

Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema) (1)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.—II. LA HIPOTESIS DE LA «COEXISTENCIA PACIFICA».—III. LA POSICION DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES.—IV. LOS EFECTOS DE LA RETROACCION «INTER PARTES».—V. CONCLUSION.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Con frecuencia la doctrina considera que existe un conflicto entre las reglas de la retroacción de la quiebra (art. 878.II CCom) destinadas a la protección de los acreedores y las reglas de seguridad del tráfico (por ejemplo, art. 34 LH) destinadas a la protección de los terceros adquirentes (2). Son ilustrativas en este sentido las siguientes palabras del profesor ROJO:

(1) El presente trabajo de investigación se realizó a propósito del curso de doctorado que llevó por título «El Derecho inmobiliario registral I», impartido en la Universidad Autónoma de Madrid durante el año académico 1995-1996 por el profesor don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, a quien debo agradecer el interés mostrado en su publicación. Igualmente, quisiera agradecer a los profesores CÁNDIDO PAZ-ARES y ANTONIO PERDICES la inestimable ayuda prestada en la redacción definitiva de estas páginas. El trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PB 93-0275 dirigido por el profesor CÁNDIDO PAZ-ARES y financiado por la DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia.

(2) Véase, como botón de muestra, M. OLIVENCIA, *Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid, 1963, págs. 92-93; A. ROJO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, núm. 151, 1979, págs. 37-100, págs. 79-80; J. M. FINEZ RATÓN, «Comentario de la Sentencia de 19 de diciembre de 1991», *CCJC*, núm. 28, 1992, 741, págs. 163 y sigs., pág. 169; S. SASTRE PAPIOL, «Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», *RGD*, 1993, págs. 8691 y sigs., 8695-8696; M. ALONSO NÚÑEZ, *La retroacción de la quiebra y el tercero hipotecario*, Madrid, 1995, pág. 9, quien

«... existe un serio conflicto entre los principios jurídicos de la retroacción y los principios jurídicos que informan la publicidad en el Registro de la Propiedad. No es este el único caso en el Derecho español. La retroacción afecta gravemente a todos aquellos institutos en los que la protección de la apariencia es fundamental» (3).

La razón de ser de este conflicto radicaría en la aptitud de la retroacción para anular sobrevenidamente actos inicialmente válidos, operando esta ineficacia no sólo entre partes, sino también frente a los terceros eventualmente protegidos por normas de protección de tráfico. En este sentido ha podido afirmarse que la aplicación de la retroacción «trae como consecuencia que tal ineficacia afecta tanto al deudor como a los adquirentes y subadquirentes de aquél, e incluso a sus propios acreedores, y en la forma no susceptible de confirmación ni de prescripción sanatoria» (4).

En nuestra opinión, sin embargo, no hay más que un falso problema. Y ésta es precisamente la hipótesis que sugerimos en este pequeño trabajo que se organiza del siguiente modo. En primer lugar, se define el argumento de la «coexistencia pacífica» entre las reglas presuntamente en conflicto» (v. *infra* II) y, a partir de ahí, se hace aplicación del mismo a los supuestos relevantes en la decisión, aludiendo primero a los efectos de la retroacción frente a los subadquirentes del quebrado (v. *infra* III) y, más tarde, frente a los adquirentes directos del mismo (v. *infra* IV). De ese análisis se despren-

plantea la cuestión en términos de «aparente contradicción que da como resultado dos soluciones antagónicas», J. A. GARCÍA-CRUCES, *Quiebra y retroacción*, Madrid, 1995, págs. 11-12; ID., «Notas sobre el instituto jurídico de la retroacción», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), Madrid, 1996, págs. 3553 y sigs., pág. 3554; R. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente. Quiebras y concursos de acreedores*, Granada, 1995, págs. 194-196; G. ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996, págs. 18-21. Incluso en la doctrina hipotecarista es común analizar el artículo 878.II del Código de Comercio como excepción al principio de fe pública registral. En este sentido, véanse por todos R. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. I, 6.^a edición, Barcelona, 1968, pág. 633; J. M.^a CHICO, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1994, pág. 305; por contra, M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 610, hace simplemente mención a la «pretendida excepción en favor de la retroacción».

(3) ROJO, *RDM*, núm. 151, 1979, págs. 79-80.

(4) Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, D. JIMÉNEZ ESCARZAGA, «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», *RDM*, núm. 26, 1958, págs. 39 y sigs., pág. 65. Entre los que se manifiestan en favor de tales tesis véanse R. GAY DE MONTELLA, *Código de Comercio*, t. V, 2.^a edición, Barcelona, 1948, pág. 163; F. CORDÓN, *Suspensión de pagos y quiebra*, Pamplona, 1995, pág. 233. Por su parte, la jurisprudencia se muestra abrumadoramente en este sentido: véanse, entre otras, SSTs 17-III-1958 (Ar. 1436), 1-II-1974 (Ar. 433), 20-II-1974 (Ar. 641), 15-XI-1991 (Ar. 8406), 12-III-1993 (Ar. 1793), 20-XI-1994 (Ar. 8144) y 16-III-1995 (Ar. 3482).

derá que la cuestión de la retroacción pierde buena parte del dramatismo que generalmente se le atribuye.

II. LA HIPOTESIS DE LA «COEXISTENCIA PACIFICA»

Como consideración previa hemos de apuntar que la decisión del conflicto entre las normas de tutela del interés de los acreedores y las normas de protección del tráfico suele centrarse en el estudio de la eficacia durante el período de retroacción del principio de fe pública registral, consagrado en el artículo 34 LH. Se trata del supuesto paradigmático, pero, como es obvio, el conflicto se plantea en iguales términos, aunque normalmente no se haga referencia a ellas respecto de las restantes normas de tutela de terceros, como puedan ser los artículos 565 CCom, 19.II LCCh, 9.III LMV, 464 CC y 85 CCom (5). Todos los supuestos mencionados presentan, en efecto, un denominador común: se trata de normas que pretenden crear una posición de inatacabilidad respecto de los subadquirentes en los fenómenos transmisivos (6). De ahí que, de cara a evitar contradicciones valorativas, hayamos de hacer extensivas a las restantes normas de tutela de terceros las conclusiones que extraigamos respecto de la vigencia del principio de fe pública registral durante el período de retroacción (7).

Como se ha dicho, doctrina y jurisprudencia suelen entender las relaciones entre la retroacción y las normas de terceros en términos de conflicto y, especialmente, nuestra jurisprudencia suele resolverlo haciendo prevalecer el interés de los acreedores sobre el de los terceros. En este sentido, *la retroacción constituiría una excepción dentro del sistema de protección de los ter-*

(5) Una formulación del elenco de las normas de protección de los terceros la encontramos en C. PAZ-ARES, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RDM*, núm. 175-176, 1985, págs. 7 y sigs., págs. 24-25; véase también, del mismo autor, «La desincorporación de los títulos-valor», *RDM*, núm. 219, 1996, págs. 9 y sigs., págs. 27-29.

(6) En este sentido, v. PAZ-ARES, *RDM*, núm. 175-176, 1985, págs. 24-25; F. MELÓN INFANTE, *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, 1958, pág. 149. A mayor abundamiento, v. ROJO, *RDM*, núm. 151, 1979, pág. 68; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, Valencia, 1990, págs. 675-676 y 884; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II, 17.^a edición, Madrid, 1994, pág. 70; A. RECALDE, «Comentario de la STS 19-XII-1991», *La Ley*, núm. 4, 1992, págs. 219 y sigs., pág. 223, que sostienen la defensa de la oponibilidad de la retroacción al adquirente de buena fe de un título cambiario (art. 19.II LCCh) al adquirente de buena fe de valores cotizados (arts. 9.III y 11 LMV) y a quien lo hizo en establecimiento abierto al público (art. 85 CCom). De forma muy confusa en esta materia, v. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, págs. 209-223.

(7) Acerca de la necesidad de tratar por igual los supuestos iguales al objeto de evitar incurrir en contradicciones valorativas, v. C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Auf., Berlín, 1983, págs. 41-46, en especial pág. 45.

ceros. No es fácil, sin embargo, determinar con claridad las razones que se encuentran detrás de este planteamiento conflictual. Los argumentos apuntados en favor del mismo suelen ser intuitivos e imprecisos y obedecen a una *precomprensión del problema que parte de la necesidad de tutelar prioritariamente el interés de los acreedores frente a los intereses del tráfico y de los terceros*. Del análisis de la fenomenología de la retroacción cabe destacar tres ejemplos que evidencian estas circunstancias:

- a) En ocasiones, la precomprensión favorable a la tutela prioritaria del interés de los acreedores determina que la argumentación jurídica resulte prácticamente irreconocible. Este es el ejemplo que proporciona la STS 20-X-1994 (Ar. 8144) (8). El fundamento jurídico número 5 que a continuación reproducimos es la muestra de una cierta despreocupación del Tribunal Supremo por arrojar claridad a las cuestiones que la retroacción de la quiebra plantea.

«Quinto. [...] Y resultando nulo el primitivo contrato, el adquirente carece de la buena fe requerida por el precepto legal invocado, incluso a través de un proceso fáctico iniciado con anterioridad al hecho de otorgarse las escrituras cuya nulidad se pide. Y en cuanto a las actuales recurrentes que se dicen desconocedoras de las vicisitudes fácticas y jurídicas de la primera transmisión, es de observar, con la Sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1985, sin duda inspirada en el aforismo y principio de Derecho «resoluto jure dantis, resolvitur ius concessum», que el contenido registral por el que juega la protección del artículo 34 no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le preceden, [...], y por la tajante norma del artículo 878, párrafo 2, del CCom, que afecta de nulidad por sí sola a todas las ventas discutidas. De esta doctrina se deduce el vicio adquisitivo de las ahora recurrentes, apoyadas en la venta de la entidad quebrada a la denominada «Zaraor, S.A.», cuyo vicio de origen no se subsana en las posteriores, sino que se arrastra y las vicia igualmente; todo ello sin tener aún en cuenta, como ya observó la Sala de instancia, que ambas adquisiciones posteriores no confieren la condición de tercero a los respectivos adquirentes [...]. Aunque debe tenerse muy en cuenta como decisivo en esta litis la citada norma del artículo 878, párrafo 2, CCom, que no hace distinción alguna ni excepciones de su imperatividad al régimen registral».

(8) Id., v. RDP, junio 1995, pág. 611.

b) Esta misma precomprensión se rastrea en casos en los que la correcta inaplicación de una norma de protección de terceros se justifica sobre el argumento del carácter absoluto de la nulidad derivada de la retroacción. Así las cosas, se ha llegado a sostener la ineficacia de las normas de tutela de terceros frente a la tutela del interés de los acreedores concursales en casos en los que ni siquiera concurrían los requisitos exigidos por las primeras para extender su protección. En consecuencia, se hace pasar por solución del conflicto fe pública-retroacción lo que simplemente resulta ser la no concurrencia de los requisitos exigidos por la primera. Ante semejante confusión, hemos de precisar que una cuestión es el conflicto entre las normas de tutela de terceros y la retroacción, y otra bien distinta es la efectiva concurrencia de los requisitos exigidos para que la protección de los terceros se materialice. Estos son ámbitos que no pueden ni deben confundirse en la discusión acerca de la eficacia del artículo 878.II CCom, máxime cuando resulta afectado el principio de seguridad del tráfico. Un ejemplo de una argumentación como la descrita lo encontramos en la STS de 16-III-1995 (Ar. 3482), cuyos fundamentos jurídicos 1.º y 5.º nos permitimos reproducir parcialmente a continuación:

«PRIMERO.—[...] Considera asimismo la Sala de apelación que la buena fe registral no alcanza a los dos sucesivos compradores de los mismos bienes y, por tanto, también estos compradores al adquirir el pabellón objeto de la litis carecían de buena fe a más de constar en el Registro notas marginales en las que se hace referencia a la retroacción de la quiebra en curso, inscripciones que gozan de la publicidad innata al Registro de la Propiedad (arts. 221 y siguientes LH). [...]

QUINTO.—[...] Y en cuanto a las actuales recurrentes que se dicen desconocedoras de las vicisitudes fácticas y jurídicas de la primera transmisión, es de observar, con la Sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1989, sin duda inspirada en el aforismo y principio de derecho «resoluto jure dantis, resolvitur ius concessum», que el contenido registral por el que entra en juego la protección del artículo 34 no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan en su caso con presunción «iuris et de iure» que el Registro es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad extraregistral, consecuencia no originada en esta litis por lo expuesto, y por la tajante norma del artículo 878, párrafo 2, del Código de Comercio que afecta de nulidad por sí sola a todas las ventas discutidas. De esta doctrina se deduce el vicio adquisitivo de las ahora recurrentes, apoyadas en la venta de la entidad quebrada denominada «Zaraor, S.A.», cuyo vicio de origen no se subsana en las

posteriores, sino que se arrastra y las vicia igualmente; todo ello aun sin tener en cuenta, como ya observó la Sala de instancia, que ambas adquisiciones posteriores no confieren la condición de tercero a los respectivos adquirentes. Lo expuesto es útil para la desestimación del cuarto motivo, cuya base fáctica, sentada por la Sala «a quo» sobre una nota marginal, no impide sino que estimula el efecto publicitario del Registro, del que pudieron hacer uso las recurrentes y que por ser contenido público les afecta y consolida la resolución recurrida, bien fundamentada principalmente en este punto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria. Aunque debe tenerse muy en cuenta, como decisivo en esta litis, la citada norma del artículo 878, párrafo 2, del Código de Comercio, que no hace distinción alguna ni excepciones de su imperatividad al régimen registral» (9).

c) Incluso en los casos en los que la más autorizada doctrina ha apreciado la existencia de un auténtico conflicto, cabría cuestionarse si realmente nos encontramos ante tal situación. Nos referimos a la ya conocida STS 17-III-195 8 (Ar. 1436) (10). Se discute allí la condición de tercero hipotecario del adquirente mediano respecto del quebrado, titular de un derecho de adquisición preferente sobre el bien objeto de las sucesivas transmisiones.

Los hechos que allí se enjuiciaron fueron los siguientes: 1.º El 2-VII-1949 *Primus* vende a *Secundus* un inmueble. 2.º *Primus* deviene arrendatario del inmueble vendido a *Secundus*. 3.º El día 6-II-1952 se declara la quiebra consecutiva de *Primus* por incumplimiento del convenio de suspensión de pagos firmado con sus acreedores. 4.º Se fija como fecha de retroacción de la quiebra la de 7-VI-1949, que se corresponde con la fecha inicial de suspensión de pagos.

(9) Se percibe también este tipo de argumentación contradictoria en las SSTs 1-II-1974 (Ar. 433), 20-II-1974 (Ar. 641) y 12-III-1993 (Ar. 1793).

(10) Precisamente J. MASSAGUER, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pág. 88, afirma que el caso de la sentencia que nos ocupa es uno de los escasísimos ejemplos, por no decir el único, en el que sí concurren los requisitos necesarios para entender que nos encontramos ante un subadquirente del artículo 34 LH al que se niega toda protección frente a los efectos de la retroacción de la quiebra. Por su parte, la mayor parte de nuestra doctrina da por sentado que en dicha sentencia nos encontramos ante un auténtico subadquirente. En este sentido, a modo de ejemplo, v. B. MENCHEN, «Comentario a la STS de 17-III-1958», *RCDI*, 1959, págs. 548 y sigs., pág. 558; OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 107-108; ROJO, *RDM*, núm. 151, 1979, pág. 80; GARCÍA-CRUCES, *Quiebra*, pág. 12; ALONSO NÚÑEZ, *La retroacción*, págs. 12-13; M. A. MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1995, pág. 187; CORDÓN, *Suspensión de pagos*, pág. 233; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 196.

5.º El 14-II-1952 *Secundus* vende a *Tertius* dicho inmueble, compareciendo en dicho acto *Primus*, quien renuncia a los derechos de tanteo y de retracto que le correspondían en virtud de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos entonces vigente. 6.º Hasta el 3-XII-1952 no consta en el Registro de la Propiedad la declaración de quiebra de *Primus* (11).

A nuestro juicio, en este caso resulta más que dudoso entender que estemos, en puridad, ante un verdadero subadquirente hipotecario afectado por la retroacción de la quiebra. Como se desprende de los antecedentes de hecho de la Sentencia, se dan dos circunstancias que nos impiden reconocer en *Tertius* tal condición. En primer lugar, *Primus* renuncia indebidamente a un derecho de tanteo una vez que ya había sido declarado en quiebra y, en consecuencia, una vez que había quedado inhabilitado para disponer de su patrimonio (art. 878.I CCom). Y en segundo lugar, *Primus* interviene en el negocio jurídico de adquisición celebrado entre *Secundus* y *Tertius* renunciando a un derecho legal de tanteo que tenía sobre el inmueble en cuestión. En tales circunstancias, difícilmente podemos concluir que estemos ante un subadquirente del quebrado afectado por la retroacción de la quiebra (12). Más bien habría que entrar a valorar su posición desde la óptica de un adquirente directo del mismo cuya adquisición pudiera verse afectada por la falta de poder de disposición del quebrado sobre sus derechos de tanteo y retracto legales (13).

De todo esto podemos concluir que son realmente pocas, por no decir casi ninguna, las sentencias que, en puridad, sientan la prevalencia del artículo 878.II CCom sobre el principio de fe pública registral y la llevan hasta sus

(11) Un resumen de los antecedentes de hecho de esta sentencia puede consultarse en MENCHEN, *RCDI*, 1959, págs. 549-552, y OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 104-105.

(12) En este sentido v. J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1993, pág. 436, quien cita esta sentencia no como un supuesto de subadquirente hipotecario, sino de adquirente directo, por lo que no resultaría de aplicación a tal caso la protección dimanante del artículo 34 LH.

(13) En contra, v. MENCHEN, *RCDI*, 1959, págs. 558-559, quien afirma sin más consideraciones que «pudo apurarse en la cuestión y contemplar o estudiar el valor de esa renuncia hecha por el quebrado a derechos especiales nacidos para él como inquilino de la Ley de Arrendamientos Urbanos; pero esa intervención no puede equipararse a la del vendedor y tener o implicar efectos tan importantes como la nulidad de la venta. [...] el segundo comprador de la casa fue adquirente de buena fe y de que nada referente a la suspensión de pagos y quiebra constaba en el Registro cuando dicho señor compró y, a su vez, inscribió. En una palabra, que era un tercero hipotecario. Así se deduce de la sentencia citada».

últimas consecuencias (14). En definitiva, el verdadero problema reside en que no existe tal problema. Como dijimos con anterioridad, el *conflicto entre retroacción y normas de tutela de terceros no es, en realidad, más que un falso problema*. Efectivamente, como adelantábamos en las primeras líneas de este epígrafe, el análisis en términos de conflicto de esta concurrencia de intereses que se verifica durante el período de retroacción supone partir necesariamente en el estudio de la fenomenología de ésta de una **precomprensión** que se ha revelado como altamente distorsionadora. Esta no es otra que la pretendida *prev alenciadel interés de los acreedores* frente a cualquier otro interés que pudiera manifestarse también en tal período y, más concretamente, *frente al interés de los terceros*. Surgiría, entonces, el conflicto entre la retroacción y el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, hemos de afirmar que esta comprensión de la retroacción carece de todo fundamento. El artículo 878.II CCom no proporciona apoyo legal alguno desde el que sostener la primacía de la tutela del interés de los acreedores sobre la tutela del interés del tráfico. En consecuencia, no existe ningún argumento jurídico suficientemente sólido para destruir, con base en la retroacción, la protección que brinda la publicidad registral al subadquirente hipotecario (art. 34 LH) (15). A falta de previsión específica, nos encontramos ante intereses de igual condición que difícilmente pueden ser valorados en términos de preferencia de uno respecto del otro. Es más, se trata, en realidad, de ámbitos o planos de actuación distintos que limitan la eficacia de estos preceptos a situaciones bien diferenciadas: las relaciones *inter partes* en lo que respecta a la retroacción (art. 878.II CCom), y la protección del tercer adquirente en los casos del artículo 34 LH. En este sentido, el contenido del artículo 878.II CCom no

(14) En el sentido del texto v. MASSAGUER, pág. 88, donde describe la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la retroacción en los siguientes términos: «*Ahora bien, de un cuidadoso análisis de tales pronunciamientos del Tribunal Supremo se extrae una conclusión de gran relevancia: si la jurisprudencia ha rechazado la aplicación de la norma hipotecaria ha sido, ya porque quien la esgrimía no era tercero en el sentido de tercero hipotecario, ya porque no concurrían los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la actuación de la protección y, en particular, la buena fe*».

(15) En estos términos se manifiesta GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, pág. 447: «... está en crisis la idea de la nulidad absoluta del artículo 878.2 del Código de Comercio, y ya que está todavía vigente debería detenerse ante terceros que cumplan los requisitos de la legislación hipotecaria (art. 34) [...] Así, ¿puede sostenerse en el año 1992, tan lejano a 1829, que si es declarada en quiebra una «inmobiliaria» todos los adquirentes de los pisos de buena fe y con los requisitos del artículo 34 han de quedarse sin la vivienda comprada por pura aplicación del artículo 878 del Código de Comercio y de la protección que regula?», igualmente, v. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 218. También v. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, pág. 633, y MENCHEN, *RCDI*, 1959, pág. 557, quienes entienden que semejante interpretación del artículo 878.II del Código de Comercio constituye un grave atentado contra la seguridad jurídica inmobiliaria.

puede invadir el plano de actuación del artículo 34 LH ni, a la inversa, el artículo 34 LH amparar relaciones *inter partes* afectadas por la retroacción. De ahí que debamos superar la idea de contradicción o de conflicto como elemento definidor de la situación y afirmar la coexistencia y compatibilidad de estos principios limitando su actuación a sus respectivos ámbitos objetivos de aplicación. En definitiva, en la medida en que no hay argumentos para caracterizar el interés de los acreedores concursales como un interés prevalente sobre el de los terceros, la auténtica contradicción valorativa se produce, como se verá de inmediato, al sostener la ineficacia de este principio hipotecario durante el período de retroacción y no la derivada de su mera coexistencia con el artículo 878.II CCom de 1885.

III. LA RETROACCION FRENTE A LOS TERCEROS ADQUIRENTES DEL QUEBRADO

Como ya sabemos se ha planteado en nuestra doctrina la cuestión de la eficacia de la retroacción frente a los terceros adquirentes del quebrado, y especialmente contra el subadquirente hipotecario, tras la conocida STS 17-III-1958 (Ar. 1436), cuyos antecedentes de hecho han sido expuestos con anterioridad (v. *supra* II). A título ilustrativo reproducimos a continuación parcialmente los considerandos 1.º y 2.º de dicha Sentencia:

«...pues no cabe poner en duda que anulado radicalmente el derecho del transmitente queda anulado el del recurrente, en cuyo contrato también intervino el quebrado y no pudo desconocer el comprador por el examen del Registro la procedencia de la cosa adquirida y dado que de las acciones contra que puede cubrirse el tercero, conforme al artículo 37 de la repetida Ley Hipotecaria que también se invoca en otro motivo, no figuran las correspondientes nulidades de esta especie, ejercitadas y declaradas, según la sentencia impugnada».

«... tampoco se produce un conflicto de leyes; porque el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria regulan materias especiales que se armonizan y completan, que no se derogan y cuya interpretación y aplicación realizada por la Sentencia no afectan al referido artículo por cuanto en aquél se contemplan casos especiales que han de prevalecer en interés de la quiebra para evitar el injusto destronamiento de la masa de la misma en el próximo «tempus decoctionis», no previsto específicamente en el Derecho inmobiliario como lo está en la legislación mercantil, lo que determina la improcedencia del motivo segundo...»

Esta misma doctrina vuelve a manifestarse en la STS 15 noviembre de 1991 (Ar. 8406), fundamento jurídico 2.º:

«... lo 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» (16).

El hecho de que «la Ley no haga distinciones» es irrelevante. Cuando la Ley dispone que es nula una transmisión por ser el contrato contrario al orden público, no hace tampoco distinción alguna y nadie duda de que el tercero de buena fe está protegido (v. arts. 1.255 y 1.275 CC). No es un problema de declaraciones sino de interpretación conjunta de dos grupos de normas que, como ya dijimos, operan sobre planos distintos. Lo apuntado por el Tribunal Supremo acusa, una vez más, la precomprensión relativa a la prevalencia del interés de los acreedores sobre el interés del tráfico. Como ya hemos señalado, no se ve por qué el artículo 878.II CCom haya de constituir excepción alguna al principio de fe pública registral consagrado en el artículo 34 LH y, en consecuencia, aquél carece de toda virtualidad frente a aquellos que resulten amparados en éste. No se puede seguir pretendiendo que el artículo 878.II CCom constituya una especialidad concursal frente a los principios rectores del sistema inmobiliario registral general. Tal afirmación requiere de una norma o de una razón jurídica fundamental que venga a justificar la derogación de la norma de protección de terceros. No obstante, una quiebra de tal índole del principio de fe pública registral resultaría intolerable por dar al traste con la idea de seguridad que pretende introducir en el tráfico el sistema de publicidad registral (17). Del mismo modo y por la misma razón, carece

(16) Respecto de esta sentencia v. la opinión crítica de GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, pág. 437.

(17) Respecto a la necesidad de mantener la tutela del interés del tráfico frente a los efectos de la retroacción v. RDGRN 20-I-1986 (Ar. 999): Considerando 4.º: «Considerando que el juego de la Ley Hipotecaria no es, por principio, incompatible con la ineficacia que declara el artículo 878 del Código de Comercio, aun admitido que este precepto dé a la ineficacia el alcance absoluto de otros tipos de nulidad y que además determine una cadena de nulidades, las de los negocios ulteriores que partieron de la validez del negocio otorgado por el quebrado, ya que en todos esos supuestos la regla sería la ineficacia absoluta, como expresa el artículo 33 de la Ley cuando declara que «la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes», y sólo excepcionalmente —y sin distinción de tipos de nulidad— confiere una posición inatacable en favor del tercer adquirente cuando reúna las condiciones exigidas por el artículo 34 de la Ley, y que es una protección singular que el legislador ha establecido como exigencia para la seguridad del tráfico inmobiliario y del crédito territorial». Igualmente, v. RRDGRN 1-VI-1993 (Ar. 4979) y 2, 3, 4, 5, 7-VI-1993 (Ar. 4980-1-2-3-4).

de sentido afirmar la derogación del elenco de normas de tutela de terceros en aquellos casos en que éstos reúnan los requisitos fijados por la Ley para merecer tal protección. En definitiva, cabe concluir que los principios hipotecarios, y por extensión todas las normas de protección de los terceros, constituyen un límite esencial a los efectos del artículo 878.II CCom, más aún en un sistema como el nuestro en el que los principios de seguridad del tráfico y protección de los terceros constituyen auténticos criterios vertebradores del Derecho patrimonial (18).

Ahondando aún más en la cuestión, hemos de destacar que la propia racionalidad del artículo 34 LH nos ofrece un argumento de peso en contra de la derogación de las normas de tutela de terceros durante el período de retroacción. Precisamente la lógica interna de un precepto como el artículo 34 LH, y por extensión de cualquier norma de tutela de terceros, es evitar que las vicisitudes de cualquier índole que pudieran afectar a anteriores transmisiones lleguen a condicionar una ulterior frustrando la adquisición (19). De este modo, el tercero que adquiere a título oneroso un bien inscrito en el Registro de buena fe, y que a su vez inscriba, queda totalmente protegido frente a cualquier vicio que pudiera afectar a las transmisiones precedentes, esto es, de la anterior o anteriores a la suya (20). En este sentido la retroacción de la quiebra no es una vicisitud de naturaleza diferente ni de mayor gravedad que cualesquiera otras que pudieran afectar a las transmisiones anteriores. Así las cosas, si nuestro ordenamiento jurídico reconoce plenos efectos jurídicos a la adquisición de bienes de un tercero de buena fe en las

(18) CANARIS, *Systemdenken*, págs. 47-50, en especial pág. 48.

(19) Para una comprensión en términos económicos del artículo 34 LH, v. PAZ-ARES, *RDM*, núm. 175-176, 1985, págs. 19-20, donde encuadra al artículo 34 LH, junto al 19.II LCCh o al 545 CCom, dentro de un grupo que denomina de «reglas de seguridad del tráfico», dado que «pueden ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho. Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que bajo la vigencia de las reglas de la seguridad jurídica le harían perder el derecho que deseaba obtener. Las reglas de seguridad del tráfico, por consiguiente, tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes. El efecto económico positivo de tales reglas se aprecia en un doble frente: de un lado, porque permiten que se consumen operaciones paretoeficientes que de otra forma no tendrían lugar; de otro, porque permiten ahorrar aquellos recursos que de otro modo se disiparían con la transacción misma». Más concretamente, respecto del artículo 34 LH señala que «limita la información necesaria para la adquisición de un inmueble a la que aparece consignada en el Registro de la Propiedad».

(20) Por todos, v. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, t. III, 4.^a edición, pág. 595; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, pág. 4; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, págs. 578 y sigs., y J. L. LACRUZ/F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, reimpresión, Barcelona, 1970, págs. 209 y sigs.

situaciones más graves de expoliación de *Primus* (por ejemplo, el robo: v. art. 85 CCom), ha de darse también protección a ese mismo tercero en los supuestos menos graves de falta del poder de disposición en lo que a la causa que lo origina se refiere. Entre éstos se encuentran, sin lugar a dudas, los casos de falta de poder de disposición del transmitente derivados de los efectos de la retroacción de la quiebra. De no ser así el legislador incurriría en una grave contradicción de valoración, pues el ordenamiento seguiría protegiendo a los terceros frente a las más graves expoliaciones de los primeros.

Imaginemos, en tales circunstancias, que se fija como fecha de retroacción de la quiebra la de 1 de enero de 1997. El 1 de febrero de 1997 el quebrado había vendido a *Cayo* (1.^a hipótesis), o *Cayo* había robado al quebrado (2.^a hipótesis). *Cayo* vende después a *Ticio* que es de buena fe. Pues bien, resulta absurdo que por efectos de la retroacción de la quiebra se prive de toda protección a *Cayo* en la hipótesis 1.^a y no en la 2.^a.

En este sentido, podemos afirmar que la *retroacción de la quiebra es una más de esas vicisitudes que pueden afectar en algún punto a la cadena de transmisiones y, por tanto, como en los demás supuestos, el principio de fe pública registral ha de operar como «paraguas» frente a los efectos de la misma sobre los terceros adquirentes de buena fe* y el subadquirente no habrá de verse obligado en ningún caso a restituir a la masa el bien en cuestión (21). En definitiva, como preceptos que inciden sobre planos distintos de la realidad jurídico-privada, la norma de tutela de los acreedores concursales no altera la eficacia de las normas de protección del tráfico, siempre y cuando se cumplan los requisitos que tales preceptos exigen (22).

(21) A favor de esta tesis, además de las opiniones ya señaladas, v. MECHEN, *RCDI*, 1959, pág. 559; OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 93-94; A. BILBAO ARISTEGUI, «Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra», *RCDI*, 1972, págs. 1299 y sigs., pág. 1310; ROJO, *RDM*, núm. 151, 1979, pág. 8; ID., VOZ «reintegración de la masa», *Enciclopedia jurídica básica*, t. IV, Madrid, 1995, págs. 5746 y sigs., pág. 5748; PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales*, págs. 610-611; MASSAGUER, *La reintegración*, pág. 89; M. C. IGLESIAS MAYORALGO, «La hipoteca y la retroacción de la quiebra», *Hipotecas y seguridad jurídica* [Coord. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España], Madrid, 1991, págs. 241 y sigs., pág. 243; SASTRE PAPIOL, *RGD*, 1983, pág. 8707; J. DELGADO ECHEVARRÍA, «La nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La Sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», *AC*, II, 1993, págs. 2489 y sigs., pág. 2506; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 217, y GARCÍA-CRUCES, *Quiebra*, págs. 29-30.

(22) Recientemente parte de la doctrina ha querido encontrar un nuevo argumento en contra de la derogación del principio de fe pública registral durante el período de retroacción en el artículo 9.3 CE. En dicho precepto queda consagrado el principio de seguridad jurídica. A favor de la inconstitucionalidad de tal concepción de la retroacción, entre otros,

Por ejemplo, no se producirá la tutela del tercero si la transmisión se realizó en connivencia con éste y con el afán de poner fuera del alcance de los acreedores el citado bien. Desde el punto de vista de la protección del tráfico, en la medida en que no hay ignorancia de la situación patrimonial en la que está incurso el futuro quebrado, el tercero carece del requisito de buena fe en su adquisición y, por tanto, no surte efecto con respecto a él la protección derivada de la fe pública registral (art. 34 LH). Dado que la inscripción no convalida los actos nulos (art. 33 LH), quedan los síndicos legitimados para acudir al órgano judicial competente al objeto de que éste anule las transmisiones y proceda a la cancelación de las correspondientes inscripciones si las transmisiones tuvieron acceso al Registro (arts. 1.366 LEC y 38 LH). Desde el punto de vista estrictamente concursal, a tal tercero le resultaría también de aplicación lo dispuesto en el artículo 894.1.º CCom, en relación con el artículo 893 CCom, y como cómplice habría de perder cualquier derecho que pudiera devengar a consecuencia de la actuación de los síndicos contra la masa de la quiebra (23).

IV. LOS EFECTOS DE LA RETROACCION «INTER PARTES»

Como ya sabemos, la eficacia de los actos de disposición realizados por el quebrado en tiempo inhábil es claudicante: éstos podrán ser impugnados a instancia de los síndicos siempre que se acredite una lesión del interés de los acreedores (arts. 878.II CCom y 481 y 1.366 LEC) (24). Sin embargo, cabe

v. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, pág. 448; ID., «La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra», *RCDI*, núm. 610, 1992, págs. 1364 y sigs.; SASTRE PAPIOL, *RGD*, 1993, pág. 8696; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 231; GARCÍA-CRUCES, *Estudios homenaje Menéndez*, III, pág. 3571; ALONSO NÚÑEZ, *La retroacción*, pág. 12. Sin embargo, lo que esta garantía constitucional tutela es la certidumbre de todos aquellos operadores que intervienen en el tráfico jurídico, quienes podrán anticipar el modo en que habrán de ser resueltos sus conflictos a partir de la existencia de un sistema normativo (seguridad jurídica objetiva). Por contra, la seguridad jurídica objetiva, en la que hemos de encuadrar la seguridad del tráfico, no es más que la tutela que brinda el ordenamiento jurídico al titular de un derecho subjetivo para el disfrute y la realización del mismo. En este sentido, v. la clarificadora exposición de PAZ-ARES, *RDM*, núm. 175-176, 1985, págs. 12-14. Las connotaciones jurídico-privadas de esta dimensión subjetiva de la seguridad jurídica nos hacen difícil encajar en el artículo 9.3 CE la tutela de la seguridad del tráfico y, por consiguiente, hemos de desechar el argumento de la inconstitucionalidad del artículo 878.II CCom.

(23) Respecto de la sanción de complicidad, v. ROJO, *RDM*, núm. 151, 1979, pág. 79; E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pág. 163.

(24) En estos términos se manifiestan, entre otros, P. GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pág. 30; JIMÉNEZ ESCARZAGA, *RDM*, núm. 26, 1958, pág. 71, quien

plantearse si, en todo caso, los adquirentes directos del quebrado han de quedar sometidos a los efectos de la retroacción o si, por el contrario, cabe contemplar situaciones de tutela de su interés. En definitiva, la cuestión se reduce a determinar si la publicidad registral —o algún otro tipo de apariencia— brinda alguna protección al adquirente inmediato, esto es, a la contraparte directa del quebrado en el acto de disposición. La respuesta es claramente negativa: El Registro, como instrumento generador de apariencia, nace para la tutela de la confianza de terceros, y la contraparte del quebrado no puede concebirse, lógicamente y en modo alguno, como tercero a estos efectos: es segundo (25). Como es de sobra conocido, no cabe alegar protección apariencial alguna en las relaciones *inter partes* (26).

No obstante, podría aún plantearse si la buena o mala fe del adquirente directo habría de ser en alguna medida relevante frente a la impugnación de su

apunta la siguiente consideración: «En la retroacción de la quiebra los intereses que se intentan proteger, [...] son los de los acreedores anteriores al momento de la insolvencia»; y en pág. 83: «... lo que en definitiva interesa a los acreedores es no dejar que pueda el deudor eludir la garantía legal que la responsabilidad patrimonial significa mediante la enajenación antieconómica de sus bienes o la participación de otros acreedores que hayan de participar en igual o quizá preferente grado del valor del patrimonio de aquél haciendo imposible el total cobro de sus derechos». Abundan en esta idea ROJO, RDM, núm. 151, 1979, págs. 39 y 71-72; MASSAGUER, *La reintegración de la masa*, pág. 13; IGLESIAS MAYORALGO, *Hipotecas y seguridad*, págs. 254-255; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 190; GARCÍA-CRUCES, *Quiebra*, págs. 19 y 32; ALCOVER GARAU, *La retroacción*, pág. 33. También la doctrina alemana liga las acciones de impugnación de los §§30 KO y 130-132 InsO a la represión de la lesión del interés de los acreedores en el momento en que ya concurre el presupuesto objetivo y, sin embargo, el procedimiento aún no ha sido abierto. En este sentido véanse, entre otros, E. JAEGER/W. HENCKEL, *Konkursordnung mit Einführungsgesetzen Großkommentar*, 4. Lief., (§§ 29-42), 9. Aufl., Berlín-Nueva York, 1991, § 29 RdNr 1 y 60, págs. 756 y 790 y sigs.; M. HUBER, «Die besonderes Konkursanfechtung», *Insolvenzrechts-Handbuch* [Hrsg. P. GOTTWALD], München, 1990, § 48 RdNr 29-45, págs. 517 y sigs.; L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, München, 1992, págs. 443 y 454.

(25) El concepto de tercero ha de ser comprendido en términos de parte exterior o ajena a la relación jurídica afectada por el vicio anulatorio. En este sentido, v. el concepto de «tercero», como contrapuesto al de «parte», en LACRUZ/SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, pág. 222, y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, III, pág. 373. Esta misma noción de tercero la encontramos en el ámbito cambiario en lo atinente a la excepción de tráfico. En este sentido, v. C. PAZ ARES, «Las excepciones cambiarias», *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* [dir.: A. MENÉNDEZ], Madrid, 1986, págs. 251 y sigs., págs. 267-270.

(26) En este sentido, v. OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 92-93 y 107; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, págs. 610-611; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, quien aunque apuesta por la tutela del adquirente de buena fe entiende que el cauce legal de tal protección no puede ser el artículo 34 LH puesto que el adquirente no reúne la condición de tercero. Igualmente, v. PAZ-ARES, *Derecho cambiario*, pág. 267. Sin embargo, v. la exposición de SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, págs. 215-218, quien califica de tercera solución al problema de la retroacción la aplicación *inter partes* del artículo 34 LH, todo ello al hilo del contenido de la STS 20-IX-1993 (Ar. 6647).

adquisición (27). En este sentido, y aunque intuitivamente la buena fe parece defensa frente a casi todo, hemos de señalar que, en términos generales, *la concurrencia de buena fe en la contraparte del quebrado no es un elemento suficiente para paralizar la acción de impugnación* del acto de disposición llevado a cabo por el futuro quebrado en tiempo inhábil (28). En la medida en que, como hemos señalado, en el adquirente directo del quebrado no concurre la condición de tercero, ya no resulta posible la formación de una situación tutelable de apariencia. Consecuentemente, en tales circunstancias, la buena o mala fe del adquirente deviene absolutamente irrelevante en la discusión. Por otra parte, la función de la retroacción no es otra que la de ser un instrumento al servicio de la desactivación de todo efecto lesivo que para el interés del colectivo de acreedores puedan tener aquellas actuaciones tendentes a perpetuar la no apertura del procedimiento concursal. Y el análisis de la lesividad de los actos de disposición o de administración llevados a cabo por el quebrado es objetivo y absolutamente independiente de la buena o mala fe de la contraparte o de la concurrencia de todo elemento defraudatorio. En la medida en que esto no es así, toda participación en este tipo de operaciones lesivas habrá de ser sancionada (*ex art. 878.II CCom*) a través del ejercicio de la correspondiente acción de impugnación, con independencia del conocimiento de la situación patrimonial en la que se encuentra su contraparte. La única excepción que hasta la fecha es posible reconocer a la irrelevancia de la buena fe del adquirente respecto de los actos realizados durante el período de retroacción es la contenida en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, de regulación del mercado hipotecario, norma ésta elaborada en un intento de potenciar el desarrollo de dicho sector económico (29). Por contra, los restantes actos de

(27) En el sistema alemán no hay lugar a dudas: para que el acto resulte impugnabile ha de darse el conocimiento de la situación concursal en el adquirente directo —v. § 30 KO; §§ 131-132 InsO—. Conocimiento que ha de ser un conocimiento positivo y cierto de las circunstancias patrimoniales del deudor expresadas en la norma. Entre otros, v. JAEGER/HENCKEL, *Konkursordnung*⁴, § 30, Anm. 50, pág. 912, «*Das Gesetz fordert positive Kenntnis. Fahrlässige oder grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht*»; HUBER, *Insolvenzrechts-Handbuch*, § 49 RdN 20-22, pág. 529; HÄSEMEYER, *Insolvenzrecht*, pág. 468. Entre nosotros apunta esta posibilidad ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, pág. 634.

(28) En este sentido véase OLIVENCIA, *Publicidad registral*, págs. 92-93. En términos confusos véase, entre otros, SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, págs. 220-221, quien admite la tutela del adquirente directo del quebrado que obró de buena fe en los supuestos relativos a los artículos 85 y 86 del Código de Comercio.

(29) En este sentido SASTRE PAPIOL, *RGD*, 1993, pág. 8703, donde hace referencia a este precepto como «*una auténtica excepción legal al régimen general de la retroacción absoluta y a sus efectos en torno a la nulidad de la constitución de las mismas*». Igualmente SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales*, pág. 196. Dicho precepto dispone lo siguiente:

«*Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo 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*

disposición y administración realizados por el futuro quebrado en tiempo inhábil se verán afectados por la retroacción en los términos ya señalados, con independencia de la buena o mala fe del adquirente.

Es cierto que podría contestarse nuestro análisis simple y lineal afirmando que el adquirente directo del quebrado es tercero frente a los acreedores de este último (30). Se produce así el fenómeno que podemos denominar como la «tercerización» del conflicto. Tal comprensión de la posición del adquirente directo permitiría superar las consecuencias derivadas del análisis de su posición desde la perspectiva de una relación jurídica *inter partes* que, como ya hemos visto, hacen imposible la aplicación de las normas de protección de los terceros. Precisamente el cambio de perspectiva que nos brinda la tercerización abriría la posibilidad de aplicar todo este bloque normativo a los adquirentes directos del quebrado afectados por la retroacción. En este orden de cosas habría que determinar si, ciertamente, con respecto a los acreedores concursales, auténticos destinatarios de una norma de tutela como es la retroacción, la contraparte del quebrado en cualquier negocio jurídico realizado en tiempo inhábil puede ser calificada de tercero y, por ende, resultar merecedora de tutela.

La solución a esta cuestión ha de ser también necesariamente negativa. En la medida en que el quebrado queda desapoderado sobrevenidamente desde la fecha de retroacción, la actuación del futuro quebrado durante dicho período respecto del interés de los acreedores comparte la racionalidad del mandatario que, en nombre propio, negocia sobre las cosas propias de su mandante (art. 1.717.II CC) (31). En efecto, desde que concurre el presupuesto objetivo,

en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice en él».

Respecto de la racionalidad de este precepto, véase en extenso SASTRE PAPIOL, *RGD*, 1993, págs. 8713-8717.

(30) Sostiene esta tesis BILBAO ARISTEGUI, *RCDI*, pág. 1306. Esta es posteriormente reproducida por GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario*, págs. 444-445, en los siguientes términos: «Debería mantenerse que tanto el adquirente del quebrado como el subadquirente son terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si reúnen los requisitos exigidos en el mismo: el adquirente del quebrado, aun siendo parte en el contrato, es tercero respecto de la declaración de quiebra y respecto de los acreedores de la masa; y el subadquirente, desde luego, porque es tercero tanto respecto a la declaración de quiebra como respecto al contrato en el que intervino el quebrado».

(31) A favor de la comprensión de la retroacción como retrocesión de los efectos del desapoderamiento véanse, entre otros, FINEZ RATÓN, *CCJC*, núm. 28, 1992, 741, pág. 171; A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993, págs. 148-149 y 152; ROJO, *Enciclopedia jurídica básica*, IV, pág. 5747, donde modifica la posición inicialmente sostenida al respecto en *RDM*, núm. 151, 1979, pág. 68; MARTÍN REYES, *La retroacción y jurisprudencia*, pág. 33; E. BELTRÁN, «Hipoteca, ejecución separada y rein-

aunque el quebrado continúe actuando, su patrimonio corresponde ya materialmente a sus acreedores y toda su actuación debe hacerse en su interés (32). En realidad *el quebrado es un representante indirecto del interés de sus acreedores*, y, en consecuencia, entre éstos y los que contrataron inmediatamente con el quebrado en el período de retroacción se establece una relación de partes y no de ajenidad o de terceros. Estamos así ante un segundo y su posición jurídica podrá ser atacada en virtud del ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o, eventualmente, ser ratificado si así lo estima pertinente el principal, en nuestro caso los acreedores del deudor común, a través de la actuación de los síndicos (v. arts. 1.259.II CC, 878.II CCom, 481 y 1.366 LEC). Del mismo modo, si el acto no se impugna, el adquirente directo puede solicitar de los acreedores su cumplimiento. Como se puede apreciar, las relaciones acreedores-adquirentes directos se mueven en el plano de la inmediatez y no de la ajenidad que caracteriza la posición del tercero protegido por el ordenamiento. Por tanto, hemos de rechazar aquellas tesis que pretenden amparar al adquirente directo del quebrado señalando que éste sea un tercero respecto de la relación jurídica existente entre los acreedores y el propio deudor. Estamos ante un segundo y, por ello, es obvio que no cabrá interpretación alguna derivada de las normas de protección del tráfico. De nuevo el pretendido conflicto entre retroacción y normas de tutela de tercero se nos revela como inexistente.

Llegados a este punto, la discusión de los efectos de la retroacción en las relaciones jurídicas *inter partes* queda sentada fuera del ámbito de aplicación de las normas de protección del tráfico. Como segundo que es, el adquirente directo del deudor deberá pechar con el riesgo de que su contraparte, al tiempo de contratar, sea insolvente. La existencia de una situación de insolvencia no declarada y, por ende, la ineficacia del acto de disposición derivada de la retroacción de la quiebra se convierten así en un riesgo de la contratación que habrá de ser anticipado y controlado por las partes del negocio jurídico. Por tal razón, quizá, el planteamiento correcto de una eventual tutela de la relación *inter*

tegración de la masa», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), Madrid, 1996, págs. 3479 y sigs., pág. 3494, nota núm. 46, y ALCOVER GARAU, *La retroacción*, págs. 13-14.

(32) En este sentido son reveladoras las palabras de D. G. BAIRD, «The Initiation Problem in Bankruptcy», *11IntRev. L. Ec*, 1991, págs. 223 y sigs., págs. 228-229, quien afirma: «When the firm is solvent, the managers need pay attention only to the interests of the shareholders. The shareholders are the residual owners of the firm, and they stand to gain or lose from the managers' decisions. The duty the firm becomes insolvent. More precisely, a firm's manager should use the assets the way a sole owner who was acting on her own account would. The manager's loyalty needs to change when there is a change in the fortune of the firm. Such a change takes place when the firm becomes insolvent and creditors cannot be paid in full».

partes frente a los efectos de la retroacción de la quiebra habría de realizarse desde la perspectiva de la graduación de la ineficacia derivada de la misma y de la reducción de los efectos perversos que una nulidad concebida en términos absolutos y radicales pudiera generar sobre los actos de disposición y administración realizados por el futuro quebrado (por ejemplo, nulidad convalidable, art. 1.259.II CC; anulabilidad, art. 1.301 CC) (33). Pero este es un problema que excede ya del ámbito del conflicto que hemos planteado y, por consiguiente, cuyo estudio remitimos a un ulterior trabajo.

V. CONCLUSION

A modo de conclusión no queda más que apuntar que lejos de percibir una frontal contradicción entre seguridad de tráfico y retroacción, éstas deben ser comprendidas desde la óptica de la compatibilidad de los intereses objeto de tutela. En definitiva, nos encontramos ante normas que operan en planos distintos y que, por consiguiente, no es posible sujetar a un análisis en términos de jerarquización de los intereses concurrentes, sino de coexistencia pacífica de los mismos.

NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ
Universidad Autónoma de Madrid

BIBLIOGRAFIA

- ALCOVER GARAU, G.: *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996.
- ALONSO NÚÑEZ, M.: *La retroacción de la quiebra y el tercero hipotecario*, Madrid, 1995.
- BAIRD, D. G.: «The Initiation Problem in Bankruptcy», *Int. Rev. L. Ec.*, 1991, págs. 223 y sigs.
- BELTRÁN, E.: *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.
- «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), Madrid, 1996, págs. 3479 y sigs.
- BILBAO ARISTEGUI, A.: «Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra», *RCDI*, 1972, págs. 1299 y sigs.

(33) Apuntamos, en estos términos, la interesante opinión de DELGADO ECHEVARRÍA, AC, II, 1993, pág. 2502: «No es exactamente anulabilidad, pero se parece a esta categoría más que a ninguna otra».

- CANARIS, C. W.: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Auf., Berlin, 1983.
- CORDÓN, F.: *Suspensión de pagos y quiebra*, Pamplona, 1995.
- CHICO, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1994.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J.: «La nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La Sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», *AC*, II, 1993, págs. 2489 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, t. III, 4.^a edición, Madrid, 1993.
- FINEZ RATÓN, J. M.: «Comentario de la Sentencia de 19 de diciembre de 1991», *CCJC*, núm. 28, 1992, 741, págs. 163 y sigs.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra», *RCDI*, núm. 610, 1992, págs. 1364 y sigs.
- *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1993.
- GARCÍA-CRUCES, J. A.: *Quiebra y retroacción*, Madrid, 1995.
- «Notas sobre el instituto jurídico de la retroacción», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), Madrid, 1996, págs. 3553 y sigs.
- GAY DE MONTELLA, R.: *Código de Comercio*, t. V, 2.^a edición, Barcelona, 1948.
- GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856.
- HÁSEMEYER, L.: *Insolvenzrecht*, München, 1992.
- HUBER, M.: «Die besondere Konkursanfechtung», *Insolvenzrechts-Handbuch* [Hrsg. P. GOTTWALD], München, 1990.
- IGLESIAS MAYORALGO, M. C.: «La hipoteca y la retroacción de la quiebra», *Hipotecas y seguridad jurídica* [Coord. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España], Madrid, 1991, págs. 241 y sigs.
- JAEGER, E./HENCKEL, W.: *Konkursordnung mit Einführungsgesetzen Großkommentar*, 4. Lief. (§§ 29.42), 9. Aufl., Berlin-Nueva Yor, 1991.
- JIMÉNEZ ESCARZAGA, D.: «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», *RMD*, núm. 26, 1958, págs. 39 y sigs.
- LACRUZ, J. L./SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho inmobiliario registral*, reimpresión, Barcelona, 1970.
- MARTÍN REYES, M. A.: *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1995.
- MARTÍNEZ FLOREZ, A.: *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993.
- MASSAGUER, J.: *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986.
- MELÓN INFANTE, F.: *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, 1958.
- MENCHEN, B.: «Comentario a la STS de 17-III-1958» *RCDI*, 1959, págs. 548 y sigs.
- OLIVENCIA, M.: *Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid, 1963.
- PAZ-ARES, C.: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RMD*, núm. 175-176, 1985, págs. 7 y sigs.
- «Las excepciones cambiarias», *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* [dir.: A. MENÉNDEZ], Madrid, 1986, págs. 251 y sigs.

- «La desincorporación de los títulos-valor», *RDM*, núm. 219, 1996, págs. 9 y sigs.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982.
- RECALDE, A.: «Comentario de la STS 10-XII-1991», *La Ley*, núm. 4, 1992, págs. 219 y sigs.
- ROCA SASTRE, R.: *Derecho hipotecario*, t. I, 6.^a edición, Barcelona, 1968.
- ROJO, A.: «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, núm. 151, 1979, págs. 37-100.
- Voz «reintegración de la masa», *Enciclopedia jurídica básica*, t. IV, Madrid, 1995, págs. 5746 y sigs.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II, 17.^a edición, Madrid, 1994.
- SASTRE PAPIOL, S.: «Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», *RGD*, 1993, págs. 8691 y sigs.
- SOTO VÁZQUEZ, R.: *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente. Quiebras y concurso de acreedores*, Granada, 1995.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, Valencia, 1990.