conoce y tramita el procedimiento y conoce la ejecución de dicha hipoteca. Y así planteado en sus estrictos términos el problema, hay que señalar que cualquiera que sea la respuesta que se estime más correcta desde el punto de vista del Derecho Hipotecario, los Tribunales, al tomar la decisión de sobreseer el proceso, por considerar que la plena eficacia de la hipoteca era posterior a la suspensión de pagos no violan el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor hipotecario cuando este dispone de otros procedimientos para hacer valer, en definitiva, su derecho».

¿Qué efectos tienen, entonces, la hipoteca y la prenda inscritas con posterioridad a la resolución judicial de declaración del concurso? Solo si se produce el archivo o el sobreseimiento del expediente concursal, tales créditos estarán garantizados, en su caso, por la hipoteca. Por tanto, podría decirse que se trata de una hipoteca de eficacia latente, subordinada a las resultas del expediente de concurso, pero en ningún caso, los créditos que garantizan son un crédito privilegiado a efectos de concurso⁴¹.

No obstante, se hace preciso indicar también, que la proximidad entre el otorgamiento de la escritura de hipoteca unilateral y la solicitud de la declaración de concurso pueden hacer pensar o bien en un otorgamiento de las garantías reales sin reflexión jurídica suficiente o bien la constitución en fraude de

hipoteca no puede ser calificado como crédito privilegiado [art. 90.2 LC], ni el acreedor gozará de los beneficios de abstención y de ejecución separada (BLASCO GASCÓ, *op. cit.*, págs. 42 y 43).

⁴¹ *Op. cit.*, págs. 61 y 62 y 71, 73, 74 y 75.

acreedores, de aquellos acreedores a cuyo favor no se constituyó la hipoteca⁴², extremo este último que podría, en unión con la eliminación de la retroacción de la quiebra, a entender que la solución práctica más conveniente al problema planteado podría ser otra.

Finalmente, «siempre que no conste registralmente la aceptación de la hipoteca de constitución unilateral al tiempo de la declaración de concurso, el acreedor beneficiario verá anuladas sus posibilidades de provocar mediante la aceptación de la hipoteca su salida del procedimiento concursal en virtud del ejercicio del derecho de ejecución separada...»⁴³, pues sería preciso que el privilegio material y procesal anejo al crédito hipotecario (arts. 55, 56 y 90 LC), se hubiera obtenido por el acreedor antes de la declaración de concurso. Inscrita esta declaración, le perjudica. Si bien, quizás en este caso la solución se torna más dudosa, debido a la retroacción de los efectos de la aceptación (para la cual no hay plazo), a la fecha de la inscripción de la hipoteca.

2. DESDE LA CALIFICACIÓN DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO COMO PROHIBICIONES JUDICIALES DE DISPONER Y DE ADMINISTRAR QUE RECAEN SOBRE LOS BIENES INTEGRADOS EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO

En este supuesto, la solución práctica al problema en estudio se diversifica en dos, en función de los efectos hipotecarios que se anudan a las prohibiciones judiciales de disponer inscritas.

A) *La inscripción de concurso no impediría el acceso registral de la escritura de hipoteca unilateral otorgada con anterioridad*

De acuerdo con el artículo 17 LH, el principio de prioridad impediría desapchar un título de fecha igual o anterior que se oponga a otro ya anotado o inscrito. La prohibición de disponer (voluntaria), al tener eficacia real, se rige por los principios del sistema registral y por ello es un obstáculo registral para el despacho de títulos contradictorios aunque tengan fecha fehaciente anterior. «En esto se diferencian de las anotaciones de embargo, que por imperativo de los artículos 44 LH y 1923 del Código Civil, tan solo confieren preferencia respecto de actos posteriores, sin impedir la preferencia de los actos dispositivos anteriores *inscritos con posterioridad, que excluirán la ejecución (dado el principio de responsabilidad por deudas con el patrimonio del deudor, que excluye del apremio los bienes no integrantes en dicho patrimonio)*. Y es que mientras que las anotaciones de embargo recogen un crédito personal cuya satisfacción tratan de asegurar —constituyendo una excepción al sistema, caracterizado por el acceso al Registro solo de los derechos reales—, las prohibiciones de disponer [voluntarias] tienen verdaderamente eficacia real, y en consecuencia se rigen por los principios del sistema, entre ellos el de prioridad registral del artículo 17 LH».

Ahora bien, si hablamos de *anotaciones preventivas de prohibición de disponer judiciales o administrativas*, habría que tener presente el artículo 44 de la LH, que se remite a la preferencia del artículo 1923 del Código Civil en el caso del artículo 42.4.^o LH, precepto este último que hay que interpretar correctamente,

⁴² *Op. cit.*, pág. 80.

⁴³ SERRA RODRÍGUEZ, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 203 a 205.

circunscribiéndolo precisamente al supuesto de anotación de prohibición judicial o administrativa⁴⁴.

En este sentido, señalan ROCA SASTRE y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, «la finalidad de la anotación preventiva de enajenar es *impedir* que durante la *sustanciación del juicio, proceso o expediente* el propietario de una finca o titular de un derecho real inmobiliario *pueda disponer* de los mismos. Por ello la anotación preventiva de prohibición de enajenar constituye una excepción a lo establecido por el artículo 71 de la LH [los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación].

...La naturaleza jurídica de la anotación preventiva de prohibición de enajenar es la de ser una medida cautelar que priva, durante la sustanciación de un juicio, proceso o expediente, del poder de disposición al demandado respecto de aquellos de sus bienes anotados preventivamente, para el aseguramiento de la efectividad de la resolución que, en definitiva, se dicte.

Los efectos de las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar son, naturalmente, los de impedir que en el Registro de la propiedad puedan inscribirse o anotarse los actos dispositivos entre vivos de la propia finca o derecho objeto de la anotación, siempre que sean otorgados con posterioridad a tal anotación por su propietario o titular, debido a que esta anotación preventiva está comprendida en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria. Luego no puede constituir obstáculo para la inscripción o anotación de tales actos dispositivos cuando estos se hayan otorgado con anterioridad». Lo dicho se desprendería del artículo 145 RH a sensu contrario, en cuanto impide el acceso registral de los actos dispositivos realizados posteriormente, pues ello presupone que *no impide los realizados con anterioridad*. Señala además expresamente el citado precepto que *la anotación no será obstáculo para los actos dispositivos derivados o que se apoyen en asientos registrales anteriores a la anotación, como son los que emanen de derechos de hipoteca, retracto convencional u otros derechos reales anteriormente inscritos*⁴⁵.

Sentado lo anterior, parecería evidente que la anotación (hoy inscripción del concurso), al tener la naturaleza de una prohibición judicial de enajenar, no cerraría el acceso al Registro de los actos dispositivos otorgados con anterioridad a la anotación, en aplicación del artículo 145 RH a sensu contrario y de los artículos 44 y 42.4.^o LH, en relación con el 1923 del Código Civil, de manera que tal inscripción de la declaración de concurso solo otorgaría prioridad registral y cierre registral (art. 17 LH), sobre los actos otorgados con posterioridad (sin respetar la prohibición judicial, arts. 40 LC y 21.1.2.^o LC).

El único problema que se plantearía es, en relación con las escrituras de hipoteca otorgadas con anterioridad a la inscripción de la declaración de con-

⁴⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1992, págs. 212 y 213.

⁴⁵ Artículo 145 LH: «Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar, comprendidas en el número 2 del artículo 26 y número 4.^o del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiere realizado posteriormente a esta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación». ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, 8.^a ed., revisada, ampliada y puesta al día. Tomo VI. Bosch, Casa Editorial, S. A., 8.^a ed., Barcelona, 1997, págs. 473 a 475.

curso, si siendo la inscripción de la hipoteca *constitutiva*, habría que considerar que el acto dispositivo de constitución de la hipoteca (unilateral, en nuestro caso), realmente es *anterior* a la anotación preventiva de la prohibición judicial de enajenar (anotación preventiva o inscripción de la declaración de concurso (art. 24.4 LC), y por lo tanto, debe admitirse libremente su inscripción o por el contrario, al ser un acto dispositivo, posterior, por conformarse la disposición con la inscripción, sería preciso exigir la conformidad de la administración concursal y la autorización judicial (art. 40 y 43 LC).

Para dar respuesta a esta cuestión, tendremos presente la Doctrina de la DGRN. En relación con una hipoteca convencional y el Derecho anterior a la Ley Concursal de 2003, la DGRN había sentado lo siguiente en RDGRN de 24 de abril de 1959:

Los hechos que dieron lugar a tal resolución pueden resumirse del siguiente modo. El 14 de junio de 1957, don José Ramón concedió a don Ángel un préstamo de cien mil pesetas, por plazo de un año a contar de la fecha de la escritura, a un interés del 6 por 100 anual, en cuya garantía don Ángel hipotecó una casa de su propiedad. La escritura fue presentada por primera vez a Registro el día siguiente de su otorgamiento, y una vez comprobada la no existencia de cargas anteriores sobre la finca, se entregó el capital del préstamo. La escritura se retiró para pagar el Impuesto de Derechos Reales, caducando su asiento de presentación. Por auto de 5 de agosto de 1957, se declaró la quiebra de don Ángel, ordenándose la inscripción en el Registro de la Propiedad de la incapacidad del quebrado. Presentada la escritura por segunda vez el 12 de septiembre de 1957, el Registrador suspendió la inscripción, *por haberse despachado previamente un mandamiento judicial declarando en quiebra al hipotecante y no resultar de dicho mandamiento que el préstamo hipotecario de dicha escritura figurase o no entre los actos afectados por la retroacción de la quiebra, tomándose anotación preventiva por defecto subsanable por plazo de 60 días durante el cual el acreedor o la representación del quebrado podrán justificar lo procedente para subsanar el defecto*.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo. Reproducimos a continuación por su interés, literalmente, los argumentos aportados por el Notario autorizante, el Registrador y la DGRN que demostrarían la controversia existente en cuanto al tema en estudio y los diversos puntos de vista adoptados a favor de una u otra solución jurídica al problema.

El Notario autorizante de la escritura alegó: «Que el auto de declaración de quiebra, *se refiere concretamente a la capacidad del quebrado para administrar y disponer de sus bienes conforme al artículo 878 del Código de Comercio, por lo que la cuestión jurídica planteada es la de la capacidad de don Ángel, para recibir el 17 de junio un préstamo hipotecario que le fue concedido por don José Ramón, y mientras no se demuestre que carecía de ella, en la pieza de retroacción de la quiebra no puede negarse la inscripción de la escritura; que la anotación preventiva de autos de declaración de suspensión de pagos, concurso o quiebra, no se equiparan según un ilustre tratadista a la prohibición de disponer del titular de los bienes; que si se pudieran equiparar, habría que estar a lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario y sentencia de 22 de marzo de 1943, que fija el alcance de la prohibición de enajenar con referencia a otra sentencia de 21 de febrero de 1912; y que la calificación recurrida suspende la inscripción cuando es evidente que la posible retroacción de la quiebra más bien daría lugar a una condición resolutoria, por lo que procede inscribir la escritura sin perjuicio de lo que se acuerde en su caso en la pieza de retroacción».*

El Registrador de la propiedad informó: Que como la escritura de préstamo hipotecario fue presentada por primera vez en el Registro el 15 de junio de 1957, el asiento de presentación caducó el 30 de agosto siguiente; que entonces se procedió a dar cumplimiento al mandamiento judicial, en el que «se declara en estado legal de quiebra necesaria al comerciante don Ángel, y se retrotraen sus efectos *«al día en que aparezca haber cesado el quebrado en el pago de sus obligaciones corrientes»*, que bajo esta limitación se presentó nuevamente, el 12 de septiembre de 1957, la escritura de préstamo hipotecario que fue calificada con la nota recurrida; *que no niega que don Ángel tuviese en la fecha del otorgamiento de la escritura de préstamo capacidad plena, pero en cuanto a que el acto sea inscribible sin perjuicio de los efectos de la retroacción de la quiebra, discrepa del criterio del recurrente*; que su opinión se apoya en un atento estudio del artículo 878 del Código de Comercio, en relación con el 18 de la Ley Hipotecaria; que el dato pedido en la nota calificadora solo puede suministrarlo el juez que entienda en el procedimiento, según lo expuesto por los acreedores en el escrito en que solicitaron la calificación de quiebra, conforme a lo establecido en el artículo 1024 del Código de Comercio de 1829, vigente en esta materia; *que aun respetando la docta opinión alegada por el recurrente, según la cual no deben equipararse la anotación preventiva de quiebra y la prohibición de disponer, es evidente que se corresponden, según el Reglamento Hipotecario, artículo 142, en relación con el número 4 del 42 de la Ley, y doctrina sentada en las Resoluciones de 7 de junio de 1920 y 7 de marzo de 1893; que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario es una novedad de la última reforma y su interpretación no es tan clara como pretende el recurrente, estimando un ilustre comentarista del citado texto, que la declaración de quiebra cierra el Registro durante el periodo de retroacción de la misma, que, por consiguiente, es preciso, fijar previamente; y que la sentencia de 22 de marzo de 1943, sienta efectivamente el principio general de que la anotación de prohibición de enajenar no cierra el Registro a los actos dispositivos del titular, anteriores a su fecha, pero en el caso de quiebra, el interés público se sobrepone a los principios registrales y el cierre del Registro se extiende al periodo que se señale de retroacción de la quiebra, de tal manera, que solo las transmisiones realizadas con anterioridad podrían llevarse al Registro, y el informante procedería a inscribirlas a pesar de la prohibición.*

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe.

En cuanto a la DGRN, resolvió del siguiente modo:

«Vistos los artículos 874 a 883 del Código de Comercio; 1.º, 38 y 42 de la Ley Hipotecaria; 142 y 145 del Reglamento para su ejecución; las sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 1905, 16 de febrero de 1933, y la Resolución de este Centro de 7 de junio de 1920.

PRIMERO. Que al haber dejado caducar el asiento de presentación en el Registro de una escritura de préstamo con hipoteca, que fue retirada para la liquidación del Impuesto de Derechos Reales, la cuestión que plantea este expediente queda reducida a decidir *si podrá inscribirse dicha escritura después de haberse anotado un mandamiento que declara la quiebra del deudor y la nulidad de los actos dispositivos que hubiere realizado durante el periodo sospechoso.*

SEGUNDO. Que el Código de Comercio procura proteger los intereses de los acreedores del quebrado y evitar que el insolvente, con su conducta, pueda realizar actos dispositivos en perjuicio de aquellos, y por ello decreta en el párra-

fo 2.º del artículo 878 la indisponibilidad patrimonial *no solo desde el momento de la declaración de quiebra, sino que retrotrae los efectos y declara la nulidad de todos los actos realizados durante el periodo sospechoso*, es decir, a partir de la fecha que el juez determine como momento en que realmente cesaron los pagos por parte del comerciante, de tal suerte que los Síndicos pueden reclamar los bienes que se hallaren en poder de terceros y disponer de ellos como si estuvieren bajo el dominio del quebrado, *cuando la declaración sea una confirmación tardía de una situación de insolvencia precedente*.

TERCERO. Que esta posición, justificada por la naturaleza propia de las relaciones mercantiles y un elemental deseo de protección de los intereses en conflicto, puede dar lugar, cuando se trate de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de titulares comerciantes, a situaciones especiales que requieren una cuidadosa aplicación de las normas, a fin de que no resulten perjudicados otros intereses igualmente dignos de amparo, como son los de aquellos titulares que inscribieron sus derechos con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y que se hallan protegidos por el principio de la fe pública registral.

CUARTO. *Que si bien no ofrece dificultades la solución, que deberá ser necesariamente negativa, en los supuestos en que el tercero adquiera su derecho después de practicada la anotación de quiebra por aparecer en el Registro la falta de disponibilidad del titular inscrito, no resulta tan evidente cuando el acto se hubiere otorgado con anterioridad a la anotación y se presentase a inscripción con posterioridad, toda vez que podría estimarse, por la indeterminación del auto judicial acerca de la fecha a que se han de retrotraer los efectos de la declaración de quiebra, que el acto dispositivo se había realizado dentro de dicho periodo.*

QUINTO. Que la finalidad del Registro de la Propiedad de asegurar el tráfico jurídico se menoscaba por el párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, que puede perturbar situaciones consolidadas al establecer un sistema de retroactividad, peligro que aumentaría si no se fija exactamente la fecha a partir de la que comienza, por lo que ha declarado la jurisprudencia imprescindible que se determine por el juzgador el momento preciso en que el comerciante sobreseyó el pago corriente de sus obligaciones, *y 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 que deba retrotraerse la misma*.

SEXTO. *Que el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca, puesto de relieve tanto por el artículo 1875 del Código Civil, como por los 145 y 159 de la Ley Hipotecaria en vigor, no permite que se pueda acceder a la pretensión de la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, deducida por el interesado, cuando la capacidad del deudor hipotecante aparece en el Registro limitada por la anotación practicada para hacer constar que ha sido declarado en quiebra».*

Por los argumentos expuestos, la DGRN acordó *confirmar el Auto apelado*. Ello supone que la DGRN confirmaba la nota de calificación del Registrador que suspendía la inscripción por defecto subsanable, por lo que en el fondo entendía que si la escritura de préstamo hipotecario fuese anterior a la fecha de la retroacción de la quiebra, podría causar asiento en el Registro, pese a la anotación preventiva de la declaración de quiebra y a pesar del carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca, y pese a lo dispuesto en los artículos 1035, 1036, y 1073.1.º y 7.º del Código

de Comercio de 1829, relativos a las funciones de los síndicos como consecuencia de que el quebrado quedaba de derecho separado e inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra.

Aplicando dicha doctrina a la situación legal presente, cabría señalar que aun considerando la inscripción de la declaración de concurso como un asiento semejante a una anotación preventiva de prohibición judicial de enajenar, la escritura de hipoteca convencional otorgada antes de la declaración de concurso, podría ser objeto de inscripción registral y lo mismo la escritura de hipoteca unilateral, presentada por el hipotecante (único legitimado para inscribir, en principio), pues no habría razón jurídica de peso para otorgar a una y otra un trato diverso a este respecto, en la medida en que en ambas la inscripción es constitutiva. Confirma esta idea la RDGRN de 8 de julio de 2010.

Mediante escritura de 12 de mayo de 2004, complementada por otra de 31 de mayo del mismo año, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada, aportando D. F. L. J., como contraprestación por las participaciones asumidas en la sociedad, determinados bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad.

Al ser presentada la escritura a Registro el 18 de mayo de 2009, resultó que en cada una de las fincas aportadas existían tomadas el 1 de julio de 2005, sendas anotaciones de prohibición de disponer (practicadas en los años 2005 y 2008), ordenadas como medida cautelar, entendiendo el Registrador que debía suspender la inscripción de la escritura de aportación a la sociedad, a favor de esta.

El apoderado de la sociedad mercantil a la que se aportaron los inmuebles interpuso, el 30 de julio de 2009, recurso contra la anterior calificación, alegando que *al ser la escritura de fecha anterior a las anotaciones y al no haber sido parte en los procedimientos civiles ni el aportante ni la sociedad constituida, no existía impedimento alguno a la inscripción, pues la transmisión del dominio tuvo lugar con anterioridad a dichas anotaciones.*

En su Resolución, la DGRN sienta importantes afirmaciones. Así señala que «conforme al artículo 26.2.^a de la Ley Hipotecaria, las prohibiciones de disponer o enajenar que tengan su origen inmediato en alguna resolución judicial o administrativa “serán objeto de anotación preventiva”, previsión que enlaza con la norma del artículo 42, número 4 de la misma Ley al disponer que podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro “el que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera con arreglo a las Leyes, providencia... prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles”, si bien estas últimas son solo las anotaciones más comunes, pero no las únicas o exclusivas que pueden practicarse al amparo del citado artículo 26.2.^a, posibilidad que se extiende a las que tengan su origen en resoluciones administrativas, en los casos en que así esté previsto por una norma especial, y las acordadas en otro tipo de procedimientos, como el juicio ejecutivo, concursal, de división de herencia, etc., así como en procedimientos ajenos a la jurisdicción civil (cfr. v.gr. art. 13 de la LECRIM). En todo caso, se trata de una medida cautelar que priva, durante el periodo en que se mantenga en vigor, del poder de disposición al demandado respecto de los bienes objeto de la anotación, con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia o resolución que finalmente recaiga en el procedimiento principal, declarativo o ejecutivo, en cuyo ámbito se dicta, y sujeta a los trámites y requisitos fijados por los artículos 730 y siguientes de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en el caso de los acordados en procedimiento civil» (De estas afirmaciones puede concluirse 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).

Señala también la Resolución que, desde antiguo, se ha cuestionado la determinación de los efectos de tales anotaciones, *existiendo dos corrientes al respecto.*

La primera corriente, poniendo en relación el artículo 44 LH, con el artículo 1923 del Código Civil, entendía, por analogía, que las prohibiciones anotadas solo tienen preferencia frente a títulos posteriores, no afectando a los actos dispositivos anteriores (STS de 7 de febrero de 1942). *Indicaba que si bien el artículo 71 LH, excepcionaba el artículo 17 LH en su eficacia de cierre del Registro, y confirmaba su eficacia relativa o de atribución de preferencia o prelación de rango para las anotaciones preventivas, las anotaciones preventivas o de prohibición de disponer suponían una especialidad frente a tal regla*, pues como señalaba la STS de 7 de febrero de 1942, al tener la finalidad específica de impedir o suspender temporalmente el ejercicio del *ius disponendi*, «*no constitutivo técnicamente de verdadera incapacidad*», *los actos y contratos realizados en su contradicción mientras está vigente son nulos, sin que por lo tanto puedan acceder al Registro.* Ahora bien, *dicha prohibición no excluye la validez civil de los actos dispositivos otorgados con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva y que son presentados después* (STS de 2 de marzo de 1943). Producida la reforma del RH de 1947, por medio de la cual se introdujo el artículo 145 RH, y cuya finalidad era clarificar los efectos derivados de esta modalidad de anotaciones, de dicho precepto se deriva el efecto de *cierre temporal del acceso al registro de los actos dispositivos realizados por el titular después de la anotación*, por exigencias derivadas el procedimiento en que se ha acordado como así lo había declarado reiteradamente la DGRN en Resoluciones de 27 y 28 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928, 30 de enero de 1931 y 8 de mayo de 1943). En cuanto a los actos dispositivos anteriores, la doctrina de la DGRN había tendido, *no sin vacilaciones*, a una interpretación según la cual, *la anotación no producía cierre registral para los actos dispositivos anteriores*, «*si bien, no sin alguna excepción, impuesta por las particularidades del caso concreto resuelto*» [así RDGRN de 8 de mayo de 1943 (enajenación realizada por un albacea antes de la anotación, pero habiendo sido decretada la anotación en juicio instado por los herederos para la remoción del albacea), anterior a la reforma que introdujo el art. 145 LH]. Ahora bien, *mayoritariamente*, tras la reforma que introdujo el artículo 145 LH, la doctrina habría interpretado *a sensu contrario* el nuevo artículo 145 RH (esto es, en el sentido de que al impedir el acceso registral de los actos dispositivos posteriores, *a sensu contrario*, se permitiría el acceso registral de los anteriores). Precisamente, como esta consecuencia se daba por sobreentendida en el precepto, este solo precisó que salvaba del cierre los actos dispositivos derivados o que se apoyasen en asientos registrales anteriores a la anotación (en una inscripción de hipoteca, de retracto convencional, de opción de compra, en una anotación preventiva de embargo, etc.). Además se argumentaba que si se adoptase otra posición, el cierre del Registro a actos dispositivos anteriores, ello haría resentirse el principio de concordancia del Registro con la realidad jurídica extraregistral. Por otro lado, como el artículo 145 RH constituiría una excepción al artículo 71 LH para los actos dispositivos posteriores a la anotación, resultaría confirmada la regla general en materia de anotaciones (art. 71 RH) para los casos no incluidos en la excepción, con arreglo al principio *exceptio confirmat regulam in casibus no exceptis.*

«*Esta situación —señala literalmente la DGRN— puede, a su vez, estar sujeta a algún régimen de excepción, como sucedió hasta la reciente reforma*

concursal de 2003, aprobada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el caso de las anotaciones de prohibición de enajenar decretadas en juicios de quiebra, en cuyo caso su energía para cerrar el Registro era mucho más potente que en los demás supuestos, dado que, como ya dijera la antigua Resolución de 7 de junio de 1920, se producía el cierre del Registro para los actos del quebrado, posteriores no solo a la declaración de la quiebra, sino al tiempo a que alcance la retroactividad de la misma. Pero, de nuevo, la excepción confirma la regla general de los casos no exceptuados: en ausencia de retroacción sustantiva de la prohibición de disponer para el caso concreto, impuesta por el ministerio de alguna norma que por lo excepcional ha de ser expresa y clara en cuanto al mandato de retroactividad, el cierre registral no alcanza a los actos anteriores a la prohibición».

Esta interpretación del artículo 145 RH (introducido por el Reglamento de 1947) habría sido asumida por la DGRN en sus Resoluciones de 7 de febrero de 1959, apoyada en los precedentes de 27 y 30 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928 —anteriores a la reforma de 1947— y de 31 de marzo de 1950, 22 de octubre de 1952 —ya posteriores a dicha reforma—. En la Resolución de 7 de febrero de 1959 afirma que «la anotación de prohibición de enajenar, establecida en los artículos 26 y 42 de la Ley Hipotecaria, tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio y determina para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro mientras duran sus efectos, al privar al titular de realizar actos dispositivos, pero no impide, conforme se deduce del artículo 44 de la Ley Hipotecaria, y de reiterada doctrina de este Centro, cristalizada en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario vigente, que puedan tener acceso aquellas transferencias o gravámenes constituidos con anterioridad a la anotación, todo ello sin perjuicio de la facultad que asista a los interesados, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, para acudir a los Tribunales de Justicia y contender entre sí acerca de validez o nulidad de los títulos».

Más recientemente, las Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005, se pronuncian en el mismo sentido declarando que «el efecto de cierre registral viene claramente determinado por el tenor del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que lo restringe a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto de los anteriores. Algo, por lo demás, plenamente consecuente con la naturaleza instrumental de la anotación preventiva que despliega sus efectos frente a terceros —no se olvide— como enervante de la fe pública del Registro».

Sobre la base de todos los argumentos expuestos anteriormente, concluye la RDGRN que resumimos de 8 de julio de 2010 que:

«...Por consiguiente, no teniendo reflejo tabular dicha anotación preventiva (siquiera en el Libro Diario) al tiempo del otorgamiento de la escritura de venta [de aportación a la sociedad], sino tiempo después, aquella no puede provocar el cierre registral respecto de dicho título, por lo que, en este concreto apartado, la nota de calificación debe de ser revocada». Con ello, la doctrina de la DGRN sería ecléctica, en sus propias palabras, pues no se impide el acceso al Registro del título adquisitivo anterior a la anotación, pero tal inscripción no ha de comportar la cancelación de la propia anotación preventiva de prohibición sino que esta se arrastrará.

«Esta solución, además —continúa señalando la RDGRN de 8 de julio de 2010— guarda concordancia armónica con otras disposiciones más recientes como la del artículo 40.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que prevé la sus-

pensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, en los casos de concurso necesario, sin que ello impida el acceso registral de los actos realizados por el concursado con anterioridad (cfr. arts. 24 y 43.2), criterio que, por lo tanto, viene a coincidir con el del artículo 145 del Reglamento Hipotecario para los casos de anotaciones preventivas de prohibiciones de disponer. Así lo ha entendido recientemente este Centro Directivo en su Resolución de 3 de junio de 2009 en un supuesto en el que se debatía la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa autorizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y presentada en el Registro de la Propiedad cuando dicha declaración concursal ya había sido inscrita, debate que resolvió en sentido afirmativo la referida Resolución argumentando que «el hecho de que, como ocurre en el presente caso, la declaración de concurso de acreedores comporte la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.2 de la Ley Concursal), y se hayan anotado preventivamente en el folio correspondiente a los bienes que hayan de integrarse en el concurso tanto la referida declaración como la suspensión de las facultades de disposición y el nombramiento de los administradores concursales, no significa que dicha anotación impida la inscripción de los actos de enajenación otorgados, con anterioridad a la declaración de concurso, por el deudor —titular registral—.

En efecto, la referida 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 1 del artículo 55 de esta Ley» (art. 24.4 de la Ley Concursal). 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 disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales (cfr. el art. 40.7 de la Ley Concursal, que solo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme).

Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación 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, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso —cfr. art. 76 de la Ley Concursal—, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (art. 71 de la Ley Concursal)».

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 al 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* (art. 84 LH y 726.2 LEC) [sobre la finca que ya es de su propiedad y no del demandado en el procedimiento en que se adoptó la medida]. Solo al juez 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 tercería de dominio.

Concluye diciendo la RDGRN de 8 de julio de 2010, que la solución expuesta en relación con el caso ante ella planteado «es la solución que acogió también este Centro Directivo en su Resolución de 3 de junio de 2009 en el caso de la venta realizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y de su anotación preventiva, con el que guarda indudable analogía el caso ahora examinado, en la medida en que ambas anotaciones —la de declaración del concurso y de prohibición de disponer— producen un efecto de suspensión o restricción de las facultades de disposición sobre los bienes anotados de su titular. Con ello se logra un equilibrio de los intereses concurrentes que tiende a compatibilizarlos, en la medida en que tal compatibilidad es posible: la titularidad civil válida accede al Registro, y la anotación de prohibición se mantiene salvo que el adquirente obtenga resolución judicial favorable a su levantamiento, lo cual dependerá de la apreciación que realice el juez o Tribunal, en conexión con el principio de tutela judicial efectiva y de la posibilidad o no de la obtención de una eventual sentencia estimatoria en el proceso principal, en función de las concretas circunstancias del caso (cfr. art. 726.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)».

La DGRN revocó, pues, en esta Resolución de 8 de julio de 2010, la calificación negatoria del Registrador de la Propiedad, permitiendo el acceso al Registro de la Propiedad de la escritura de aportación de bienes inmuebles a la sociedad.

Según lo expuesto, cabría deducir que tanto en el caso de entenderse que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su capacidad de obrar, como en el caso de entender que afectan a su poder de disposición, por constituir prohibiciones judiciales de disponer y de administrar, la solución jurídica en cuanto a su acceso al Registro sería la misma, pues en ambos supuestos debería admitirse, quedando la hipoteca subordinada al resultado del concurso, y sin tener el crédito que garantizase el carácter de crédito privilegiado y sin tener el acreedor hipotecario la posibilidad de ejercer el derecho de abstención o el derecho de ejecución separada. *Esta sería la opinión mantenida por la RDGRN de 2 de noviembre de 2011, que comentamos, y que vendría, por lo tanto, a coincidir, con la doctrina mayoritaria del Alto Centro Directivo.*

B) *La inscripción de concurso impediría el acceso registral de la escritura de hipoteca unilateral otorgada durante el periodo sospechoso*

Considerando que las limitaciones patrimoniales del concursado suponen una prohibición judicial de disponer para el mismo, puede llegarse a una solución práctica diversa de las anteriores, si partimos de las siguientes premisas.

La primera premisa consistiría en una interpretación diferente del artículo 145 LH, interpretación que también ha sido mantenida por la doctrina y por la DGRN (sería la segunda corriente, relativa a la interpretación de este precepto, a que aludía la RDGRN de 8 de julio de 2010).

En apoyo de dicha segunda corriente podría indicarse que la relación entre el artículo 44 LH y 1923 del Código Civil⁴⁶ no sería tan definitiva, ni tan segura

⁴⁶ El artículo 44 dispone que «el acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42 LH tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1923 del Código Civil». Por su parte, el artículo 1923 del Código Civil fija la preferencia solo en cuanto a créditos posteriores, lo que ha permitido entender por vía de analogía, que las prohibiciones judiciales de disponer

la conclusión a la que se llega interpretándolos sistemáticamente y aplicando lo previsto en el artículo 1923 del Código Civil, por analogía, a la prohibición judicial de disponer, pues habría que tener en cuenta que este precepto *se refiere exclusivamente a los créditos anotados en virtud de mandamiento judicial por embargo, secuestro o ejecución de sentencias y, por lo tanto, a sensu contrario, no incluiría a los que hubieran obtenido providencia prohibiendo la enajenación de los bienes.*

Por otro lado, 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*, sobre la finca anotada, los cuales no pueden acceder al Registro.
- 2.º Actos dispositivos basados en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de anotación. Estos actos, por aplicación del principio de prioridad junto con el de trato sucesivo, sí deben inscribirse.
- 3.º Actos dispositivos anteriores a la prohibición judicial de disponer que se presenten vigente esta en el Registro. *Por ser obviados en el artículo 145 RH, deben regirse por la regla general del artículo 17 LH (cierre registral a los títulos contradictorios de igual o anterior fecha), ya que no es aplicable el régimen del artículo 71 LH, por lo que no podrían acceder al Registro.* En otras palabras, la falta de claridad del artículo 145 RH, *al guardar silencio sobre los actos dispositivos anteriores a la anotación, llevaría a aplicar el artículo 17 LH, que premiaría al que antes acude al Registro, pudiendo además ser nulos desde el punto de vista del Derecho Civil los actos posteriores a la prohibición judicial aunque todavía no figurase inscrita.*

Esta segunda corriente en la interpretación del artículo 145 RH fue defendida por las RDGRN de 8 de mayo de 1943 y 28 de noviembre de 2008, entendiendo que el principio sentado en el artículo 17 LH impide despachar título alguno de fecha igual o anterior que se oponga o sea incompatible a otro inscrito (la prohibición judicial de disponer), y que dicha regla es aplicable a las medidas adoptadas en procedimientos judiciales o administrativos, *aunque sean objeto de anotación y no de inscripción.*

La RDGRN de 8 de mayo de 1943 versó sobre los siguientes hechos. Doña Cristina había fallecido el 6 de septiembre de 1941, nombrando albacea a don Rogelio. Este vendió un inmueble de la causante para atender a los gastos de entierro y funeral y otras atenciones de la testamentaría. Presentada la escritura de compraventa en el Registro, se denegó la inscripción por constar una anotación preventiva de prohibición de enajenar dicho inmueble. Don Rogelio interpuso recurso gubernativo, y el Registrador, en defensa de su nota, informó:

«Que está vigente una anotación preventiva de prohibición de enajenar la finca vendida, la cual se extendió en virtud de mandamiento judicial; que si bien el artículo 71 de la Ley Hipotecaria permite la enajenación o gravamen de bienes inmuebles o derechos reales, sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo

anotadas solo tienen preferencia frente a títulos posteriores, y que por tanto, no afectan a los actos dispositivos anteriores.

favor se haya extendido la anotación, *el artículo 42 de la misma ley establece una excepción a la libertad de contratación cuando se obtenga providencia prohibiendo la enajenación de inmuebles, la cual constituye uno de los casos de limitación del poder dispositivo de los mismos; que su efecto inmediato es el de no poder ser inscrita ninguna enajenación de la finca anotada que realice la persona contra la cual se haya decretado la prohibición mientras no se resuelva la cuestión judicial y se cancele la anotación; que a diferencia de las meras anotaciones de embargo, la de prohibición de disponer produce la inalienabilidad de los inmuebles a que afecta, según han declarado las Resoluciones de 7 de marzo de 1893 y 19 de junio de 1922; que si el efecto inmediato no fuera este, no tendría razón de ser la inclusión en la ley de la referida anotación; que esta no implica la incapacidad de la persona, sino que le priva transitoria y provisionalmente de las facultades de disposición; que esta doctrina está sancionada en las citadas Resoluciones y en las de 15 de junio de 1884, 11 de enero y 7 de marzo de 1893, 7 de julio de 1900, 7 de junio de 1920 y 19 de julio de 1922; que cualquiera que sea 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; que el Registrador incurriría en responsabilidad si inscribiese dicha escritura desacatando el mandato del juez, cuyos fundamentos únicamente este se halla facultado para apreciar; que respecto a tales fundamentos, en el caso del recurso, solo cabe decir que la prohibición se decretó en autos de mayor cuantía, promovidos por don Luis y doña Ángela como herederos de doña Cristina, en los cuales se solicita, la remoción de don Rogelio del cargo de albacea; que el argumento del recurrente, apoyado en las fechas de la escritura y del auto, está fuera de lugar, porque el Registrador debe observar el principio básico de que el primero en el tiempo es el primero en el derecho, y prueba de ello 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; que el cargo, de albacea es una forma de representación como el mandato, de mucha más importancia y trascendencia que este, el cual solo puede ser desempeñado durante la vida del mandante, quien lo puede revocar cuando le plazca; que por este motivo, la calificación hipotecaria, muy cuidadosa al apreciar las facultades de los mandatarios, debe ser más rigurosa cuando se trata de las conferidas a los albaceas; que con tal criterio los Registradores no hacen más que seguir las normas trazadas por la Dirección General, con arreglo a las cuales se deben exigir poderes muy concretos y especiales para la enajenación de inmuebles, ya se trate de ventas, de arrendamientos inscribibles, de cancelación de hipotecas, de segregaciones de fincas, etc., como puede verse en las Resoluciones de 19 de julio y 22 de septiembre de 1879, 24 de septiembre de 1891, 26 de octubre de 1904, 29 de mayo de 1907, 30 de octubre de 1919, 28 de julio de 1928 y 23 de febrero de 1929...».*

La nota calificadora fue confirmada por el Presidente de la Audiencia y luego por la DGRN que fundamentó su resolución del siguiente modo:

«Vistos los artículos 675, 901, 902 y 903 del Código Civil; 20 y 42 de la Ley Hipotecaria; 105 de su Reglamento; las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1903 y 23 de octubre de 1925; las Resoluciones de este Centro directivo de 19 de abril de 1890, 7 de marzo de 1893, 21 de diciembre de 1901, 28 de noviembre de 1905, 7 de junio de 1920 y 19 de junio de 1922.

PRIMERO. Que la anotación preventiva de la prohibición de enajenar bienes inmuebles admitida por el número cuarto del artículo 42 de la Ley Hipotecaria 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 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 impeditivo y niega las ventajas de la inscripción a los títulos contradictorios de su finalidad que no gocen por otras razones de preferencia hipotecaria.*

SEGUNDO. *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.*

TERCERO. *Que son naturales consecuencias de esta doctrina, relativa a las prohibiciones de la segunda clase, en primer lugar, la no aplicación del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, según el cual los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados sin perjuicio del derecho del anotante, a los títulos otorgados por las personas a quienes afecte la prohibición; en segundo término, el cierre provisional de los libros hipotecarios presentados, como si la anotación fuera una verdadera prohibición ya inscrita, y, en fin, la atribución de una energía impeditiva al asiento practicado, que no puede ser contrarrestada por razón de la fecha anterior de los documentos presentados con posterioridad, y que, en el caso discutido, podría ser desvirtuada por decreto judicial en que se aprecien las circunstancias fundamentales.*

CUARTO. *Que si bien la escritura de venta de la casa en cuestión fue otorgada el día 14 de julio y el mandamiento judicial de secuestro y depósito judicial de la finca con prohibición de enajenarla fue expedido el 31 de agosto del mismo año, es indudable que en el Registro de la Propiedad, donde se había tomado anotación preventiva del mandamiento y de la prohibición, existía, en el momento de presentar el título, un obstáculo fundamental que por el momento impide la extensión del asiento solicitado, sin prejuzgar la validez o nulidad de las obligaciones y derechos constituidos.*

QUINTO. En cuanto al segundo defecto señalado por la nota recurrida, que del contexto de la cláusula discutida, en la cual se emplea el verbo vender sin limitación alguna, después de referirse el testador a los bienes relictos, de las amplias facultades conferidas al albacea contador partidor y del carácter universal del título, que abarca los inmuebles como los muebles, se deduce sin duda ninguna que *don Rogelio se hallaba autorizado para otorgar la escritura de compraventa, sobre todo si se tiene en cuenta que los herederos son mayores de edad y no gozan de la condición de legitimarios, así como que el precio había de destinarse a los gastos de entierro y funeral.*

Es decir, que aun considerando que el albacea tenía facultades suficientes para proceder a la enajenación de la finca, se confirma la denegación de la inscripción de la escritura en el Registro por entender que la prohibición

del artículo 42.4.º LH, en relación con el artículo 17, debe cerrar el registro a todo acto de enajenación ya sea anterior o posterior a la fecha de tal anotación (art. 24 LH), *por motivos de orden público o para garantizar los resultados de un juicio universal [y el concurso, nótese, es un juicio universal], o en atención a los efectos retroactivos que la declaración de incapacidad de una persona puede provocar.*

En la misma línea se pronunció la RDGRN de 28 de noviembre de 2008.

Vendida el 16 de marzo de 2006 en escritura pública una parte indivisa de una finca rústica, cuando se presenta al Registro de la Propiedad, el 29 de abril de 2008, existe anotada una prohibición administrativa de disponer, como consecuencia de un expediente de disciplina urbanística, que se practicó el 31 de enero de 2007. El registrador *suspende la inscripción como consecuencia de esta prohibición de disponer*; el comprador recurrió entendiendo que no le debía afectar tal anotación por ser el contrato de compraventa de fecha anterior a la anotación de prohibición de disponer.

La RDGRN que resuelve el recurso *desestimándolo*, señala que «desde un punto de vista sustantivo, la prohibición de disponer no excluye la validez de las enajenaciones que se efectuaron con anterioridad al asiento registral de la prohibición de disponer. Sin embargo, desde un punto de vista registral el principio de prioridad a que se refiere el artículo 17 de la Ley Hipotecaria impide despachar ningún título de fecha igual o anterior que se oponga o sea incompatible a otro inscrito. Es el caso de prohibiciones de disponer de origen voluntario inscritas en el Registro de la Propiedad, donde la regla debe ser no solo el cierre registral a los actos dispositivos posteriores a la inscripción de la prohibición de disponer, sino también el de los actos dispositivos de fecha fechante anterior a la prohibición.

Tratándose de medidas cautelares adoptadas en procedimientos judiciales o administrativos, aunque sean objeto de anotación y no de inscripción, la solución debe ser la misma. La anotación preventiva de prohibición de disponer debe impedir el acceso al Registro de todo tipo de actos de disposición, sean de fecha anterior o posterior a la anotación, criterio que ya sostuvo este Centro Directivo en su Resolución de 8 de mayo de 1943. En esto se diferencian claramente las anotaciones de prohibición de disponer de las anotaciones de embargo o de demanda, que no cierran el Registro a títulos anteriores (cfr. arts. 145 y 198 apartado 4 del Reglamento Hipotecario).

La única excepción que admite nuestro Reglamento es que las anotaciones preventivas de prohibición de disponer no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de anotación (art. 145 del Reglamento Hipotecario). Está referido este precepto a las ejecuciones derivadas de asientos anteriores, que lógicamente no van a paralizarse por la existencia de una anotación posterior de una prohibición de disponer.

En el supuesto de hecho de este expediente se ha iniciado un expediente de disciplina urbanística y se ha anotado una prohibición de disponer como medida cautelar, que ha ganado prioridad registral, por lo que determina el cierre registral de todo acto dispositivo, anterior o posterior, *salvo que en vía administrativa se obtenga la correspondiente autorización o se levante administrativa o judicialmente la anotación de prohibición*, máxime teniendo en cuenta que por vía de enajenación de porciones indivisas puede igualmente estarse contraviniendo la legislación urbanística. Piénsese que la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes solo es posible si cada una de las resultantes reúne las

características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística y que esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca (art. 17.2 Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo»).

La doctrina, justificando el sentido diferente de esta resolución respecto de la doctrina mayoritaria de la DGRN, ha señalado que la particularidad del caso concreto venía dada porque afectaba a una prohibición de disponer decretada en expediente administrativo de disciplina urbanística, lo que, a la vista de las circunstancias concretas del supuesto de hecho, *pudo dar lugar a la apreciación de la concurrencia de un motivo de orden o interés público relevante, determinante del fallo de tal Resolución. Sobre la influencia de los motivos de orden público en la interpretación del artículo 145 RH volveremos después.*

Hemos indicado antes que si se partiese de determinadas premisas (una de las cuales es una interpretación diferente del art. 145 RH), podría llegarse a una solución práctica diversa para la problemática en estudio.

Una segunda premisa sería la siguiente. Parece que el tratamiento de la hipoteca unilateral o de la convencional otorgada en escritura pública que pretende inscribirse cuando ya consta la inscripción de la declaración de concurso (y por lo tanto, la prohibición judicial de disponer y de administrar para el concursado), debería ser semejante al de una compraventa no consumada por la tradición en el momento de practicarse la anotación preventiva de la declaración de concurso, en la medida en que, como señalaba ALBALADEJO, el negocio jurídico dispositivo de constitución de la hipoteca se compone de dos elementos: el otorgamiento de la escritura que contiene la declaración de voluntad del constituyente y la inscripción (constitutiva). Desde esta perspectiva, no podría considerarse que el negocio jurídico dispositivo que se concluye con la inscripción de la escritura en el registro, fuese anterior a la anotación preventiva de la prohibición judicial de disponer y por lo tanto, tendría su acceso vedado al registro salvo si se subsanase el defecto de la falta de conformidad de la administración concursal y de la autorización del juez para la inscripción.

En tercer lugar (tercera premisa), es evidente que el supuesto en estudio es diverso al de una compraventa que se hubiese consumado antes de la inscripción de la declaración de concurso, pues en este caso, efectivamente el bien anotado habría salido de la masa activa del concurso antes de practicarse tal inscripción. En cambio, en el caso de la escritura de hipoteca unilateral no inscrita con anterioridad a la inscripción de la declaración de concurso, el acceso posterior al Registro de tal escritura gravaría un bien de la masa activa (*minusvalorándolo*), lo cual parece que exigiría un control por parte de la administración concursal. En efecto, la minusvaloración de un bien de la masa activa puede ser obstáculo para soluciones como convenios con propuesta de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, o para convenios de fusión o escisión de la persona jurídica concursada. Igualmente, puede dificultar un plan de liquidación que contemple la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquier otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos.

Que el supuesto en estudio es diverso al de una compraventa consumada antes de la inscripción de concurso vendría indirectamente avalado por el Auto

de 14 de julio de 2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.^a (JUR 2009/417618)⁴⁷.

⁴⁷ En sus fundamentos de derecho señaló lo siguiente:

«PRIMERO.

La resolución de instancia declara la nulidad de la subasta de la finca hipotecada celebrada en fecha 14 de enero de 2004, y el sobreseimiento del presente proceso de ejecución instado por SEGEPI, S. L., contra LAGARTO CONSTRUCTOR DE BARCELONA, S. L., y en consecuencia procede a su archivo; justificando tal decisión con la siguiente argumentación:

“Atendidos los anteriores precedentes, y centrándonos en los efectos que debe desplegar la anotación de la prohibición de disponer acordada por el Juzgado de Instrucción, número 10 de Barcelona, de fecha 14 de febrero de 2005, ratificada por sentencia dictada por la Sección 9.^a de la AP de Barcelona, de fecha 25 de junio de 2008, la prioridad tabular viene determinada, al disponerlo así el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, por la fecha del asiento de presentación. Tratándose de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer que traigan su causa en resolución judicial a las que se refiere el artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria con carácter general, el efecto de cierre registral viene claramente determinado por el tenor del artículo 145 del Reglamento Hipotecario, que lo restringe a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto de los anteriores, en línea con la naturaleza instrumental del mismo.

En este caso, la cesión del crédito que ampara al ejecutante, se formalizó en fecha 11 de octubre de 2006, y en consecuencia en fecha muy posterior a acceder al registro la prohibición ordenada por autoridad judicial en proceso penal (que accedió al registro en 14 de febrero de 2005) por lo que el cessionario, hoy ejecutante, era perfectamente conocedor (o debió serlo) al adquirir el crédito de la carga que afectaba a la finca hipotecada, al igual que la cessionaria de la adjudicación, por lo que mal pueden invocar la buena fe que les haga merecedores de protección, debiendo prevalecer la prohibición, pues lo contrario, atendidas las circunstancias que concurren, sería posibilitar un efectivo fraude al interés general y orden público”.

SEGUNDO.

Frente a tal resolución se alzan la ejecutante y la cessionaria de adjudicación insistiendo en que la prohibición de disponer es posterior a la hipoteca ejecutada, y, por tanto, se trata de una carga posterior que no le puede afectar en la medida en que tiene absoluta preferencia respecto a lo que haya podido acordarse en instancias penales, y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario y dado que: “El cessionario, como sujeto pasivo de la cesión de crédito garantizado con derecho real de hipoteca, no está realizando acto alguno de disposición sobre la finca, con lo cual lo que deberemos analizar, en primer lugar, si el cedente, Caixa d’Estalvis del Penedés, podía disponer de su derecho o estaba afecto a la prohibición de disponer anotada con posterioridad a su derecho. Es evidente que solo cabe una respuesta afirmativa a esta cuestión. La anotación de prohibición afecta al titular de la finca gravada, pero en modo alguno puede afectar al titular del derecho real anterior a esa anotación... Concluyendo con todo lo que antecede decir, que la nulidad dictada mediante el Auto apelado vulnera lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario y el 1528 del Código Civil y concordantes...”.

El Ministerio Fiscal se opone a los recursos mostrando su conformidad con la resolución apelada, “pues queda constancia:

- La anotación de prohibición de disponer fue acordada por el Juzgado de Instrucción, número 10 de Barcelona, en fecha 14 de febrero de 2005, ratificada por la sentencia dictada por la Sección 9.^a de la Audiencia de Barcelona, de fecha 25 de junio de 2008.
- La cesión de crédito que ampara al ejecutante, se formalizó en fecha 11 de octubre de 2006, es decir, en fecha posterior al acceso al registro de la prohibición ordenada por la autoridad judicial, que accedió al registro en fecha 14 de febrero de 2005”.

TERCERO.

Planteado el debate en esta alzada en los términos referidos en el numeral anterior, debemos comenzar por precisar que las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar,

De esta resolución se desprendería que es la *inscripción de la hipoteca la que marca si el derecho real hipotecario tiene rango registral preferente o no sobre la anotación preventiva de la prohibición judicial de disponer* y no la fecha de la cesión del crédito hipotecario (que en este caso fue posterior a la anotación preventiva), por lo que la *enajenación verificada en ejecución de aquella hipoteca puede ser considerada como «basada en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación»*, determinando que una enajenación judicial posterior a la anotación de prohibición de enajenar, pero derivada de una *hipoteca inscrita antes de esa anotación*, sea perfectamente inscribible, *lo que, parece que (a sensu contrario) no ocurriría si la inscripción de hipoteca hubiera sido posterior a la anotación*. Lo relevante, pues, cabría deducir de esta resolución, es que la hipoteca esté inscrita antes de la anotación preventiva de la prohibición judicial de disponer.

Además (cuarta premisa), como se ha indicado antes en la RDGRN de 8 de julio de 2010, la anotación de la prohibición judicial de disponer, a la que es análoga la anotación de la declaración de concurso (ahora *inscripción*, tras las últimas reformas verificadas en la LC)⁴⁸, supone la privación del poder de disposición del demandado-propietario. Poder de disposición que parece debería ostentarse en el momento de practicarse la inscripción de la hipoteca, en la medida en que esta constituye un elemento más del negocio jurídico de disposición-constitutivo⁴⁹, y en la medida en que tal inscripción solo puede solicitarse en el caso de constituy-

judiciales o administrativas, no impiden la inscripción de los actos de enajenación o gravamen producidos con anterioridad a la existencia de tales anotaciones, conforme resulta del artículo 145 del Reglamento Hipotecario al prever con claridad dicho precepto que las mismas no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones preventivas, “*basadas en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación*”; *lo que aplicado al caso de autos, determina que una enajenación judicial posterior a la anotación de prohibición de enajenar, pero derivada de una hipoteca inscrita antes de esa anotación, es perfectamente inscribible*.

Sentado lo anterior, es de observar que la resolución de instancia no solo no cuestiona sino que más bien sostiene que el cierre registral derivado de la prohibición de disponer decretada en las actuaciones penales queda limitado “a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto a los anteriores, en línea con la naturaleza instrumental que despliega sus efectos frente a terceros como enervante de la fe pública del Registro”; de modo que solo parece predicar la improcedencia de la ejecución hipotecaria para el caso en que el ejecutante sea persona distinta del primitivo acreedor hipotecario y ello por entender que el cesionario del crédito conocía la prohibición de disponer.

Pues bien, no podemos compartir tal criterio en la medida en que la cesión del crédito hipotecario, que confiere legitimación a la entidad ejecutante para instar el presente proceso, supone que el cesionario se subroga en todos los derechos del cedente, y, por tanto, se le ha de considerar como titular de una inscripción anterior a la prohibición de disponer; y siendo ello así, se ha de insistir en que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario expresamente prevé que las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar “no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación”.

⁴⁸ Forma del asiento que puede identificar más los efectos de la inscripción de la declaración de concurso con los efectos de las inscripciones de prohibición voluntaria de disponer.

⁴⁹ La voluntad unilateral junto con la inscripción forman un negocio jurídico de disposición que es base productora del nacimiento de la hipoteca, aunque en este caso se retrase tal nacimiento hasta la registración de la aceptación por el favorecido por ella. La inscripción no es mera forma de un acto privado, sino elemento del negocio jurídico, porque el acto dispositivo del dueño ya requiere una forma: la escritura pública.

ción unilateral de hipoteca, por el propio dueño, en principio (pues la hipoteca se establece por *disposición del dueño de los bienes*). Así, el artículo 138 LH señala que «son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o *impuestas por disposición del dueño de los bienes* sobre que se establezcan y solo podrán constituirlas quienes tengan la libre disposición de aquellos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes».

Una quinta premisa consistiría en considerar que en el caso en estudio el verdadero problema en juego no sería tanto ni la construcción jurídica de la hipoteca unilateral, ni el problema de la naturaleza jurídica de las limitaciones impuestas al concursado, ni el carácter constitutivo o no de la inscripción, sino *la eliminación del periodo de retroacción de la quiebra y su sustitución por el ejercicio de las acciones rescisorias concursales de los actos perjudiciales para la masa del concurso* verificados en el periodo de dos años previos a la declaración de concurso. Bajo mi punto de vista, esta última modificación legislativa podría influir de manera definitiva a la hora de determinar al jurista a dar una u otra solución al problema planteado.

Es evidente que en un proceso concursal concurren *razones de orden público que están presentes en la regulación del mismo* (recuérdese las razones de orden público de la RDGRN de 28 de noviembre de 2008); que la anotación preventiva o inscripción de la declaración de concurso en los Registros públicos, singularmente en el Registro de la Propiedad, *pretende garantizar los resultados del juicio universal* (o sea, la mayor satisfacción posible de los acreedores); y que la seguridad del tráfico y de los resultados del concurso, harían aconsejable no introducir confusión en los asientos del Registro. Si tenemos además presente que suele recurrirse a la hipoteca unilateral en contextos de pre-crisis o crisis empresarial; que se ha eliminado el control previo a la inscripción (que suponía la confrontación con la fecha de retroacción de la quiebra), en relación con los actos anteriores a la anotación de la declaración de quiebra que pretendían inscribirse después y que es conveniente dar una interpretación favorable a los intereses del concurso, por existir una razón de orden público en ello, podríamos llegar a la siguiente conclusión:

Que, por lo menos, siempre que la escritura de hipoteca unilateral se hubiese otorgado en los dos años previos a la fecha de la declaración de concurso (periodo sospechoso), se haría precisa la autorización de la administración concursal y del juez del concurso para la registración de la escritura de constitución de hipoteca unilateral.

Ello tendría para el concurso la indudable 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, lo que sería obligado en los supuestos de registración sin previa autorización, siempre que encajase el supuesto en el artículo 71.1 LC (salvo lo dispuesto en el art. 71.6 LC).

Posiblemente, con esta interpretación, que gustosamente someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, se conciliarían mejor los intereses del concurso con los intereses del acreedor beneficiario de la hipoteca unilateral, al que una inscripción rápida y sin ningún obstáculo de la escritura de constitución unilateral de hipoteca, evidentemente favorece.

Por lo tanto, el artículo 17, en relación con el artículo 145 de la LH, y ambos, con el artículo 24.4 y 71 LC, cerrarían, en todo caso, el registro a las escrituras de hipoteca unilateral anteriores a la inscripción de la declaración de concurso, otor-

gadas en el periodo sospechoso, mientras no se subsanase el defecto subsanable de la autorización de la administración concursal y del juez del concurso (argumento histórico y teleológico en la interpretación de las normas). Las otorgadas en fecha anterior podrían tener, en su caso, de consolidarse una línea jurisprudencial del TS y de la DGRN en esa dirección, libre acceso al Registro, si la consideración de las diferencias existentes entre el supuesto de escrituras de hipoteca no inscritas y transmisiones dominicales no inscritas antes de la inscripción del concurso, no condujese a soluciones diversificadas para uno y otro supuesto.

VI. CONCLUSIONES

1. La problemática de la escritura de hipoteca unilateral que se otorga antes de inscribirse la declaración de concurso y cuya registración se solicita con posterioridad, se puso de manifiesto en los hechos que dieron lugar a la RDGRN de 2 de noviembre de 2011. El Alto Centro Directivo entendió que la calificación de la *capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate; no en el momento de la inscripción, por lo que tal escritura tendría libre acceso al Registro [sin necesidad de autorización de la administración concursal y del juez del concurso (arts. 40 y 43.2 LC)].*
2. Se ha discutido doctrinalmente si las limitaciones patrimoniales que se imponen al concursado afectan a su capacidad de obrar o constituyen una prohibición de disponer y de administrar (que afecten a su legitimación para obrar).
3. Tras la nueva LC, lo más correcto sería entender que las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen una prohibición *judicial* (no legal) de disponer y de administrar los bienes integrados en la masa activa del concurso, prohibición impuesta en el auto de declaración de concurso, y que afecta a la legitimación para obrar (poder de disposición).
4. *La solución práctica a la problemática que fue objeto de la RDGRN, de 2 de noviembre de 2011, podría ser la misma (admisión sin obstáculo de la registración de la escritura), tanto si se entendiese que la declaración de concurso afecta a la capacidad del disponente, como si se entendiese que afecta a su poder de disposición (su naturaleza es la de una prohibición judicial de disponer), por aplicación en este caso de los artículos 17 LH, en relación con el artículo 145 RH (a contrario sensu) y artículos 44 y 42.4.º LH y 1923 del Código Civil, aplicado este último por analogía a las anotaciones preventivas de prohibición judicial de disponer.*
5. El crédito hipotecario así inscrito no sería crédito privilegiado en el concurso previamente declarado; el acreedor no gozaría del beneficio de ejecución separada; ni tampoco del derecho de abstención. La hipoteca quedaría supeditada al resultado del concurso.
6. Si se sostiene la tesis, minoritaria, de que los actos dispositivos anteriores a la anotación de la prohibición judicial de disponer, que se presenten vigente esta, *por ser obviados en el artículo 145 RH, deben regirse por la regla general del artículo 17 LH (cierre registral a los títulos contradictorios de igual o anterior fecha), ya que no es aplicable el régimen del artículo 71 LH, la escritura pública de constitución unilateral de hipoteca no podría acceder al Registro [salvo conformidad de los administradores concursales y del juez del concurso (RDGRN de 28 de noviembre de 2008)].*

7. Cabría sostener esta tesis, por lo menos, en el caso de escrituras de hipoteca unilateral *otorgadas en los dos años previos a la declaración de concurso (periodo sospechoso)*, poniendo en relación el artículo 145 RH y 17 LH, con el artículo 24.4 y 71 LC (interpretación histórica y *teleológica* de los preceptos legales), para evitar al concurso la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa (hipoteca unilateral utilizada en períodos de pre-crisis empresarial), *pues la administración concursal y el juez del concurso no autorizarían la inscripción de hipotecas unilaterales otorgadas en perjuicio de la masa activa del concurso*. Esta interpretación podría venir exigida por la supresión del control previo a la inscripción que suponía la retroacción de la quiebra y por la consideración de que la hipoteca es un derecho de constitución registral, que se constituye *por la inscripción tras la anotación del concurso*, y que provoca una depreciación del valor de un bien integrado en la masa activa, lo que afecta negativamente al concurso, al dificultar determinados contenidos del convenio o del plan de liquidación (debiendo ser autorizado por lo tanto, el gravamen, por el órgano judicial y la administración concursal).
8. Sería deseable la consolidación de una jurisprudencia hipotecaria y del Tribunal Supremo, sobre todo tras la promulgación de la LC, *en otros supuestos de escritura de hipoteca otorgada con carácter previo a la inscripción de la declaración de concurso, y cuya registración se pretende con posterioridad, por ser este supuesto distinto del de las transmisiones dominicales verificadas antes de la inscripción del concurso, y porque, a mi juicio, no puede verse una línea absolutamente consolidada en relación con la hipoteca*. En el caso de las transmisiones dominicales, el bien ya no forma parte de la masa activa al declararse e inscribirse el concurso. En el caso de la escritura de hipoteca no registrada, en cambio, el bien que se pretende gravar (*al inscribirla*), *forma parte de la masa activa del concurso, lo que determinaría que se pudiera exigir la autorización del juez y de la administración concursal. Esta consideración podría conducir a soluciones jurídicas diversas para ambos supuestos*.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: «La hipoteca unilateral», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 1, 1950.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L.: «La hipoteca de constitución unilateral», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1994.

BLANQUER UBEROS, R.: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, junio de 2005.

BLASCO GASCÓ, F. DE P.: *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.: «Declaración de quiebra: acumulación de las ejecuciones pendientes y efectos en el periodo de retroacción. Comentario a la RDGRN de 7 de enero de 1999 (RJ 1999/42)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, 1999.

COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «A propósito de la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor (art. 40 LC)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 1/2004.

CUENA CASAS, M.: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. J. M.ª Bosch, editor, 1996.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «La hipoteca unilateral», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. MUÑOZ CERVERA, M., y UBALDO NIETO, C. (coord.), vol. 2, Tomo 2, 1996.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B.: «Efectos del concurso», en *Memento práctico concursal*, 2012. Ediciones Francis Lefebvre, S. A. Madrid, 2011.

FUENTESECA DEGENEFFE, C.: «Hipoteca global e hipoteca de propietario en el Derecho alemán y las Resoluciones de la DGRN», en *Revista de Derecho Privado*, año núm. 96, mes 6.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Las limitaciones patrimoniales del concursado y la ineficacia de los actos que contravienen aquellas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, marzo-abril de 2012.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Elementos de Derecho Civil*, III bis. *Derecho Inmobiliario Registral*, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1984.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 2005.

— «Comentario al artículo 40 LC», en *Comentario de la LC*. Rojo, A., y BELTRÁN, E. (coords.), Civitas Ediciones, S. L., 1.ª ed. Madrid, 2004.

MONTÉS, V. L.: «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007.

PARRA LUCÁN, M. A.: «Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores», en *Base de Datos «Dialnet»*. Texto electrónico.

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

— «La constitución unilateral de hipoteca», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 631, 1995.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., revisada, ampliada y puesta al día. Tomo VI. Bosch, Casa Editorial, S. A., 8.ª ed., Barcelona, 1997.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Hipoteca de constitución unilateral», en *Anales de la Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral*. Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de Córdoba, vol. 1, 2010.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La hipoteca unilateral*, 1.ª ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 41/1986, de 2 de abril de 1986.
- STS de 10 de marzo de 1903.
- STS de 23 de octubre de 1925.
- STS de 7 de febrero de 1942.

- STS de 2 de marzo de 1943.
- STS de 17 de marzo de 1958.
- STS de 13 de julio de 1984.
- STS de 28 de octubre de 1986.
- STS de 15 de noviembre de 1991.
- STS de 9 de noviembre de 1991.
- STS de 19 de diciembre de 1991.
- STS de 1 de junio de 1992.
- STS de 12 de marzo de 1993.
- STS de 20 de septiembre de 1993.
- STS de 11 de noviembre de 1993.
- STS de 20 de octubre de 1994.
- STS de 20 de junio de 1996.
- STS de 28 de octubre de 1996.
- STS de 26 de marzo de 1997.
- STS de 18 de marzo de 1998.
- STS de 2 de diciembre de 1999.
- STS de 22 de mayo de 2000.
- STS de 12 de junio de 2000.
- STS de 14 de junio de 2000.
- STS de 8 de febrero de 2001.
- SAP de Salamanca (Sección 1.^a), de 9 de mayo de 2011.
- Auto de 14 de julio de 2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.^a
- RDGRN de 19 de julio de 1879.
- RDGRN de 22 de septiembre de 1879.
- RDGRN de 15 de junio de 1884.
- RDGRN de 19 de abril de 1890.
- RDGRN de 24 de septiembre de 1891.
- RDGRN de 11 de enero de 1893.
- RDGRN de 7 de marzo de 1893.
- RDGRN de 7 de julio de 1900.
- RDGRN de 21 de diciembre de 1901.
- RDGRN de 26 de octubre de 1904.
- RDGRN de 28 de noviembre de 1905.
- RDGRN de 29 de mayo de 1907.
- RDGRN de 30 de octubre de 1919.
- RDGRN de 7 de junio de 1920.
- RDGRN de 19 de junio de 1922.
- RDGRN de 19 de julio de 1922.
- RDGRN de 27 de septiembre de 1926.
- RDGRN de 28 de septiembre de 1926.
- RDGRN de 30 de septiembre de 1926.
- RDGRN de 7 de enero de 1928.
- RDGRN de 28 de julio de 1928.
- RDGRN de 23 de febrero de 1929.
- RDGRN de 30 de enero de 1931.
- RDGRN de 8 de mayo de 1943.
- RDGRN de 31 de marzo de 1950.
- RDGRN de 22 de octubre de 1952.
- RDGRN de 7 de febrero de 1959.
- RDGRN de 24 de abril de 1959.

- RDGRN de 28 de febrero de 1977.
- RDGRN de 24 de enero de 1979.
- RDGRN de 28 de septiembre de 1983.
- RDGRN de 20 de enero de 1986.
- RDGRN de 19 de noviembre de 1987.
- RDGRN de 20 de noviembre de 1987.
- RDGRN de 22 de marzo de 1988.
- RDGRN de 7 de noviembre de 1990.
- RDGRN de 8 de noviembre de 1990.
- RDGRN de 14 de noviembre de 1990.
- RDGRN de 19 de enero de 1993.
- RDGRN de 21 de septiembre de 2001.
- RDGRN de 7 de abril de 2005.
- RDGRN de 8 de abril de 2005.
- RDGRN de 18 de abril de 2005.
- RDGRN de 28 de noviembre de 2008.
- RDGRN de 3 de junio de 2009.
- RDGRN de 8 de julio de 2010.
- RDGRN de 8 de julio de 2010.
- RDGRN de 2 de noviembre de 2011.

RESUMEN

**HIPOTECA UNILATERAL
INSCRIPCIÓN DE LA
DECLARACIÓN DE CONCURSO
REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

Partiendo de la reciente RDGRN, de 2 de noviembre de 2011, la autora estudia la problemática que plantea el supuesto de escritura de hipoteca unilateral otorgada antes de la inscripción de la declaración de concurso y presentada a registro después. Tras un estudio de la naturaleza jurídica de las limitaciones impuestas al concursado (limitaciones que afectan a la capacidad de obrar o a la legitimación para obrar), la autora concluye que dicha naturaleza jurídica no incidiría en la solución en estudio, salvo si se considera que son prohibiciones judiciales de disponer y de administrar, y se interpreta que su inscripción de acuerdo con el artículo 145 RH, en relación con el artículo 17 LH, cierra el registro a todo título anterior o posterior a la anotación de prohibición judicial de disponer practicada (salvo

ABSTRACT

**UNILATERAL MORTGAGE
REGISTRATION OF BANKRUPTCY
DECLARATIONS
PROPERTY REGISTRATION**

The recently issued resolution of the Spanish Directorate-General of Registers and Notarial Affairs of 2 November 2011 is food for a study of the problems posed when a deed of unilateral mortgage is executed before registration of the bankrupt's bankruptcy declaration but is submitted for registration itself afterward. The legal nature of the limitations imposed on the bankrupt (limitations affecting the bankrupt's ability to act or legal standing to act) are examined. It is subsequently concluded that the legal nature of the limitations would not affect the solution at issue, unless they were regarded as legal prohibitions against disposal and administration. The interpretation given is that registration of the limitations under article 145 of the Spanish Mortgage Regulation, in connection with section 17 of the Mort-

autorización). La autora considera que cabría sostener esta tesis, por lo menos, en el caso de escrituras de hipoteca unilateral otorgadas en los dos años previos a la declaración de concurso (periodo sospechoso), poniendo en relación el artículo 145 RH y 17 LH, con el artículo 24.4 y 71 LC (interpretación histórica y teleológica de los preceptos legales), para evitar al concurso la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa (hipoteca unilateral utilizada en períodos de pre-crisis empresarial), pues la administración concursal y el juez del concurso no autorizarían la inscripción de hipotecas unilaterales otorgadas en perjuicio de la masa activa del concurso, y dada la eliminación del control, previo a la registración, de los títulos anteriores a la anotación de quiebra, que suponía la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra. Aparte de otras consideraciones.

gage Act, closes the possibility of registration for any title pre- or post-dating the caveat noting that the courts have barred disposal of the asset (save where authorisation to register other titles has been given). The author considers that this thesis could be upheld at least in the case of deeds of unilateral mortgage executed in the two years prior to the bankruptcy declaration (suspicious period), in view of the connection linking article 145 of the Mortgage Regulation and section 17 of the Mortgage Act with sections 24.4 and 71 of the Bankruptcy Act (historical and teleological interpretation of the law). This would avoid the need to rescind acts injurious to the bankrupt's assets (unilateral mortgage used before the business reaches the crisis point), because the receivers and the judge of the bankruptcy proceedings would not authorise the registration of unilateral mortgages made to the detriment of the assets at issue in the bankruptcy, and because of the elimination of the pre-registration check for titles pre-dating the bankruptcy caveat, which sets the date to which the effects of bankruptcy are retroactive. There are further considerations.