

La retroacción de la quiebra:
Estados doctrinal y jurisprudencial actuales y
perspectivas de evolución futura de la interpretación
de la legislación vigente

M.^a ISABEL HUERTA VIESCA
Profesora Titular Emérita Estudios Empresariales
Universidad de Oviedo
Abogada no ejerciente. I.C.A. de Oviedo

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA
Abogado. I.C.A. de Oviedo

SUMARIO: I.— INTRODUCCION. II.— CONCEPTO DE RETROACCION. III.— LA FIJACION DE LA FECHA DE RETROACCION Y SU MODIFICACION. IV.— EL EFECTO DE LA RETROACCION. V.— LA NECESIDAD DE SEGUIR UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL POSTERIOR PARA HACER EFECTIVA LA RETROACCION. VI.— EL PERJUICIO DE LA MASA COMO CRITERIO CORRECTOR DE LA NULIDAD DEL ARTICULO 878.2 C. COM. VII.— LA ADECUACION A LA CONSTITUCION DE LA RETROACCION COMO NUEVO CRITERIO CORRECTOR. VIII.— LA ESPECIAL SITUACION DE LOS ACTOS DE DISPOSICION REALIZADOS POR EL QUEBRADO CON TRASCENDENCIA REGISTRAL. IX.— LA ESPECIAL PROTECCION DE LAS HIPOTECAS SUBSUMIDAS EN LA LEY DEL MERCADO HIPOTECARIO.

I. INTRODUCCION

La fuerte crisis económica por la que estamos atravesando en los últimos años, ha llevado consigo un incremento fortísimo del número de procedimientos concursales (fundamentalmente suspensiones de

pagos y quiebras) en España (1), lo que ha traído como consecuencia un lógico incremento del nivel de litigiosidad en tales procedimientos, que ha vuelto a poner de relieve sus deficiencias, esencialmente de la quiebra, mantenida prácticamente sin reformas desde el siglo pasado, pese a los múltiples intentos renovadores habidos, intentos que han quedado apagados desde el último Anteproyecto de Ley Concursal de junio de 1983 (2).

Uno de los aspectos más discutidos de las quiebras y que mayor importancia tiene, a nuestro juicio, es el de la retroacción de la quiebra y sus consecuencias en los actos de administración y dominio del quebrado realizados durante el período de retroacción (3). A las discusiones habidas en la doctrina científica, y a la crítica de la misma a la doctrina jurisprudencial, se ha unido recientemente la existencia de nuevos y recobrados «movimientos» en esta doctrina jurisprudencial, que parecen aventurar un cambio en la tendencia tradicional, si bien tal cambio presenta aún un débil pulso debido a las resoluciones contradictorias del Tribunal Supremo que vienen apareciendo.

A lo largo de este trabajo trataremos de sistematizar un estudio de la retroacción de la quiebra en sus diversos aspectos, sustantivos y procesales, con un recorrido por la doctrina y Jurisprudencia atinentes a la

(1) Así, según datos del Instituto Nacional de Estadística (datos provisionales de octubre de 1993, publicados el 23 de diciembre de 1993) se puede apreciar que en 1988 se declararon en quiebra un total de 80 empresas con un pasivo de 21.537 millones de pesetas; en 1989, 97 empresas con un pasivo de 3.676 millones de pesetas; en 1990, 132 empresas con un pasivo de 23.347 millones de pesetas; en 1991, 352 empresas con un pasivo de 47.929 millones de pesetas; en 1992, 507 empresas con un pasivo de 83.236 millones de pesetas; en 1993, 451 empresas, con un pasivo de 100.989. Se aprecia, pues, cómo hemos asistido entre los años 1990 y 1992 a una progresión casi geométrica del número de empresas declaradas en quiebra y del pasivo de las mismas, con un estancamiento, dentro de niveles preocupantemente altos, en el pasado año 1993. Comienzan a decrecer las quiebras en 1994, con un total de 523 y un pasivo de 64.041 millones de pesetas (Fuente: Instituto Nacional de Estadística).

(2) Un estudio detallado de dicho Anteproyecto, al que nos remitimos en lo que se refiere a la nueva regulación proyectada de la reintegración de la masa de la quiebra, puede verse en José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración de la Masa en los Procedimientos Concursales», «Librería Bosch». Barcelona 1986, pp. 101-170, donde además contiene una completísima síntesis de toda la doctrina española sobre la reforma de nuestro Derecho concursal. Del mismo autor, para establecer una aproximación a la regulación proyectada en el Anteproyecto de Ley Concursal puede consultarse «La Reintegración de la Masa en el Derecho Concursal Italiano», en «Estudios de Derecho Concursal», dirigidos por José M.^a SAGRERA TIZÓN, «Librería Bosch», Barcelona, 1989, pp. 441-517.

(3) «Tiempo inhábil», para Antonio 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», «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» n.º 491, julio-agosto 1972, pp. 1299-1300, quien también recoge la más extendida y clásica descripción de dicho período como *proximum tempus decoctionis*. Ya en pruebas el presente trabajo ha aparecido el trabajo de la profesora María MARCOS GONZÁLEZ, «El Período de Retroacción en el Proceso de Quiebra», *Revista de Derecho Procesal*, 1995-3, pp. 967 y ss. cuya consulta recomendamos.

misma, para centrarnos fundamentalmente en la incidencia de la quiebra en el tratamiento de los actos de administración y disposición del quebrado en la reciente Jurisprudencia de los últimos diez años, tanto «Mayor» como «Menor».

II. CONCEPTO DE RETROACCION

Tres son los presupuestos normativos de los que se debe arrancar para dar un concepto de retroacción, y los tres están situados en distintos textos legales: el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, el artículo 1.325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el artículo 878 del Código de Comercio de 1885; todos ellos han superado ya el cenenario de su vigencia y han sido fuertemente criticados, sobre todo el artículo 878.2 C.Com. (4).

(4) Como muestra de estas críticas podemos citar a: E. JARDI, «La Nulidad de los Actos y Contratos del Quebrado por Retroacción de los Efectos de la Declaración de Quiebra», «Revista de Derecho Privado» Tomo XXIV, enero-diciembre 1940, p. 173, que dice: «... el mencionado texto del apartado 2 del artículo 878 del Código de Comercio, constituye un residuo fósil en la historia legislativa de la materia, que no tiene, por tanto, justificación ni verdadera razón de ser. La inutilidad radical de tal precepto no sólo explica de un modo suficiente las aludidas vacilaciones de la doctrina y jurisprudencia, sino también las anomalías e injusticias que se derivan en la práctica de su rigurosa aplicación»; dicho autor, tras hacer un completo estudio de la reforma del Derecho Francés de quiebras en el siglo pasado en virtud de la Ley de 28 de mayo de 1838 sobre quiebras y bancarrotas, que mitigó la nulidad radical del Código de Comercio Napoleónico de 1807, en p. 184, defiende que «... es de una necesidad apremiante la reforma de las disposiciones del vigente Código de Comercio, que regulan la retroacción ... singularmente el artículo 878 del mismo cuerpo legal», ¡y eso se decía hace más de CINCUENTA AÑOS!!; Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones sobre el Juicio Universal de quiebra», «Revista de Derecho Procesal» Año XI, «Revista de Derecho Procesal» n.º 3, julio-agosto-septiembre 1955, p. 403, habló del «... verdadero problema de la retroacción de la quiebra, planteado con caracteres alarmantes en nuestro Derecho vigente y que requiere una urgente solución por nuestro legislador en los términos que después expresaremos» y finalmente, pp. 410-411, propuso la desaparición de la retroacción absoluta, reduciendo la nulidad a los actos posteriores a la declaración judicial de quiebra y la sustitución de la retroacción actual por acciones de impugnación ejercitadas por la Sindicatura, previa autorización del Juez, en procedimientos sencillos contra aquellos actos anteriores a la declaración de quiebra «... calificados por una anomalía contractual —en el precio, en la garantía, en el plazo, en el modo, en la condición, etc. ...—, por un vencimiento anticipado, por una simulación o por un fraude —cuya presunción debe ampliarse en estos casos, para invertir la carga de la prueba en favor de los Síndicos, estableciéndose en ciertos supuestos la presunción de que el tercero conocía también la cesación expresa o tácitamente— y, en general, perjudiciales a los preferentes intereses de la masa de los verdaderos acreedores»; Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción Absoluta de la Quiebra», Zaragoza, 1960, pp. 80-84, recopila las críticas de los antes citados autores y de otros más y señala, p. 87, que «... debido al incesante incremento en la actualidad, ya que raro es el día que no aparece publicada una quiebra en el Boletín Oficial del Estado, el principio retroactivo absoluto de la quiebra, que sigue rigiendo en nuestra Patria, debe ser inmediatamente abandonado»; Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno al artículo 878 del Código de Comercio»,

Dado que la declaración de un comerciante en estado de quiebra es una declaración judicial, ya se trate de una quiebra voluntaria instada

«Revista de Derecho Mercantil» n.º 87, enero-marzo 1963, p. 57, recoge las palabras de Manuel DE LA PLAZA referentes a que «... en torno a norma tan escueta y desmedrada como la del citado artículo 878 giran los problemas fundamentales de la quiebra», para más adelante, p. 58, propugnar su desaparición «... en cuanto se dicte una Ley sustituyendo nuestra arcaica y fragmentaria regulación de la quiebra» y concluir su tesis doctoral, p. 161, señalando que «si urgente es la reforma de la legislación de quiebras, por resultar en extremo anticuada, y, sobre todo, confusa por no encontrarse unificadas sus disposiciones, todavía más urgente es la supresión de este principio (el de retroacción) que hace tiempo debió pasar a formar historia», citando al respecto una encuesta del Colegio de Abogados de Madrid del año 1955, en la que destacaba la propuesta de derogar el sistema de retroacción, que recoge el mismo IBARRA, p. 162, para suprimir la excepcionalidad de nuestra legislación frente al Derecho Comparado; para Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano en la Retroacción», «Revista General del Derecho» n.º 238-239, julio-agosto 1964, p. 557, la crítica se debía dirigir a «... la arcaica y desdichada redacción del precepto 878, segundo párrafo, del Código de Comercio, nos hace indesear lo que objetivamente es saludable y conveniente»; Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las Acciones Judiciales Derivadas de la Retroacción de la Quiebra (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1974)», «Revista de Derecho Procesal», 1974, p. 697, señala que «el panorama legislativo, jurisprudencial y doctrinal en torno a los problemas que derivan de la retroacción de la quiebra es francamente caótico y desolador»; Angel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al Sistema de Reintegración de la Masa de la Quiebra», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 151, enero-marzo, 1979, p. 37, se refiere a la existencia en esta materia de «... textos legales oscuros, mal coordinados, de interpretación compleja, a veces con contradicciones que parecen insalvables, una jurisprudencia consolidada, pero no sólida, en la que cada vez es más frecuente el reconocimiento de la insatisfacción; y una doctrina que —¿por qué no decirlo?— no ha iluminado hasta el momento todas las claves de los problemas», más adelante señala, pp. 61-62, que «... el panorama legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre la retroacción es francamente caótico y desolador. Tan repleto de inseguridades, tan repleto de contradicciones que parece que nos movemos fuera de la lógica»; Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 16, enero-marzo 1988, p. 201, habla de que la regulación de la retroacción es «arcaica, incompleta y en todo caso insatisfactoria»; Manuel BROSETA PONT, «Manual de Derecho Mercantil», 8.ª Edición, «Editorial Tecnos, S.A.», Madrid, 1990, p. 676, consideró que «... es por ello urgente su sustitución por otro sistema más adecuado»; José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica y la Retroacción de la Quiebra. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991)», «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», n.º 610, mayo-junio 1992, p. 1362, califica el artículo 878.2 C. Com. de «asignatura pendiente» precisada de reforma, «norma arcaica e inadecuada»; con carácter más general, respecto de todo el Derecho concursal, Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos de Derecho Concursal y Seguridad del Crédito Territorial (La Retroacción de la Quiebra y sus Efectos sobre las Hipotecas)», «Revista General del Derecho» n.º 588, septiembre 1993, p. 8962, dice que «el panorama legislativo en nuestro Derecho no puede ser mas desalentador»: para José M.ª RIFA SOLER, Agustín FERRER BARRIENDOS, Eduardo FONT SERRA y José Manuel PUGNAIRE HERRÁNDEZ, «Suspensiones y Quiebras», «Praxis Mercantil», p. 212, estamos ante una materia necesitada de ser racionalizada y respecto de la que las doctrinas legales construidas «dejan escaso margen al sentido común»; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «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», «Aranzadi Civil» 1993/19, p. 10, se refiere a la «acuciante necesidad de reforma de la totalidad del Derecho de quiebras en España».

por el propio quebrado o una quiebra necesaria instada por sus acreedores, es fácil comprender que la situación de insolvencia o de sobreseimiento generalizado en los pagos —no entramos aquí en el más que clásico debate sobre cuál de los dos es el fundamento de la quiebra (5),

Rotunda es la posición de Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones sobre el Pasado, el Presente y el Futuro de la Reforma Concursal», «Revista Jurídica Española LA LEY», 21 de febrero de 1995, pp. 1-3, quien afirma que «...es de toda evidencia que la desacreditada regulación actual no da satisfacción ni al interés público o social, ni al de los acreedores, ni al del deudor, ni al de los terceros afectados y, además, fomenta abusos de todo género que conoce la práctica. ... caótica dispersión de las múltiples normas concursales y paraconcursoales aplicables a los estados económicamente anormales o patológicos del deudor común, determinante de una confusión generalizada y de una total ausencia de sistema que redundan en la completa falta de seguridad jurídica; ... visión realmente desoladora de lo que constituye la presente regulación española del Derecho concursal»», afirmando, con PRIETO CASTRO, que «“nuestra legislación concursal ... es absolutamente impropia de un Estado de Derecho”». También María Isabel CANDELARIO MACÍAS, «Una Visión Reflexiva de Nuestro Derecho Concursal», «Actualidad Jurídica Aranzadi» n.º 224, 7 de diciembre de 1995, pp. 1-5, donde critica no sólo la dispersión normativa de su regulación, sino también su propia finalidad y su escasa virtualidad práctica, todo ello reflejado en la gráfica expresión de «quiebra de la quiebra», por lo que propugna la pronta reforma de su régimen normativo.

(5) Sobre el particular *Vid.* la síntesis de doctrina y Jurisprudencia que se hace por M.^a Angeles CALZADA CONDE, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1984», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 4, enero-marzo 1984, especialmente, pp. 1244-1245. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Aranzadi 1990/1686), reitera la tesis del sobreseimiento generalizado en los pagos, puntualizando que el pago de un crédito no excluye tal consideración pues «... en modo alguno, la declaración de quiebra exige que tal cese lo sea de una manera total». Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; «Actualidad Civil» 1994/276), ha acercado las situaciones de insolvencia y sobreseimiento como elementos determinantes de la declaración de quiebra, al decir que «... la declaración del estado de quiebra implica el presunto fáctico de sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, incompatible con una situación de solvencia efectiva ...».

En la «Jurisprudencia Menor» vuelve a insistir en la necesidad de acreditación del sobreseimiento general en los pagos por parte del acreedor que insta la quiebra necesaria, el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Solans Castro; «Aranzadi Civil» 1993/2.454), mientras que destaca, con detallado estudio jurisprudencial, la interconexión entre sobreseimiento e insolvencia la Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subiras Roca; «Aranzadi Civil» 1993/2.460), al decir que «“El presupuesto económico-jurídico se identifica con un sobreseimiento en el pago corriente de las deudas (artículo 874 C. Com.) a través del que se exteriorice un estado de insolvencia definitiva (STS de 27 de febrero de 1965), no bastando cesar circunstancialmente en los pagos, sino que requiere la imposibilidad de efectuarlos (STS de 12 de julio de 1940)”», en la que se denegó la declaración de quiebra pues la Sociedad había negado el pago de ciertos créditos por considerarlos ilegítimos —venciendo después en los correspondientes litigios— y sólo había impagado dos créditos por importe total de poco más de NUEVE MILLONES DE PESETAS, cuando el activo de dicha Sociedad estaba valorado pericialmente en

si bien por lo que respecta a la fecha de retroacción es mayoritaria la doctrina que se refiere a la fecha de cesación de pagos (6)— se habrá

más de TREINTA Y DOS MILLONES DE PESETAS. En dicha tesis insiste la Sentencia de la misma Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de febrero de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Conca Pérez; «Revista General del Derecho» n.º 598-599, julio-agosto 1994, pp. 8.850-8.583), al decir que «“El presupuesto fáctico jurídico para la declaración de quiebra viene dado por el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones del comerciante, acompañada de una insuficiente capacidad patrimonial para hacer frente a las responsabilidades cuyo pago se elude”». Ya anteriormente la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de mayo de 1993 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a Esperanza Pérez Espino; «Revista General del Derecho» n.º 596, mayo 1994, pp. 6.277-6.279), con amplia cita de «doctrina jurisprudencial menor», había indicado que la cesación de pagos presupuesto de la quiebra debía suponer una insolvencia de la Sociedad. Por su parte, hace sólo hincapié en el sobreseimiento general en los pagos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 13 de mayo de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Solans Castro; «Aranzadi Civil» 1994/851), mientras que la Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de marzo de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Domínguez Domínguez; «Aranzadi Civil» 1994/450), recoge el parecer de cierto sector de la doctrina para la que, de acuerdo con el artículo 874 C. Com., la cesación general en los pagos se presume *iusuris tantum* que responde a una situación de insolvencia definitiva. Destaca, con cita de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Vicaya de 12 de mayo de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Valdés Solís Cecchini; «Aranzadi Civil» 1994/940) que incumbe al quebrado «“la prueba de la falsedad de los hechos fundamento de la declaración de la quiebra, o que se halla al corriente de sus pagos”». Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilma. Sra. Rubio Lerena; «Actualidad Civil» 1995/403) remite la fecha de retroacción de la quiebra a la de la cesación del pago corriente de las obligaciones del quebrado, mientras que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de junio de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Sanz Pérez; «Aranzadi Civil» 1995/978) llega a enumerar hasta cuatro tesis distintas sobre el presupuesto objetivo de la declaración de quiebra.

(6) Por ejemplo, para BORRELL, «Efectos de la Fianza Relacionados con la Retroacción de la Quiebra», «Revista de Derecho Privado» Año XXXI, n.º 358, enero 1947, p. 273, la quiebra se retrotrae «... al momento en que el comerciante, de hecho, ha sobreseído en el cumplimiento de sus obligaciones»; igualmente para FRANCISCO RIVES Y MARTÍ, «Teoría y Práctica de Actuaciones Judiciales en Materia de Concurso de Acreedores y Quiebras», Tomo Segundo, Tercera Edición, «Instituto Editorial Reus», Madrid, 1954, p. 312; para LUIS VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 396, la retroacción se refiere al momento en que «empezó la cesación de pagos del deudor»; JUAN DOMINGO JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción de la Quiebra según el Artículo 878 del Código de Comercio», «Revista de Derecho Mercantil» Vol. XXVI, n.º 69, julio-septiembre 1958, p. 63, con apoyo en el artículo 1.024 C. Com. de 1829; JOSÉ A. RAMÍREZ, «La Quiebra», Tomo II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, p. 343; para ANGEL ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 61, la retroacción se remite al momento de «sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones», señalando más adelante, p. 77, que la retroacción debe alcanzar la fecha de sobreseimiento, pero no la fecha de insolvencia del quebrado; ANDRÉS RECALDE CASTELLS, «Retroacción de la Quiebra y Cuenta Corriente Bancaria. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 19 de diciembre de 1991», «Revista Jurídica Española LA LEY» 1992-4, p. 221, matiza que dicha cesación en los pagos ha de ser «generalizada y ... ajena a la voluntad del deudor», de manera que, con GONDRA, se remite al momento de impotencia de pago por parte del deudor; LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ...», ... *ya cit.*, p. 208, como firme defensor de no extender la fecha de retroacción más allá de la

producido con mayor o menor anterioridad al momento en que se acude al Juez para que declare la existencia de un estado concursal de quiebra. Para salvar los perjuicios que para la masa de acreedores se pueden inferir del transcurso de ese lapso temporal, es para lo que nace la fecha de retroacción, con el fin de hacer coincidir, idealmente, como señala la doctrina con reiteración (7), la «quiebra de derecho» (declaración

cesación de pagos del deudor quebrado; Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión del Procedimiento Sumario Hipotecario y Retroacción de la Quiebra. (Comentario al Auto de la A.P. de Barcelona de 22 de diciembre de 1989)», «LA LLEI 1991-I, p. 462, funde insolvencia y sobreseimiento al defender que la retroacción lleva la declaración de quiebra al «... inicio del sobreseimiento genérico y definitivo del pago de las obligaciones por parte del deudor, que acreditan un estado de insolvencia»; con cita de Jurisprudencia del Tribunal Supremo —Sentencias de 3 de marzo de 1874, 15 de noviembre de 1928, 9 de junio de 1932, 16 de febrero de 1933 (Aranzadi 1933/1495), 5 de abril de 1933 (Aranzadi 1933/1602); añadir, también clásica, la Sentencia de 27 de febrero de 1965 (Aranzadi 1965/1151)—. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca y Retroacción de la Quiebra», «Hipoteca y Seguridad Jurídica», «Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España», Madrid, 1991, pp. 249-250. En la Jurisprudencia reciente, podemos citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1986/332), donde se puede apreciar la importancia de la práctica de las pruebas periciales contables para determinar la fecha del sobreseimiento general en los pagos, (así como en la misma) y en la que se recoge el criterio de hecho de un caso concreto resuelto por el Juzgador de instancia, en el sentido de estimar existente la cesación de pagos porque «...a partir del mes de junio de 1977 la sociedad quebrada no pagó ni renovó ninguna de sus obligaciones, y que en el mes de mayo anterior únicamente abonó un cinco por ciento del total de sus obligaciones y renovó deudas por un veinte por ciento del total ...»; de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López, Aranzadi 1988/2.210) —que cita y sigue la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 30 de abril de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez; «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 984-986)—, al respecto de una hipoteca de máximo constituida entre un grupo de Bancos y el quebrado, que no recibió cantidad alguna, pues existían deudas con los mismos, anteriores, pretendiendo sustraer el bien hipotecado de la masa de la quiebra.

Por su parte, también con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1990, la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de junio de 1994 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a José Pueyo Mateo; Inédita), consideró que era suficiente a los fines de fijar la fecha de retroacción en la de sobreseimiento generalizado, que no total, del cumplimiento de sus obligaciones, aquélla en la que la quebrada era deudora de gran parte de los Bancos existentes en la capital de su domicilio y hubiese dejado de cumplir sus obligaciones tributarias, sin que obsten a ello los pagos hechos a sus trabajadores, agua, luz y teléfono, así como de los intereses generados por los préstamos bancarios suscritos y algunas de sus cuentas bancarias presentasen un saldo acreedor.

(7) Así se pronuncia, por ejemplo, José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, p. 342, quien considera como sinónimos las expresiones «estado de quiebra» y «quiebra de hecho», de un lado, y «declaración de quiebra» y «quiebra de derecho» de otro, para más adelante, p. 344, Nota (171) recoger la doctrina que señala como objetivo de la retroacción el conseguir que la «masa de hecho» o «masa que hay» se transforme en la «masa de derecho» o «masa que debe haber», buscando así, p. 347, que a partir de la quiebra de hecho anterior a la quiebra de derecho rija ya entre los acreedores el principio de la *par conditio creditorum*; sobre la distinción entre «declaración de quiebra»

judicial de estado de quiebra) con la «quiebra de hecho» (la situación fáctica de quiebra), para de esa forma evitar que los comerciantes en una situación económica angustiosa puedan realizar actos de administración y disposición de su patrimonio, de los que se aprovechen terceros (fueran o no ya acreedores de dicho comerciante), en perjuicio de la masa de acreedores y en lesión del principio de *par conditio creditorum*, que regirá durante el estado legal de quiebra y a cuya satisfacción está destinado este procedimiento concursal; se trata, en suma, como señala JUSTE IRIBARREN (8), de hacer coincidir la «quiebra jurídica» con la «quiebra económica». Conviene dejar reseñado, como indica Angel ROJO (9), que el legislador no se contenta sólo con reconstruir el patrimonio del quebrado al tiempo de la cesación de pagos a través de la retroacción, sino que también se reconstruye dicho patrimonio al momento anterior de la insolvencia e incluso al momento aún anterior a la misma cuando resulta inminente, lo que se consigue a través de las acciones de reintegración en sentido estricto, reguladas en nuestro ordenamiento en los artículos 879 a 882 C. Com., expandiéndose por la Jurisprudencia la retroacción también hacia «... no sólo los actos que sean jurídicamente expresión directa de un sobreseimiento general en el cumplimiento de sus obligaciones, sino aquellos otros

y «quiebra» Vid. Miguel JUSTE IRIBARREN, «En Torno ...», ... ya *cit.*, pp. 71-72; Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... ya *cit.*, p. 556, con apoyo en la doctrina italiana, SAIITA, AZZOLINA y PROVINCIALI, que por este objetivo de la quiebra considera que la figura de la retroacción es necesaria; Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 37 y ss., quien hace un completo estudio de la evolución del Derecho Comparado en Italia, Francia y Alemania en materia de reintegración de la quiebra, analiza la *relation back* del derecho anglosajón, así como la evolución de nuestro Derecho hasta llegar al sistema vigente —en el ámbito del Derecho Comparado, un estudio del nuevo Derecho Concursal portugués, que no conoce de la existencia de retroacción de la quiebra, sino que busca que determinados bienes o derechos reviertan a la masa de la quiebra, adquiriendo el tercero, en su caso, el derecho a que su valor sea considerado como crédito común, puede verse en Vicente GOZALO LÓPEZ, «La Nueva Ley Concursal Portuguesa», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 208, abril-junio 1993, especialmente pp. 624-625—; Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8695. Anteriormente, en la misma línea aunque con expresión diferente, para Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ya *cit.*, p. 83, con la retroacción se trata de «equiparar la masa legal a la masa de hecho».

(8) Vid. Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas sobre la Retroacción de la Quiebra», «Actualidad Civil» 1987-1, p. 1121, siendo este artículo doctrinal práctica reproducción del publicado con el título de «En Torno a la Retroacción de la Quiebra», «Revista de Derecho Procesal» 1958, n.º 1, pp. 69 y ss., por razones de proximidad en el tiempo y más fácil localización, nos referiremos a las citas del artículo publicado en «Actualidad Civil».

(9) Vid. Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, p. 39. Para Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, p. 60, se trata con esta norma de «... favorecer al mayor número posible de personas perjudicadas por la quiebra ...».

Dado que estamos ante una reconstrucción de patrimonio la retroacción no incide sobre los actos del quebrado sin contenido patrimonial, como se declara en la Sentencia de 16 de abril de 1994 («Revista General del Derecho» n.º 601-602, octubre-noviembre 194, pp. 11.441-11.443), a propósito de un bien adquirido mediante contrato de renta vitalicia con condición resolutoria.

cuyas características pongan de manifiesto el estado patrimonial de insuficiencia que había de provocarla, revelado a través de concretos actos patrimoniales del deudor tendentes a burlar el principio de la *par conditio creditorum* realizados, unas veces de mala fe o con simple aprovechamiento desigual de los acreedores, esto es, comprometiendo el común interés de los acreedores mediante la sustracción anticipada, en beneficio de alguno de parte de los bienes que debieran estar presentes en la masa que ha de servir de garantía común. ...» (10).

De esta forma, como indica RAMÍREZ (11), la finalidad de la retroacción es la de reintegrar o restituir a la masa activa de la quiebra los bienes que salieron de la misma en virtud de actos de administración o disposición anteriores a la declaración judicial de quiebra pero posteriores a la quiebra de hecho, de manera que a mayor nivel de ineficacia mayor reintegración se producirá en beneficio de los acreedores del quebrado, que contarán, así, con un mayor volumen de bienes a realizar para satisfacer sus créditos. Por su parte, Antonio SOTILLO NAVARRO (12),

(10) *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1990/712), con amplia síntesis de doctrina jurisprudencial, que sigue la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 30 de abril de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez; «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 984-986). En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1990/5774) tomó como fecha de retroacción «... el día ..., de escritura de adjudicación a la esposa del quebrado, por acuerdo de ambos cónyuges, de dos valiosas fincas con el fin, dice el juzgador de instancia, de colocarlas fuera del alcance de los que acreedores cuyos créditos eran, en aquella fecha, superiores al activo, particular circunstancia cronológica aquella, que añadida a la ausencia de su domicilio del comerciante «en ese día o poco después», colocándose en paradero, todavía, desconocido ... suministra datos cuya concurrencia justifica la retroacción a aquella fecha en que se produjeron actos y concretos actos de disposición patrimonial en perjuicio de acreedores ...».

(11) *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, pp. 350-351, donde se puede apreciar que prácticamente la misma es la conclusión a la que llegan RODRÍGUEZ y GARRIGUES, buscando la expansión de los bienes a ocupar en la quiebra, de modo que éstos no sólo sean los que están en poder del quebrado al tiempo de la declaración de quiebra (la «masa que hay», para GARRIGUES), sino también a aquellos bienes que salieron antes de esa declaración del patrimonio del quebrado en virtud de actos ineficaces («la masa que debe haber», para GARRIGUES). En este mismo sentido *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1961 (Aranzadi 1961/2336).

(12) *Vid.* Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... ya *cit.*, pp. 551-552. Anteriormente, para Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario a la Jurisprudencia Concursal del Tribunal Supremo del año 1958», «Revista Jurídica de Cataluña», año LVIII, n.º 1, enero-febrero 1959, p. 193, consideró como razón y fundamento de la retroacción el principio de responsabilidad patrimonial universal del quebrado consagrado en el artículo 1911 CC. En este sentido, por citar una de las resoluciones más recientes, la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller, «Aranzadi Civil» 1993/2193), con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1961 (Aranzadi 1961/2336) y 22 de febrero de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963 n.º 177, pp. 503-522), fija como finalidad de la retroacción

defendió que la finalidad de la retroacción era dotar de efectividad al artículo 1911 CC, sancionador de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y cómo no, del deudor quebrado. Todavía hay otros autores, que cita IBARRA FRANCO (13), para los que el fundamento de la retroacción se encuentra en la presunción de fraude de los actos realizados *proximum tempus decoctionis* por el luego declarado quebrado o en la incapacidad del quebrado, si bien el mismo concluye adhiriéndose a la tesis de fundamentar la retroacción en que el patrimonio del quebrado vuelva al estado que tenía cuando se produjo el hecho de la insolvencia del quebrado.

Es fácil comprender, pues, que cuanto más amplias sean las posibilidades de privar de eficacia a los actos de administración y disposición del quebrado antes de su declaración judicial en estado de quiebra, y cuanto mayor sea la extensión que se dé a dicha ineficacia (máxime si se llega a proclamar la nulidad absoluta e incondicionada de tales actos), mayor será la inseguridad que se creará en el tráfico jurídico, y de ahí que la retroacción suponga la tensión entre los principios de protección de los acreedores y de la seguridad del tráfico (14),

«... impedir las perniciosas consecuencias que en los derechos de los legítimos acreedores pueda ocasionar una anómala actuación aislada de alguno de éstos, en connivencia o no con el quebrado, en su beneficio exclusivo y en perjuicio de la masa, con anterioridad al pronunciamiento del órgano jurisdiccional declarativo del estado de quiebra, evitando ... que se coloquen en situación privilegiada acreedores que no lo estaban o que satisfagan obligaciones anticipadamente, substrayendo de la masa de la quiebra bienes cuyo destino es el justo proporcional cumplimiento de las obligaciones del quebrado dentro de las posibilidades que permita su activo».

Con cita expresa de las referidas Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1961 y 22 de febrero de 1963, y reproduciendo su doctrina, Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de junio de 1994.

(13) Vid. MARTÍN IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 43-57.

Señala el Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; «Aranzadi Civil» 1994/1.043), los inconvenientes que presenta fundar la retroacción en la incapacidad del quebrado, «“...lo que: a) si por un lado singulariza nuestro ordenamiento frente a los demás de nuestro entorno —fundados en el fraude o en el perjuicio y no en la “capacidad” del quebrado—; b) por otro colisiona con la regla que en nuestro ordenamiento jurídico anuda a dicho vicio genético la anulabilidad —no la nulidad—; c) no aparece prevista en el artículo 200 CC; y d) carece de apoyo —normativo— nuestro ordenamiento no prevé la declaración de incapacidad con carácter retroactivo y *lege data* la inhabilitación para la administración de sus bienes que provoca la declaración de quiebra, a tenor del primer párrafo del artículo 878 del Código de Comercio, tan sólo es a partir de dicha declaración (“declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado ...”)...”».

(14) Vid. TOMÁS OGAYAR Y AYLON, «Fijación de la Fecha de Retroacción de los Efectos de la Declaración de Quiebras», «Revista de Derecho Procesal» 1958, p. 676, quien además recuerda la clásica frase que pone bien a las claras de manifiesto la importancia de la retroacción al decir que «a la quiebra la salva la retroacción». Por contra, para LUIS VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 412, la retroacción de la quiebra es un «pavoroso problema» que constituye uno «los impedimentos para que el procedimiento universal de quiebra cumpla su auténtica finalidad» Para ROJO, «Introducción ...», la retroacción busca el equilibrio entre dos intereses contrapuestos: «Interés de la masa o interés a una reintegración máxima. Interés del tráfico o interés en que la perturbación sea mínima», sentido que recoge ANDRÉS RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 220.

con primacía para el primero de ellos (15), o como decía Luis VACAS MEDINA (16) entre el interés general de la contratación y el interés particular de los acreedores del quebrado, indicando con mayor detalle Juan Domingo JIMENEZ DE ESCARZAGA (17) la existencia de tensión en la retroacción de los siguientes intereses contrapuestos del deudor (éstos, a nuestro juicio, secundarios), de los acreedores (que buscarán la máxima extensión de la retroacción y los efectos más rigurosos de la misma), de los terceros que contrataron con el quebrado (que tratarán de reducir el período de retroacción y sus efectos) y de los subadquirentes (cuyos objetivos coinciden, y se acentúan incluso, con respecto a los de los adquirentes). Es fácil comprender que a mayor duración del período de retroacción mayores problemas surgirán para el tráfico y los terceros en general, debiendo recordar que en nuestro ordenamiento no se contiene límite temporal alguno máximo para la fijación de la fecha de retroacción (18); en contra, Eduardo

(15) Así señala José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 349, siguiendo a NAVARRINI, cómo la retroacción supone la prevalencia del «derecho de los acreedores, para el cobro de sus créditos, sobre el patrimonio del deudor, a los derechos que, de acuerdo con el propio deudor, hubieran adquirido sobre tales bienes los terceros», palabras que, por ejemplo, son tomadas literalmente por la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. Fuentes Bertolín, «LA LEY» 1990-2, 12.845-R). Para SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... *ya cit.*, p. 557, es preferible la protección que da a los acreedores la retroacción, que la cierta inseguridad en el tráfico jurídico que la misma introduce.

(16) Con base en esa lucha de intereses ya propugnaba el propio Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones sobre el Juicio Universal de Quiebra», «Revista de Derecho Procesal» 1955, n.º 3, julio-agosto, septiembre, pp. 410-411, la necesidad de suprimir la retroacción en una necesaria reforma de nuestro Derecho de quiebras, de manera que la protección de los acreedores y del tráfico se lograría por dos vías:

a) De los acreedores a través del establecimiento de acciones impugnatorias, ejercitables a través de procedimientos judiciales ágiles y sencillos y autorizados por el Juez, «... de todos los actos sospechosos del quebrado, anteriores a su declaración, próximos o lejanos a ella, pero siempre calificados por una anomalía contractual —en el precio, en la garantía, en el plazo, en el modo, en la condición, etc ...—, por un vencimiento anticipado, por una simulación o por un fraude cuya presunción debe ampliarse en estos casos, para invertir la carga de la prueba en favor de los Síndicos ...».

b) Del interés general de la contratación, a través del establecimiento de una mayor publicidad de la declaración de quiebra, propugnando VACAS MEDINA su publicación en los diarios de mayor circulación de la Nación o de una región determinada y en la Radio Nacional o regional correspondiente.

(17) *Vid.* Juan Domingo JIMENEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 47.

(18) Es una situación similar a la que se daba en Francia durante la vigencia del Código de Comercio napoleónico de 1807, donde señala Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 48, que se dieron casos de catorce y veinte años de retroacción, destacando más adelante el propio profesor ROJO, p. 76, que en nuestra práctica se dan casos de retroacciones de hasta seis y siete años. Queda, pues, como dijo Francisco RIVES Y MARTI, «Teoría ...» ... *ya cit.*, p. 312, «... a la prudencia de los Tribunales el fijar la época en que ha de empezar a producir sus efectos ...». En la práctica más

AYA ONSALO (19), con una novedosa tesis que no ha tenido seguimiento ni en el resto de la doctrina ni en la práctica, estima que la fecha máxima de retroacción es de TRES DIAS antes de la declaración de quiebra. En la doctrina más reciente, José Manuel GARCIA GARCIA (20), considera que habrá que buscar una interpretación de la retroacción que garantice la seguridad jurídica, consagrada como principio constitucional en el artículo 9.3 de la Constitución y respecto de cuya posible colisión con la retroacción la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno, Aranzadi 1985/1198) declaró que el artículo 878.2 C. Com. estaba «próximo a la inconstitucionalidad», después de reconocer que tal precepto produce inseguridad jurídica, en lo que insistió también la Sentencia de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1988/2.210). Esta última posición de GARCIA GARCIA supone que, en último término y por imperativo constitucional, en la tensión anterior habría de triunfar la seguridad jurídica frente al interés de la masa de acreedores.

Como ya señalaba RIVES Y MARTI (21), conviene no olvidar que esa búsqueda de la protección de los acreedores a través de la retroacción puede volverse en su contra, ya que se puede acelerar o provocar

reciente, y como buena muestra de la enorme relevancia que sigue teniendo la retroacción de la quiebra, podemos citar un período de retroacción de más de TRECE AÑOS establecido en la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de julio de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo, «Revista General del Derecho» n.º 592-593, enero-febrero 1994), que fijó un período de retroacción desde el 3 de abril de 1978 hasta el 28 de junio de 1991.

Otro ejemplo en el que se intentó un período de retroacción extensísimo, aun cuando no triunfó por causa de falta de prueba, fue el pretendido por la Sindicatura de la quiebra al recurrir un auto de declaración de quiebra de 13 de febrero de 1993, que había establecido una retroacción al día 1 de enero de 1992, para pretender que la fecha de retroacción lo fuese nada menos que el día 1 de enero de 1980, también más de TRECE AÑOS atrás; *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de junio de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Sanz Pérez; «Aranzadi Civil» 1995/978).

(19) *Vid.* Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones sobre la Retroacción Absoluta de la Quiebra», «Derecho de los Negocios», año 3, n.º 20, p. 24, quien alcanza tal conclusión, no seguida en la doctrina ni Jurisprudencia, sobre la base del artículo 1.017 C. Com. de 1829, considerando que «... cuando el legislador se ha referido a la fecha de retroacción estaba pensando en una fecha dentro de los tres días de que dispone el comerciante para solicitar su quiebra ...», buscando así, además, conciliar el artículo 878 con los artículos 879 a 882 C. Com. y el cómputo de sus diversos plazos.

(20) *Vid.* José Manuel GARCIA GARCIA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, p. 1362, con referencia, además, a nuestro ingreso en las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea, y pp. 1364-1365. Analizamos en este mismo estudio, en un apartado independiente, las tensiones que se han apreciado doctrinalmente entre la retroacción de la quiebra y nuestra Constitución de 1978.

(21) *Vid.* Francisco RIVES Y MARTÍ, «Teoría ...», ... *ya cit.*, p. 311. Así lo pone también de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de junio de 1982 («Revista General del Derecho» n.º 462, marzo 1983, pp. 434-435), considerando que ello supondría *summum jus, summa injuria*.

la situación de quiebra de un comerciante en apuros respecto del que se separarán todos los posibles prestamistas que, bien es cierto que con beneficio para ellos, pudieran permitir al quebrado de hecho salir de tal situación con recursos ajenos, puesto que tales prestamistas, posibles afectados por la retroacción, querrán correr los menores riesgos posibles y no concertarán tales préstamos.

Destacar, por último, otra importante relevancia que tiene la fecha de la retroacción, pues al coincidir la misma con la cesación de pagos es tal fecha la que se debe tomar en consideración para analizar la condición o no de comerciante del quebrado, a los efectos de someter al deudor ya a un concurso de acreedores ya a una quiebra, pues como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1990 (22) lo relevante es «... la condición de comerciante ... en la época a que se refiere el sobreseimiento en el cumplimiento de sus obligaciones, no siendo óbice para la declaración de quiebra el que el quebrado ostente esa condición en el momento de dictarse el Auto por haberse cesado en el ejercicio del comercio, si está probado que lo ejercía al tiempo en que sobreseyó pagos —Sentencia de 12 de julio de 1940 (Aranzadi 1940/705)—».

Dentro de la doctrina se utilizan los conceptos de retroacción y reintegración de la quiebra, que deben ser deslindados convenientemente para evitar su confusión. Así, la retroacción hace referencia a la fecha que se debe fijar judicialmente, ya veremos cuándo y cómo, y que hace entrar en aplicación el discutidísimo artículo 878.2 C. Com. de 1885, y al período que media entre dicha fecha y la de la declaración judicial de estado de quiebra —período de retroacción—, en tanto que la reintegración hace mención a una serie de períodos anteriores a la fecha de retroacción (en conjunto se habla de la existencia de un «período sospechoso»), en los que son de aplicación los artículos 879 a 882 del C. Com. de 1885 y que aquí no vamos a tratar. En similar sentido, se dice por José Manuel FINEZ RATON (23), que la retroacción forma parte del sistema de reintegración de la masa de la quiebra, constituyéndose en su núcleo, mientras que por José MASSAGUER FUENTES (24) se entiende que la retroacción es uno de los posibles mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para realizar la reintegración de la masa de la quiebra, manteniendo así un concepto amplio de reintegración en el que se inserta la retroacción, por nuestra parte somos partidarios de que con ánimo de deslindar claramente, al menos de forma conceptual, reintegración y retroacción se mantenga la separación entre ambos con la fecha de retroacción como hito temporal delimitador.

(22) Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Aranzadi 1990/1686.

(23) Vid. José Manuel FINEZ RATÓN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 28, enero-marzo 1992, p. 169.

(24) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 35.

Se sigue pues, en nuestro ordenamiento jurídico un sistema mixto (25), pues mientras que es el Juez el que fija la fecha de retroacción, que no está sujeta a límite temporal alguno, las acciones de reintegración de la masa de la quiebra en el período sospechoso están determinadas temporalmente de forma concreta por la Ley en los citados artículos 879 a 882 C. Com., donde se establecen los períodos de tiempo a los que afectan cada una de ellas, contando tales períodos de tiempo desde la fecha de retroacción hacia atrás, de acuerdo con la doctrina mayoritaria (26).

(25) Como dice José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 355-356, es un sistema mixto al ser judicial (el Juez fija la fecha de retroacción, conforme al artículo 1.034 C. Com. de 1829) y legal a la vez (los plazos en los que deben haberse realizado los actos afectados por la reintegración se determinan legalmente en los artículos 879 a 882 C. Com. de 1885), así como se combina la nulidad de los actos en período de retroacción con la impugnabilidad de los actos de ciertos períodos anteriores a la retroacción, tal y como ya había dicho la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1944 (Aranzadi 1944/675). Más *in extenso* sobre los sistemas de retroacción, *Vid.* Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 32-41, con especial atención al sistema francés por su incidencia en el español. Para Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 53, el carácter mixto del sistema viene dado porque «al período de retroacción precede el período sospechoso», siendo el primero único pero variable y el segundo plural pero invariable; para SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8696, también estamos ante un sistema mixto, por las mismas razones ya expuestas, denominando también al «período sospechoso» como de «retroacción relativa», frente al «período de retroacción absoluta», a nuestro juicio, retroacción en sentido estricto.

(26) Sobre la prevalencia y admisión generalizada del inicio del cómputo de los períodos sospechosos hacia atrás desde la fecha de retroacción, *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ..., *ya cit.*, pp. 392-403, destacando cómo nos encontramos ante una construcción jurisprudencial que supera la literalidad de los artículos 878 a 882 C. Com., dado que el legislador solamente pensó en la existencia de dos períodos: el posterior a la retroacción, donde se aplicarían los artículos 879 a 882 C. Com. y el posterior a la declaración judicial de quiebra; por contra, en la práctica se vienen admitiendo tres períodos: el sospechoso, que abarca un mínimo de DIEZ DIAS (artículo 881.5 C. Com.) y un máximo de DOS AÑOS antes de la fecha de retroacción (artículo 882 C. Com.), el de retroacción, sin límite temporal legal alguno y el posterior a la declaración de quiebra; Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, pp. 94-95, con cita, como punto de arranque, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909 —por citar alguna Sentencia de la «Jurisprudencia Menor» en la que se hace un detallado estudio de nuestro sistema mixto de retroacción, *Vid.* la de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de diciembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285)—; Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 59-61, que justifica el cómputo de los períodos sospechosos a partir de la retroacción por el error de traducción del C. Com. francés de 1807 por parte de SÁINZ DE ANDINO, que no tomó en cuenta que tal Código contaba los plazos para las acciones de impugnación no desde la declaración judicial de quiebra hacia atrás, sino desde el momento anterior de la apertura de la quiebra (nuestra retroacción), más adelante, p. 63, señala que «los distintos plazos de impugnación recogidos en los artículos 879 a 882 C. de c. son demasiado exiguos para asegurar una efectiva reintegración de la masa y para asegurar una adecuada tutela de los acreedores»; Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 220; José Manuel FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 169-170; M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 252-253, que pese a mantener esta misma doctrina, manifiesta sus dudas respecto del razonamiento antes referido de ROJO, pues considera que «... no

Podemos, en fin, tomar como definición clásica de retroacción la propuesta por RAMÍREZ (27), para quien «Retroacción, pues, de la quiebra no es otra cosa que llevar sus efectos hacia el pasado. Hacer que los efectos de la declaración judicial de quiebra se produzcan, no desde su fecha, sino desde una época anterior». Pero a nuestro juicio esta definición debe hoy ser corregida, pasados ya más de cien años de vigencia de una regulación compleja y anticuada, pues la retroacción solamente debiera tender a proteger a los acreedores del quebrado, evitando el fraude a los mismos y su perjuicio, pero respetando a la vez los derechos del quebrado y de los terceros nacidos legítimamente antes de la declaración judicial de la quiebra, y a esa interpretación se puede llegar incluso con el sistema normativo vigente, partiendo tanto de una interpretación sistemática de las diversas disposiciones en juego, como de una interpretación más acorde con el estado actual de la realidad social, caracterizada por la contratación en masa de los comerciantes y la expansión de la financiación externa de las empresas, algo para lo que nos faculta el artículo 3.1 CC, y que exponemos en este trabajo.

es muy razonable pensar que un error de tal magnitud (el error de traducción citado) pasara desapercibido cincuenta años después (de nuevo en el C. Com. de 1885) y volviera a repetirse en los nuevos textos, máxime cuando el mismo precedente Napoleónico había sido modificado ya en virtud de la Ley de 28 de mayo de 1838, por causa de los enormes trastornos producidos con la abusiva fijación de la fecha de retroacción»; Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8698; en la «Jurisprudencia Menor» es muy gráfica la expresión de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 («Revista General del Derecho» n.º 444, septiembre 1981, pp. 1173-1174), que califica la fecha de retroacción como «fecha vértice» que sirve para contar hacia atrás los plazos del período sospechoso y hacia adelante el período de retroacción. La postura contraria, hoy superada, de tomar la fecha de retroacción como hito temporal dentro del que habrían de tener juego los artículos 879 a 882, puede verse en VICENTE Y GELLA y su discípulo Martín IBARRA FRANCO («La Retroacción ...» ... *ya cit.*, especialmente, p. 84), —citados por Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 62, Nota (9)— y Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las Acciones Judiciales ...», ... *ya cit.*, p. 698, si bien este último reconociendo ya que la misma se encontraba contradicha por la doctrina del Tribunal Supremo. Aun existe una tercera posición mantenida solamente, que sepamos, por Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, pp. 1127-1130 y 1136, para la que el cómputo de los plazos de los artículos 879 a 882 C. Com. habrá de hacerse desde la declaración de quiebra cuando así expresamente se dice en los mismos (artículos 879, 881.1.º, 2.º y 5.º, 883 y 884), mientras que deberá contarse desde la fecha de retroacción cuando el precepto se refiere simplemente a «quiebra» (artículos 880, 881.3.º y 4.º, y 882). Finalmente, como cuarta tesis, que tampoco conocemos haya tenido más seguidores, podemos referir la ya antes citada de AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 24, al defender que el plazo máximo para la retroacción es el de TRES DÍAS antes de la quiebra, computándose los plazos de los artículos 879 a 882 C. Com. desde la fecha de la declaración de quiebra.

(27) *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 346. Más completa es la definición de Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción Absoluta ...», ... *ya cit.*, p. 29: «El remedio técnico creado por la Ley para hacer llevar los efectos de la quiebra a un tiempo anterior, con objeto de conseguir la revocación de determinados actos realizados por el quebrado antes de su declaración, y con la finalidad de lograr la reconstrucción de su patrimonio».

Ya para concluir con este apartado, indicar que hablaremos de «acciones de retroacción» para referirnos a aquellas acciones que tienen por objeto llevar a la práctica el artículo 878.2 C. Com., desechando la utilización de la expresión «acciones revocatorias concursales», porque, además de suponer una toma de posición anticipada sobre la naturaleza de la retroacción, tienden a confundirse con las «acciones de reintegración» fundadas en los artículos 879 a 882 C. Com. De esta manera consideramos que se ayuda, también en sede de conceptos, a clarificar la separación entre retroacción y reintegración y se deja para más adelante el análisis de la verdadera naturaleza jurídica de la retroacción.

III. LA FIJACION DE LA FECHA DE RETROACCION Y SU MODIFICACION

Dado que, como ya dijimos, nuestro sistema de retroacción es judicial y mixto, la determinación de la fecha de retroacción es competencia del Juez que conoce de la quiebra. Ni en el texto del C. Com. de 1885, ni en la LEC de 1881 se contiene referencia alguna expresa a la determinación de la fecha de la retroacción (28), por lo que tanto la doctrina como la Jurisprudencia mayoritarias acuden a la aplicación del artículo 1.024 C. Com. de 1829, que estiman vigente (29), y que

(28) En este sentido dice Tomás OGAYAR Y AYLLON, «Fijación de la fecha ...», ... ya *cit.*, p. 690, que la fijación de la fecha de retroacción «... está ayuna de toda reglamentación procesal, originando verdaderos problemas, algunos pavorosos, de intrincada y difícil solución».

(29) Contrario a la vigencia del artículo 1.024 C. Com. de 1829, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1930 (Aranzadi 1930/702), fue Tomás OGAYAR Y AYLLON, «Fijación ...», ... ya *cit.*, p. 679; en la «Jurisprudencia Menor» también se considera derogado el artículo 1.024 C. Com. de 1829 por el artículo 878 C. Com. de 1885 en la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de diciembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285); anteriormente, *Vid.* síntesis sobre las posiciones enfrentadas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales que hace Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Baleares de 6 de julio de 1982», «Revista General del Derecho» n.º 4627 marzo 1983, p. 418. Por su parte, con análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, defendía ya la vigencia del citado precepto José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, pp. 358-360, destacando el carácter procesal del mismo y la remisión que se contiene en el artículo 1.319 LEC; puede verse una síntesis, más reciente, de la doctrina jurisprudencial partidaria de la vigencia de dicho precepto en Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.* p. 74, Nota (34), después de que el mismo autor, p. 62, lo diera por vigente. En el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1982/2598) —citando la naturaleza procesal del referido precepto—, de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno, Aranzadi 1985/1198) —*Vid.* su Comentario de Pedro YANES YANES, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil n.º 8, abril-agosto 1985, p. 2566, con referencia a las también favorables a la vigencia del artículo 1.024 C. Com. de 1829, de 7 de marzo de 1931

dice: «En la primera audiencia declarará el Tribunal de Comercio el estado de quiebra, fijando en la misma Providencia, con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a la que deban retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones».

Aunque el artículo 1.024 C. Com. de 1829 se refiere a la determinación de la fecha de retroacción en una Providencia, debe entenderse en un sentido lato como equivalente a resolución judicial, pues lo cierto es que tal fijación se hace judicialmente en el Auto de declaración en estado de quiebra o, en todo caso, en un Auto posterior al mismo que lo complementará (30), en los que bastará con indicar una fecha

(Aranzadi 1931/1963), 5 de abril de 1933 (Aranzadi 1933/1602), y 13 de febrero de 1960 (Aranzadi 1960/478)—. Posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) y el Comentario favorable a la misma de Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, ... ya *cit.*, pp. 202-204. En el mismo sentido, M.^{ca} Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, p. 249; Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, pp. 8696-8697. Recientemente, para proclamar el carácter provisional de la fecha de retroacción y sin perjuicio de terceros, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1990/5774) y la Resolución DGRN de 1 de junio de 1993 (Aranzadi 1993/4979) reiterada luego en las de 2, 3, 4, 5 y 7 de junio de 1993.

En la «Jurisprudencia Menor» reiteran la vigencia del artículo 1.024 C. Com. de 1829 la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de junio de 1994 y el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 27 de marzo de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. De la Torre Aparicio; «Actualidad Civil» 1995/1582), que basa en tal precepto la modificación de la fecha de retroacción que lleva a la fecha de la realización «...de un acto anterior realizado en fraude de acreedores y alterador de la *pars conditio creditorum* ...», consistente en la «... venta de una finca compuesta de solar y diversas edificaciones por la entidad quebrada en fecha 7 de septiembre de 1990, ... acto que determinó el aprovechamiento patrimonial de algunos acreedores en perjuicio de la totalidad de éstos, sustrayendo de la masa de la quiebra importantes bienes ... cuyo destino ha de ser justo y proporcional cumplimiento de las obligaciones del quebrado sin otra preferencia que aquella que la Ley reconozca expresamente».

(30) Así, José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, pp. 360-361 y 365-367, considera que si hubiera existido un descuido del Juez al no fijar en el Auto de declaración de quiebra la fecha de retroacción, cuando el mismo lo advirtiese de *motu proprio*, o requerido por los acreedores o por el propio quebrado, podrá dictar posteriormente un Auto complementario —*Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (Aranzadi 1960/478)—. Para Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 401, la forma de Auto viene dada por la aplicación del artículo 369 LEC y el mismo puede dictarse ya a instancia de la Sindicatura de la quiebra «... cuando ya ésta tiene un conocimiento más completo y efectivo de la verdadera situación de la quiebra, que debe demostrar al Juez, o incluso de oficio, si éste recaba con tal fin los informes que estime convenientes al Comisario, a la propia Sindicatura o a peritos especialmente designados, conforme a una interpretación analógica del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento, para dictar en esta forma aquella continuación de su auto declaratorio», siendo partidario este autor de la necesidad de que siempre se dicte dicho Auto, pues en pp. 399-400 defiende que «salvo en algunos casos rarísimos en que se conozca que el comerciante ha suspendido los pagos, por ejemplo, por las consecuencias catastróficas de una determinada operación mercantil, en la gran mayoría de las quiebras el Juez no

determinada sin necesidad de hacer señalamiento de una hora concreta (31).

Dado que en el momento en que se pronuncia por el Juzgado el Auto de declaración de quiebra el mismo tiene un escaso conocimiento de la situación real del quebrado (debido a que sólo conocerá los datos

tendrá elementos de juicio suficientes para *in limine iudicii* determinar la fecha de la retroacción», adquiriendo tal conocimiento el Juez después de la investigación en la contabilidad del quebrado o tras la recepción de noticias sobre su negocio. Contrario a esta posición, y superado por la doctrina y jurisprudencia posteriores, lo fue Tomás OGAYAR Y AYLON, «Fijación ...», ... ya *cit.*, pp. 679-681, partidario de que la fecha de retroacción siempre hubiese de establecerse en un Auto posterior al de declaración de la quiebra, a instancia de la Sindicatura de la quiebra y una vez que ésta proporcionase al Juez los datos necesarios para el conocimiento de la situación de sobreseimiento general de pagos del quebrado; es de hacer notar que dicho autor, p. 680, ya era consciente de que no era su teoría la seguida hasta ese momento ni por los tratadistas ni por el Tribunal Supremo. Por su parte, sin más argumentación, BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, p. 1301, señala que la fecha de retroacción se fijará «... por medio de Providencia», con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963). En la Jurisprudencia más reciente, —Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 «Revista General del Derecho» n.º 544, septiembre 1981, pp. 1173-1174), Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1987 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez, Aranzadi 1987/6049)— se interpreta la provisionalidad de la fecha de retroacción sólo en el sentido de que la misma puede ser modificada, pero sin que se exija que se dicte una resolución posterior que fije la fecha definitiva —cita literal de la última Sentencia se hace en el Auto de la Sección 13.⁴ de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de febrero de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 537, junio 1989, pp. 4061-4063)—; en el mismo sentido las de 19 de octubre de 1987 (Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade; Aranzadi 1987/7295), 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. Ramón López Vilas; Aranzadi 1990/5794) —esta última es citada, junto con la de 17 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/2.210), por la de la Audiencia Provincial de Alava de 2 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Medrano Durán; «Aranzadi Civil» 1993/2.455); completa síntesis de jurisprudencia contiene la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan R. Berdugo y Gómez de la Torre; «Aranzadi Civil» 1993/2.552) que además destaca la producción de efectos de esa fecha provisional de retroacción en tanto la misma no sea modificada—. Sobre el carácter imprescindible de la fijación de la fecha de retroacción (con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1933 y 19 de febrero de 1935), y la posibilidad de fijar la misma en un Auto complementario al de declaración de quiebra, *Vid.* Auto de la Sección 13.⁴ de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 1991 (Ponente: Ilmo. Sra. D. Isabel Carriedo Mompín; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8926-8928).

(31) Para Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 401, también puede fijarse la hora, aunque a nuestro juicio la relevancia de la hora de la retroacción es prácticamente nula, porque en la inmensa mayoría de los actos de administración y disposición no consta la hora de su realización; su relevancia podría quedar limitada a las inscripciones registrales respecto de las que sí consta la hora de entrada de su asiento de presentación, siempre que se tomase como dato decisivo el de su presentación registral y no el de la *fehaciencia de realización del propio acto de administración o disposición acreditada a través de cualquier otro medio de prueba, fundamentalmente su documentación en Escritura Pública.*

parciales, proporcionados ya por el propio quebrado ya por el acreedor instante de la quiebra, a través de sus respectivos escritos de solicitud de quiebra y documentación acompañada, que implican una visión unilateral y fragmentaria de la situación económica real del quebrado) es por lo que la declaración de la fecha de retroacción se hace con carácter provisional —la «calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero», a que se refiere el artículo 1.204 C. Com. de 1829, que ha triunfado en los autos declaratorios del estado legal de quiebra, para que quede constancia de la posibilidad de modificación de tal fecha de retroacción— (32).

Destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (33) señaló cómo la fecha de retroacción, el día del sobreseimiento, queda incluida dentro del período de retroacción y desencadena las consecuencias de tal retroacción. Por ello, será muy importante el poder acreditar frente a la masa de acreedores que el acto de administración o disposición concreto del quebrado tuvo lugar en un día anterior a la fecha de retroacción, para lo que habrá que utilizar, con carácter general, los medios de prueba ordinarios. En casos particulares habrá que estar a los preceptos que regulan determinados actos de administración o disposición, como ocurre, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (34), a propósito de un derecho real de prenda constituido por el quebrado, donde se aplicó el artículo 1365 CC («No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de su fecha») y se tomó en consideración únicamente la fecha de otorgamiento de la escritura Pública en la que constaba tal derecho real de prenda.

(32) *Vid.* Angel ROJO, «Introducción...», ... *ya cit.*, p. 74, Nota (34).

(33) Ponente: Excmo. Sr. D. Obdulio Siboni Cuenca; Aranzadi 1960/478, que razona que de excluirse tal fecha los actos de administración y dominio efectuados en la misma serían válidos, quedando viciados los posteriores y los anteriores incursos en los artículos 879 a 882 C. Com., siendo ratificada dicha doctrina por la Sentencia de 22 de febrero de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963 n.^o 177, pp. 503-522). *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 367-371, con un estudio completo de la doctrina científica y jurisprudencial. Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 84, considera que el nuevo Auto que habrá de dictarse en la pieza tercera para concretar la fecha de retroacción, podrá serlo a instancia de la Sindicatura o de oficio por el propio Juez que conoce de la quiebra. En la «Jurisprudencia Menor» la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 («Revista General del Derecho» n.^o 444, septiembre 1981, pp. 1173-1174) funda tal posibilidad de modificación en la expresión «sin perjuicio de tercero» del artículo 1.024 C. Com. de 1829, y no en la expresión «con calidad de por ahora», algo que ya había hecho la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963).

La carga de la prueba de la nueva fecha de retroacción como fecha en la que concurrían los presupuestos necesarios para su declaración corresponde a la Sindicatura impugnante, como se encarga de destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de junio de 1995 («Aranzadi Civil» 1995/978).

(34) Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, «Tribunales de Asturias» 1993-III/1355. Respecto de la especial situación de las hipotecas haremos referencia más detallada al tratar de las relaciones entre retroacción y Registro de la Propiedad dentro de este mismo trabajo.

A propósito de la incidencia del instante en que tiene lugar el acto de administración o disposición del quebrado y la fecha de retroacción, citamos, por su complejidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1990 (35), en la que se consideró fuera del período de retroacción la compraventa cuyo pago del precio tuvo lugar dentro del período de retroacción (pago que se llevó a cabo a través del cumplimiento por la compradora de su condición de avalista de la vendedora, al saldar el importe de una deuda que ésta tenía contraída con un tercero), pero en ejercicio por la compradora de una opción de compra celebrada mucho antes de tal fecha, por lo que se estuvo a la fecha de la opción de compra y no a la del ejercicio efectivo de tal opción.

Para el caso de que el Juez haya omitido la determinación de una fecha concreta de retroacción, la doctrina ha interpretado que tal fecha coincide con la del Auto de declaración del estado de quiebra (36), tal y como ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1905 y reiteró posteriormente la de 21 de febrero de 1930 (37). Destacar que no existe obstáculo para que, teóricamente, pueda señalarse como fecha de retroacción la del propio día de declaración judicial de

(35) Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1990/7591.

(36) Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 75, quien con referencia a Tomás OGAYAR Y AYLLON, llama la atención sobre la admisión de la siguiente fórmula judicial que pone bien a las claras de manifiesto la provisionalidad de la fecha de retroacción «con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra al día en que aparezca haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones». Es una fórmula clásica, que como señalan RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 366, o Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 84 y p. 400, arranca de RIVES Y MARTÍ. De pronunciarse así el Auto de declaración de quiebra, ante la necesidad de existencia de una fecha de retroacción la consecuencia es que posteriormente, cuando se tenga un mayor conocimiento de la situación patrimonial del comerciante quebrado antes de dicha declaración judicial, deberá dictarse un nuevo Auto en el que se concrete una fecha determinada de retroacción. Así y todo fue contrario a dicha fórmula el citado José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.* pp. 366-367, por tres razones: contrariar la doctrina legal y jurisprudencial derivada de la aplicación del artículo 1.024 C. Com. de 1829; las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1905 y 21 de febrero de 1930 que cita la primera de ellas (Aranzadi 1930/702) que declararon que si el Auto de declaración de quiebra no contenía fecha de retroacción la misma se entendía que era la del propio Auto; su negativa a entender que el Juez careciese de medios al tiempo de declarar el estado de quiebra para determinar la fecha de la cesación de pagos, pues entonces también carecería de medios para declarar la quiebra. En favor de la ausencia de necesidad de fijar fecha de retroacción, Manuel BROSETA PONT, «Manual ...», ... *ya cit.*, p. 675, para quien el Juez establece la fecha de retroacción en el Auto de declaración de quiebra «si lo cree oportuno».

(37) *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 84. Completa síntesis de Sentencias en tal sentido hace Pedro YANES YANES, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985», ... *ya cit.*, pp. 2565-2566, con cita de las de 15 de junio de 1897, 15 de noviembre de 1928, 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963), 16 de febrero de 1933 (Aranzadi 1933/1495) y 25 de mayo de 1944 (Aranzadi 1944/675).

quiebra, si bien, por lo común, el comerciante no es declarado en quiebra el mismo día en que comienza el sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones (la quiebra de hecho o el estado de quiebra), que es anterior a dicha declaración y es el momento al que se debe llevar la retroacción de la quiebra (38).

El carácter provisional de la fecha de retroacción tiene como consecuencia lógica la admisión de la posibilidad de su modificación (39), modificación de la que se ha ocupado, en tiempos recientes, con sumo detalle SASTRE PAPIOL (40). Hasta tal punto llega la posibilidad de modificación de la fecha de retroacción que incluso se ha dicho que la misma puede tener lugar varias veces, declarando la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1933 que el Auto de declaración de la fecha de retroacción carece de la autoridad de cosa juzgada (41),

(38) Dice así RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 343, que «la verdad es que a toda declaración de quiebra —quiebra de derecho— precede un estado de quiebra —quiebra de hecho—. Más adelante, en pp. 362-365, hace un repaso de la doctrina científica (nacional y comparada) y jurisprudencial, para llegar a la conclusión de que la fecha de la retroacción, como dice el artículo 1.024 C. Com. de 1.829, es «el día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones», entendiéndose como tal no la insolvencia del quebrado, sino el simple sobreseimiento generalizado en los pagos, así como, siguiendo a CUZZERI y CICU, afirma que «solamente los medios ruinosos y fraudulentos usados por el comerciante para mantenerse en un crédito ficticio son admitidos por la Ley como equivalentes de la efectiva cesación de pagos ...». Por su parte, Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 402, admite la fecha de retroacción en la fecha del Auto de declaración de quiebra como supuesto límite, para el caso de que no se consiga demostrar por ningún medio de prueba que la cesación de pagos del quebrado fue anterior a tal fecha.

(39) *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 371-374, con el análisis de la doctrina y Jurisprudencia concordes en la justificación de la modificación de la retroacción por su carácter provisional. En la Jurisprudencia más reciente, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. Beltrán de Heredia y Castaño, «Revista Jurídica Española LA LEY» 1986-2, 6206), así como la de 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas, Aranzadi 1990/5794), que considera hasta aconsejable la modificación de la fecha de retroacción, propuesta temporáneamente, cuando se tenga más conocimiento de la situación del quebrado anterior a la declaración de quiebra.

(40) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, pp. 8698-8700.

(41) *Vid.* Aranzadi 1933/1602. Así lo destaca Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 85. Anteriormente, José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 374, con apoyo en la doctrina italiana (BONELLI) y francesa (RIPERT); también la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 («Revista General del Derecho» n.º 544, septiembre 1981, pp. 1173-1174), y la Sentencia de la Audiencia Territorial de Baleares de 6 de julio de 1982 («Revista General del Derecho» n.º 463, abril 1983, pp. 636-638), que también niega eficacia de cosa juzgada a la Sentencia que determina la no modificación de la fecha de retroacción fijada en el Auto de declaración de quiebra, que mantiene, pues, su estado provisional. Para Pedro YANES YANES, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 2568-2569, sí tiene eficacia de cosa juzgada en sentido material la Sentencia que ponga fin al incidente de modificación de la fecha de retroacción, mientras que el Auto de declaración de la fecha de retroacción sólo está dotado de cosa juzgada formal;

conclusión con la que no estamos de acuerdo, pues aparte de que sí gozará de tal eficacia la Sentencia recaída en el primer procedimiento que tenga por objeto la modificación de tal fecha, llegado el momento procesal, que más adelante veremos, en que no se pueden promover más modificaciones de la fecha de retroacción, la establecida en el Auto quedará firme, invariable y definitiva, en aras, además de la defensa de la seguridad jurídica de la masa de acreedores, cuya protección no debe descuidarse.

Admitida la mutabilidad de la fecha de retroacción fijada inicialmente en el Auto de declaración en estado legal de quiebra o en un Auto posterior complementario, la primera cuestión a destacar es que la discusión de la modificación de la fecha de retroacción de la quiebra no puede plantearse como «cuestión previa» dentro de cada uno de los litigios que se sigan posteriormente, ya para dar efectividad a la fecha de retroacción ya para el ejercicio de cualquiera de las acciones de reintegración a contar desde dicha fecha de retroacción (42). En contra

en el mismo sentido, Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ya *cit.*», pp. 203-204 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno, Aranzadi 1985/1198), comentada por YANES YANES, al respecto de una Sentencia que confirmaba la fecha de retroacción fijada en el Auto de declaración de quiebra, para impedir la constante reproducción de la cuestión de la fecha de retroacción ya resuelta definitivamente en la Sentencia resolutoria del incidente de modificación, en el sentido de confirmar la fecha establecida en el propio Auto de declaración de quiebra.

Recoge la doctrina de la última Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985, la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522).

(42) *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, pp. 375-376, con apoyo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963), 5 de abril de 1933 (Aranzadi 1933/1602); Tomás OGAYAR Y AYLON, «Fijación de la Fecha ...», ... ya *cit.*, p. 687, condicionando tal circunstancia a que la fecha de retroacción se hubiese ya fijado definitivamente, con autoridad de cosa juzgada que impide su discusión en un ulterior procedimiento; Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 204, al afirmar que «de lo contrario se daría la inadmisibles solución de que prevaleciendo la impugnación del Auto en el juicio singular continuaría en el universal produciendo efecto»; Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 204, que añade la cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (Aranzadi 1960/478), 22 de febrero de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963 n.º 177, pp. 503-522), y 26 de marzo de 1974 («Colección Legislativa de España» 1974 n.º 148, pp. 400-408); más tarde Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, pp. 8698-8699, adiciona las Sentencias de 16 de diciembre de 1975 (Aranzadi 1975/4457) y de 10 de noviembre de 1983 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso, (Aranzadi 1983/6074). A nuestro juicio también conduce a igual conclusión la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1990/712), al señalar que la declaración del Juzgado, en un incidente de modificación de la fecha de retroacción, de nulidad de los actos realizados por los quebrados a partir de la fecha de retroacción es una «... pura repetición ... del texto del artículo 878 del Código de Comercio, que no entraña decisión acerca de la interpretación que deba darse respecto del alcance, personalidad y procedimiento idóneo para la eficacia de la nulidad declarada». Más rotunda es la Sentencia de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1991/8406), que dice: «... no siendo posible procesalmente que ese acuerdo (el de fijación de la fecha de retroacción) pase a discutirse e impugnarse en cuantos pleitos se sostengan con la sindicatura de la quiebra ...»,

se ha manifestado M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO (43), quien considera que ante el silencio legal sobre el procedimiento de posible modificación de la fecha de retroacción, le parece más adecuado que pudiese ser en cada pleito de retroacción objeto de discusión la fecha misma, al afirmar que en cada una de tales impugnaciones «... la sindicatura ya no tenga que demostrar la situación de cesación general en los pagos pero en la que se posibilite al demandado la prueba de la inexistencia de cesación general en los pagos al tiempo en que él contratara», con lo que, a nuestro juicio, se puede caer en resoluciones contradictorias en los diferentes procedimientos judiciales singulares de retroacción, creándose aún una mayor inseguridad jurídica.

Así pues, la modificación de la fecha de retroacción debe hacerse dentro del procedimiento de la quiebra —lo que es perfectamente lógico pues quien puede tener un conocimiento más certero de la situación económica del quebrado es el Juez que conoce de su quiebra—, recogiendo SASTRE PAPIOL, sin adherirse a ninguna de ellas, dos posiciones enfrentadas en la «Jurisprudencia Menor», respecto de cuál será el momento límite para solicitar del Juez tal modificación, toda vez que nuestra legislación guarda silencio al respecto (44): hasta la celebración

lo que se reitera, con amplia síntesis de Jurisprudencia, en la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522), que admite, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 (Aranzadi 1982/2.598), la excepción de litispendencia en el Juicio ordinario seguido para hacer efectiva la retroacción cuando penda incidente de modificación de la fecha de retroacción, siempre, a nuestro juicio, que tal modificación de fecha pudiera hacer entrar o salir en el período de retroacción el acto litigioso.

(43) Vid. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, p. 251. En la práctica, aisladamente, se mantuvo en alguna ocasión la tesis expuesta de IGLESIAS, como puede verse en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 («Revista General del Derecho» n.º 544, septiembre 1981, pp. 1173-1174), que justamente remite a los juicios declarativos de retroacción la discusión sobre dicha fecha.

(44) Así lo destaca José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, p. 382., quien hace cita de las diversas posiciones doctrinales en España, pp. 384-386: para BLANCO CONSTANS, en el plazo de OCHO DIAS si es el quebrado quien trata la modificación, que es el plazo para recurrir en reposición el Auto declaratorio de la quiebra y hasta que se acabe por completo el examen y reconocimiento de los créditos si quien impugna es cualquier otro interesado, porque hasta esa fecha se pueden descubrir deudas ignoradas que den a conocer una determinada fecha como de cesación de pagos (a quien sigue YANES YANES, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 2566), para SOTILLO NAVARRO, el límite cuando actúa el Comisario es la Junta de examen y reconocimiento de créditos, si es el quebrado mantiene el plazo de los OCHO DIAS ya citado y si son otros interesados hasta que se acabe por completo el examen y reconocimiento de créditos. RAMÍREZ defiende, por su parte, frente a la fragmentaria y contradictoria Jurisprudencia con que contaba, que el límite máximo para solicitar la modificación de la fecha de retroacción era para todos, sin distinciones de ningún tipo, la ultimación de las diligencias sobre examen y reconocimiento de créditos.

de la Junta de examen y reconocimiento de créditos o hasta después de 30 días de celebrada aquélla en que ganan firmeza los acuerdos adoptados en la misma (45). En la doctrina clásica, IBARRA FRANCO (46) se refiere a que debiera haber un tiempo prudencial, hábil para instar la modificación de la fecha de retroacción, después de que los Síndicos formen los estados a que se refiere el artículo 1.368 LEC, sin hacer más concreción. Por su parte, Juan PÉREZ VALENZUELA (47), todavía mantiene otra tesis sobre el *dies ad quem* para solicitar la modificación de la fecha de retroacción, fijando el mismo en la fecha de la firmeza del resultado de la Junta de reconocimiento de créditos, no ya tomando en consideración sólo los treinta días posteriores ya citados sino incluso las fechas en que concluyesen definitivamente los litigios relativos a la inclusión o exclusión de créditos, «... considerando que la fijación de la fecha definitiva de la retroacción no debe actuarse cuando la totalidad de los créditos no están definitivamente reconocidos».

A nuestro juicio, las diferentes tesis expuestas deben interpretarse en el sentido siguiente: el quebrado sólo podrá solicitar la modificación de la fecha de retroacción mediante la interposición de recurso de reposición dentro de los OCHO DIAS siguientes al Auto de declaración de estado quiebra, pues el mismo cuenta con los datos suficientes de su situación económica (créditos contraídos e impagados) para articular su defensa en tal momento, aparte de que siempre contará con la posibilidad de que se pida tal modificación por los verdaderamente perjudicados por la fecha de retroacción, los terceros que contrataron con él en el período de retroacción; en cuanto a los terceros que contrataron

(45) En pro de la primera tesis cita SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8699, Notas (26) y (27), las Sentencias de la Audiencia Territorial de Baleares de 6 de julio de 1982 («Revista General del Derecho» n.º 463, abril 1983, pp. 636-638, y comentario de Juan PÉREZ VALENZUELA, ya *cit.*) y de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de mayo de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 544-545, enero-febrero 1990, pp. 805-808), mientras que favor de la segunda tesis la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 1986.

(46) *Vid.* Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 93-94, quien también menciona la tesis de SOTILLO NAVARRO, favorable a admitir la revisión de la fecha de retroacción a instancia del quebrado dentro de los OCHO DIAS que tiene para recurrir el Auto de declaración de quiebra conforme a los artículos 1.326 LEC y 1.028 C. Com. de 1829 —luego sigue tal tesis, p. 110—, así como a instancia del comisario de la quiebra antes de la fecha señalada para el examen y reconocimiento de créditos, entendiendo IBARRA FRANCO, p. 111, que respecto de los acreedores y cualquier otro interesado, la revisión de la fecha de retroacción debe hacerse a través del recurso de reposición ordinario contra el Auto que hizo la declaración provisional de la quiebra, contemplado con carácter general en la LEC. Por contra, para Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 204, debe mantenerse abierta la posibilidad de modificación «... hasta que se acabe por completo el examen y reconocimiento de los créditos, porque hasta esa fecha pueden descubrirse nuevas deudas que indiquen que la crisis económica se produjo con anterioridad a la fecha inicialmente señalada».

(47) *Vid.* Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 41.

con el quebrado, los acreedores del mismo, la Sindicatura y demás órganos de la quiebra, el tope máximo habrá de serlo el momento en que se conozca «definitivamente» la relación de los acreedores del quebrado, esto es, una vez concluido «definitivamente» el reconocimiento de créditos, pues sólo en ese momento se podrá saber de cuándo proceden esos créditos y cuándo resultaron impagados dando lugar al estado de sobreseimiento general de pagos. Lo contrario, sería colocar en situación de indefensión a tales sujetos y obligar a repetir en el procedimiento de modificación de la fecha de retroacción algo que se debe hacer en el Juicio de quiebra *stricto sensu*, el examen y reconocimiento de créditos, en claro detrimento, además, de la necesaria economía procesal.

Así pues, transcurridos esos límites temporales gana firmeza la fecha de retroacción (48), cosa que también hará cuando se haya resuelto definitivamente por resolución judicial firme la impugnación de la misma. No estamos, por tanto, de acuerdo con Tomás OGAYAR Y AYLLON para quien, debido a que la declaración provisional de la fecha de retroacción no producía efectos, siempre era necesario que la Sindicatura de la quiebra iniciase un procedimiento incidental para hacer definitiva la fecha interinamente fijada.

Apuntar, por último, otra tesis más reciente y muy restrictiva, con la que no estamos de acuerdo por lo ya expuesto, sobre el tiempo límite para modificar la fecha de retroacción, apuntada por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (49), para quien el mismo se encuentra en el tiempo hábil para impugnar la primera providencia en la que se hace la declaración de quiebra y se fija la fecha de retroacción, con lo que a los afectados de buena fe (que normalmente o no conocerán la declaración de quiebra de aquél con quien contrataron o estimarán que no les afecta), raramente llegarían a tiempo de discutir la fecha de retroacción.

(48) Ello con independencia de la ausencia de cosa juzgada que, en un principio, tiene el primer Auto que declara la fecha de retroacción. *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 388-391. Cita Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8699, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1930 (Aranzadi 1930/702), en la que se consideró, aisladamente, la firmeza de la fecha de retroacción como consecuencia de la firmeza del Auto de declaración de quiebra en que se contenía, lo que reduciría el plazo de revisión a los OCHO DIAS que se desprenden de los artículos 1.326 LEC y 1.028 C. Com. de 1829. A los «efectos provisionales» de la fecha de retroacción del Auto de declaración de quiebra se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas, Aranzadi 1990/5794).

(49) *Vid.* Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, pp. 14-16, con cita de la reciente Jurisprudencia, que no aporta mayor luz al caso, destacando la Sentencia de 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas, Aranzadi 1990/5794), que sólo admite la revisión de la fecha de retroacción a instancia de los afectados de buena fe «planteadas aquélla en tiempo hábil», pero sin concretar el meollo de la cuestión, cuál es el tiempo hábil.

En cuanto a la legitimación para instar la modificación judicial de la fecha de retroacción, Tomás OGAYAR Y AYLLON (50), hizo ya un resumen de las diferentes posiciones doctrinales mantenidas sobre la cuestión, considerando más recientemente SASTRE PAPIOL (51) que estarán legitimados tanto el deudor quebrado, como cualquiera de los acreedores individualmente considerados, así como los órganos de la quiebra (Sindicatura y Comisario, de forma individual). Por nuestra parte, añadimos que también estará legitimado para pedir la modificación de la fecha de retroacción cualquier otro tercero que acredite interés legítimo en la retroacción, fundamentalmente los terceros que resulten beneficiarios de los actos de disposición realizados durante el período de retroacción, que mediante el simple expediente de conseguir «mover» la fecha de retroacción a un momento posterior a la del acto del que derivan sus derechos, evitan la aplicación del artículo 878 C. Com.

Con el fin de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución de todos aquellos que puedan resultar afectados por la retroacción, defiende Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO (52) que deberá hacerse, en el procedimiento de revisión de la fecha de retroacción, un llamamiento a todos cuantos tengan interés contradictorio. Tal llamamiento deberá solicitarse, a nuestro juicio, a medio de otrosí en el escrito en el que se promueva la modificación de la fecha de retroacción.

(50) *Vid.* Tomás OGAYAR Y AYLLON, «Fijación ...», ... *ya cit.*, pp. 685-686, que van desde el reconocimiento de la legitimación a cualquier interesado —posición de SAURA, que también recogen Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 402 y Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Tomo ...», ... *ya cit.*, p. 65, que se refiere al quebrado, los acreedores o cualquier interesado— hasta la limitación de la misma a los Síndicos de la quiebra —posición que sigue Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Actuación ...», ... *ya cit.*, p. 1301—, admitiendo siempre la modificación de oficio por el propio Juez que conoce de la quiebra, siendo, por su parte, p. 687, defensor de la legitimación de los terceros que contrataron con el quebrado y pueden verse afectados por la retroacción—(admite también la modificación de oficio Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 417-418, aun reconociendo lo escaso de su aplicación práctica, con apoyo en BLANCO CONSTANS)—; OGAYAR AYLLON, pp. 687-688, por contra, se opone a la modificación de oficio e incluso a la fijación de oficio por el Juez, cuando la misma no sea solicitada por el promovedor de la quiebra en la quiebra necesaria. Completa síntesis de la doctrina española favorable a la legitimación amplia (acreedores, Sindicatura, Comisario, quebrado y terceros afectados por la retroacción) la hace José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 377-382.

Reconoce la legitimación de la Sindicatura de la quiebra para instar la modificación de la fecha de retroacción sin necesidad de autorización del Comisario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de noviembre de 1994 («Actualidad Civil» 1995/403), al tramitarse este procedimiento dentro de la misma quiebra.

(51) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8699. En el mismo sentido Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... *ya cit.*, p. 463, Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario ...», ... *ya cit.*, p. 417. Sobre la necesidad de permitir la personación en los autos de la quiebra de quien contrató con el quebrado antes de la declaración de quiebra, para así poder conocer la fecha de retroacción y, en su caso, impugnarla, puede consultarse el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 534, marzo 1989, p. 1799), que considera se causaría indefensión de negarse tal personación.

(52) *Vid.* Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario...», ... *ya cit.*, p. 204. Anteriormente ya Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.* pp. 402-403, con cita de SAURA y SOTILLO en ese sentido; Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario...», ... *ya cit.*, p. 417, con cita de SOTILLO y de las Sentencias de la Audiencia

La determinación del procedimiento para la modificación de la fecha de retroacción, como señala SASTRE PAPIOL (53), tampoco ha alcanzado uniformidad en la doctrina científica, citando la posición de RAMÍREZ, para quien habría de seguirse un procedimiento incidental (54), y la de CARRERAS LLANSANA, partidario de aplicar primero el artículo 1.367 LEC, entendiendo que el legitimado para la modificación debería dirigirse al Comisario y reclamar, posteriormente en su caso, en queja ante el Juez, para más tarde promover un incidente de revisión de la fecha de retroacción dentro del plazo de los CUATRO DIAS anteriores a la celebración de la Junta de examen y reconocimiento de créditos, que es cuando la Sindicatura deberá presentar el estado general de los créditos y cuando,

Territorial de Albacete de 14 de febrero y 13 de marzo de 1967, se refirieron a la conveniencia de llamar por edictos a todos los interesados a los pleitos de modificación de la fecha de retroacción para evitar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, así como admitieron que se demandase también al Depositario de la quiebra, que interinamente desempeña las funciones de los Síndicos. Esa misma expresión es recogida por el Auto de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de septiembre de 1991 (Ponente: Il^{ta}. Sra. D.^a Isabel Carriedo Mompín; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8926-8928).

En contra, la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de noviembre de 1994 («Actualidad Civil» 1995/403), cuando dice que «...no se puede compartir el criterio del Juzgador de instancia en cuanto a la posible vulneración del principio de tutela efectiva dispuesta por el artículo 24.1 de la Constitución Española; en definitiva sólo la sentencia que se dicte en el procedimiento de quiebra contendrá efectos directos frente a estos terceros, de ello se deduce que en el caso de autos el litisconsorcio pasivo es voluntario nunca necesario, dado que la Sentencia a dictar en el presente incidente no produce efectos de cosa juzgada material respecto a terceros adquirentes, y esta innecesidad de llamar al procedimiento a estos terceros, nos lleva a desestimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo».

(53) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, pp. 8699-8700.

(54) A un procedimiento incidental, como ramo separado dentro del procedimiento de quiebra se refieren también SAURA y SOTILLO, como señala Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, pp. 402-403. Al mismo procedimiento incidental se remiten Tomás OGAYAR y AYLLON, «Fijación ...», ... ya *cit.*, pp. 686-687, que considera que puede terminar por un nuevo Auto que sería continuador del declaratorio de la quiebra y que se acomoda a lo que establece el artículo 369 LEC; SOTILLO NAVARRO y SAURA, a quienes cita RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, p. 391, Nota (281b), Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, pp. 402-403, Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 204. En la Jurisprudencia defienden dicho procedimiento incidental de modificación de la fecha de retroacción las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1982/2598), de 27 de enero de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1986/332), de 8 de noviembre de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1988/8425), de 23 de febrero de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1990/712), de 4 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1990/5774). Rechazo expreso de la interposición de un Recurso de Reposición contra el Auto que fija la fecha de retroacción por parte de un acreedor se hace en el Auto de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de septiembre de 1991 (Ponente: Il^{ta}. Sra. D.^a Isabel Carriedo Mompín, «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8926-8928).

Más recientemente se vuelve a remitir a un procedimiento incidental en el curso de la quiebra la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de noviembre de 1994 («Actualidad Civil» 1995/403).

por tanto, los acreedores tomarán conocimiento más aproximado del momento en el que el quebrado cesó pagos (artículos 1.101 y 1.104 C. Com. de 1829). Podemos añadir, por nuestra parte, la tesis de JIMENEZ DE PARGA (55), para quien la revisión puede hacerse a instancia del propio quebrado o del acreedor que con él coadyuve en el incidente de oposición a la declaración de quiebra (artículos 1.326 y 1.328 LEC), a instancia de la Sindicatura y de los acreedores en otro incidente planteado a tales efectos e incluso hace una vaga referencia a la revisión en «... procedimiento declarativo ... siempre que esa cuestión no haya sido revisada y juzgada definitivamente en el procedimiento de quiebra ...», sin que quede nada claro si se está refiriendo a la ya por nosotros rechazada revisión de la fecha de retroacción en el procedimiento declarativo resultante del ejercicio de la acción de retroacción. Finalmente, de forma aislada y *obiter dicta* la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1983/6.074), admitió la modificación de la fecha de retroacción en el seno del Juicio declarativo de retroacción.

Por nuestra parte, estamos conformes con la tesis mayoritaria de remitir el tratamiento de la modificación de la fecha de retroacción a un procedimiento incidental dentro del Juicio Universal de quiebra, sin aplicación del artículo 1.367 LEC, cuyo juego entendemos que debe limitarse al ejercicio en sí de la acción de retroacción.

No existe precepto legal alguno especial sobre la imposición de costas en estos procedimientos judiciales por lo que es de aplicación, en principio, el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la práctica, la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de abril de 1993 (56), ha ponderado especialmente que quienes pidan la modificación de la fecha de retroacción lo sean la Sindicatura y el Comisario de la Quiebra pues «... el interés del Comisario y de la Sindicatura de la Quiebra no es un interés parcial propiamente dicho, sino que actúan animados por el cumplimiento de sus respectivos deberes de cooperación con el Juez para el correcto desenvolvimiento del proceso concursal y de defensa de los intereses generales de la masa de acreedores ...».

Por último, en materia de recursos contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cabrá la interposición de Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial territorialmente competente, pero contra la resolución de ésta tienen declarado las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1930 (Aranzadi 1930/702) y de 16 de diciembre de 1975 (Aranzadi 1975/4.457) que no cabrá interponer recurso de casación ya que no se trata de una resolución definitiva, porque «... no pone término al Juicio universal de que dimana ...».

(55) Vid. Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión...», ... ya *cit.*, p. 463.

(56) Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.246.

Nótese que la ausencia de carácter definitivo de la resolución es también empleado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1994 (Ponente : Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo; Aranzadi 1994/1.195) como uno de los argumentos para denegar el acceso a la casación de las resoluciones dictadas en incidentes de oposición a la declaración de quiebra —cita en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1992 (Aranzadi 1992/6.284) y se apoya también en la ausencia de previsión expresa al respecto en el artículo 1.687 LEC ni en ningún otro precepto del citado texto legal—. La misma tesis se reitera en la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete; Aranzadi 1995/414), partiendo de que, con carácter general, conforme a los artículos 1.687, 1.689 y 1.690 LEC, sólo tienen acceso a la casación las resoluciones recaídas en la apelación de incidentes que hagan imposible la continuación del juicio principal, que, a su vez, tenga posibilidad de acceso a casación, o bien que se trate de resoluciones para las que expresamente se admita la casación, algo que no ocurre en los juicios de quiebra, donde la pieza esencial y principal, de declaración de quiebra, no puede acceder a la casación pues ello no está previsto ni en los artículos 758 y 1.330 LEC, ni en el artículo 1.031 C. Com. de 1.829, afirmando que «“las quiebras en cuanto conjunto de actuaciones de un orden de proceder que comprende varios aspectos desarrollados en piezas, carecen de acceso a la casación”».

Se aparta de esta reiterada doctrina jurisprudencial, sin aportar argumentación alguna y *obiter dicta*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de junio de 1995 («Aranzadi Civil» 1995/978), cuando dice: «“Teniendo en cuenta la cuantía de la masa de la quiebra e incluso la intrínseca aducida del bien principal objeto de embargo, procede la posibilidad de entablar recurso de casación contra lo resuelto en la presente sentencia de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1.687, en relación con el artículo 1.792 (debe querer decir 1.692) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dentro del plazo de 10 días ... y teniendo en cuenta muy esencialmente lo prevenido en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 24 de la Constitución española que proscribe en todo caso la indefensión”». Consideramos que esta última Sentencia aparte de ni siquiera poder constituir jurisprudencia no desvirtúa para nada la verdadera y constante jurisprudencia que hemos expuesto atinente a la veda de acceso a la casación de estos debates judiciales.

IV. EL EFECTO DE LA RETROACCION

Si arrancamos de la literalidad del artículo 878.2 C. Com. de 1885, al decir el mismo que «serán nulos», el efecto de la retroacción puede

parecer claro y rotundo: la nulidad de los actos de administración y disposición del quebrado, sin más distinción, realizados durante el período que medie entre la fecha de retroacción y la declaración judicial de quiebra, todo ello como consecuencia de ese llevar la inhabilitación del quebrado, proclamada en el artículo 878.1 C. Com. de 1829, a la fecha de la retroacción de la quiebra, tal y como se dispone en el artículo 1.024 C. Com. de 1829 (57), si

(57) Vid. E. JARDI, «La Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 174, quien se apoya solamente en la ficción legal del artículo 878.2 C. Com. de llevar la inhabilitación posterior a la declaración de quiebra a la fecha de retroacción; Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, pp. 403-407, con cita abundante de doctrina y Jurisprudencia y con un enfoque crítico de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, por considerar que las consecuencias de las mismas son monstruosas; Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 64, parte de la doctrina general de nulidad absoluta para luego matizarla hacia la anulabilidad; Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 191-192, con elogio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958, que considera «... ha venido a cortar controversias e interpretaciones dubitativas, cerrando de una vez y para siempre, o por lo menos mientras no se promulgue la necesaria y tantas veces prometida Ley concursal, el duro y estrecho círculo en torno a los actos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción ... con criterio de nulidad absoluta de tales actos», haciendo, en p. 195, una síntesis de la doctrina jurisprudencial —Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909 y 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963)—; José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 414-417, quien después de hacer un estudio de la nulidad de los actos del quebrado posteriores a la declaración de la quiebra, defiende esta concepción fundándose en la, a su juicio, claridad del texto legal y de la doctrina del Tribunal Supremo que cita (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1874, 17 de febrero de 1909, 13 de mayo de 1927, 7 de marzo de 1931, 9 de junio de 1932 y 17 de marzo de 1958); parte, sin más, de la nulidad absoluta Tomás OGAYAR Y AYLON, «Fijación de la Fecha ...», ... *ya cit.*, p. 677, si bien más adelante defiende la nulidad relativa, en el sentido de que abarque sólo a los actos de disposición que afecten a la masa; Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad Registral de Suspensiones y Quiebras», «Editorial Montecorvo, S.A.», Madrid, 1963, pp. 91-92, con crítica de las tesis de JIMÉNEZ DE ESCARZAGA y JUSTE IRIBARREN, que veremos, se muestra convencido de la nulidad radical que lleva aparejada la retroacción, basándose en la propia literalidad del artículo 878 y en el carácter tasado de los casos de rescisión en nuestro ordenamiento, a la vez que hace en pp. 95-110 un detallado estudio de las Sentencias antes citadas del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909; 13 de mayo de 1927, 17 de marzo de 1958 y 31 de mayo de 1960 (Aranzadi 1960/2067), con íntegra reproducción de sus Considerandos. La Jurisprudencia ha sido prácticamente uniforme en esa doctrina, como puede apreciarse en la síntesis que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8406) y en el análisis muy completo que hace Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, pp. 10-11; pueden citarse, en concreto, entre otras y de las más recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño; Aranzadi 1981/5.051) —que recoge, con cita también de las de 1 de febrero y 26 de marzo de 1974, la de 26 de enero de 1983 de la Audiencia Territorial de Albacete («Revista General del Derecho» n.º 483, diciembre 1984, pp. 2992-2994)—, de 10 de noviembre de 1983 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1983/6074), de 28 de enero de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo; Aranzadi 1985/203), de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1988/2.210) —con completa síntesis de Jurisprudencia clásica—,

bien, como apunta el propio JARDI (58), la retroacción, de considerar que lleva aparejada la nulidad de los actos de administración y disposición concertados bajo su imperio, produce efectos más gravosos todavía que los derivados de la inhabilitación del quebrado. En este sentido, RECALDE CASTELLS (59), llama la atención acerca de que la

9 de mayo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo; Aranzadi 1988/4.047). En la «Jurisprudencia Menor» se hace expresa referencia a ese llevar la inhabilitación del quebrado a la fecha de retroacción por las Sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia de 23 de enero de 1986 («Revista General del Derecho» n.º 500, mayo 1986, pp. 2064-2065), de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 543, diciembre 1989, pp. 8309-8310) y de 22 de diciembre de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. Fuentes Bertolín; LA LEY 1990-2, 12.845-R), y el Auto de la misma Sección de 22 de diciembre de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Germán Fuertes Bertolín; «Revista General del Derecho» n.º 549, junio 1990, pp. 4874-4875), o bien con carácter más general se mantiene la nulidad absoluta y de pleno derecho oponible *erga omnes* en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 14 de octubre de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 529-530, octubre-noviembre 1988, pp. 6304-6305), haciéndose una completísima síntesis de Jurisprudencia reciente en el mismo sentido por la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de mayo de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 544-545, enero-febrero 1990, pp. 805-808), de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de junio de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Cañamares Pabolaza, «Revista General del Derecho» n.º 553-554, octubre-noviembre 1990, pp. 8622-8624), y en las Sentencias de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; «Tribunales de Asturias» 1993-III/1355) y de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; «Aranzadi Civil» 1993/2193), aun cuando esta última es más aperturista puesto que hace un análisis de la no aplicación al caso, por falta de prueba, de la tesis del perjuicio de los actos afectados por la retroacción como criterio matizador del alcance del artículo 878.2 C. Com.; también la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1.993/2.522).

(58) Vid. E. JARDI, «La Nulidad ...», ... ya *cit.*, pp. 175-176, para quien la conclusión de la nulidad de los actos en período de retroacción se alcanza mejor sobre la base del artículo 1.036 C. Com. de 1829.

(59) Vid. Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 222. En este mismo sentido, M.ª Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, p. 248; por su parte, se ocupa DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... ya *cit.*, pp. 19-22, del análisis de la situación de los actos del quebrado posteriores a la declaración de quiebra (artículo 878.1 C. Com.), donde recoge las dos tesis existentes, de considerarlos ya nulos de pleno derecho como los actos en período de retroacción (se apoya en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 1988), o bien de considerarlos solamente anulables —con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1978 (Aranzadi 1978/2.629)— por la inhabilitación del quebrado, admitiendo su posible confirmación prevista en el artículo 1.310 CC y la imposibilidad de que el quebrado pueda ejercer en su beneficio la impugnación, ni los que con él hayan contratado, en aplicación del artículo 1.302 CC, lo que el propio DELGADO observa que es un contratamiento, al dar mayor protección a los acreedores (*a contrario* mayor desprotección para los terceros que contrataron con el quebrado en los actos de administración y disposición) frente a actos realizados en un período en el que desconocían la quiebra que en el período posterior en que la misma ya está declarada. Clásicamente IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 48-56, analizó con detalle la «inhabilitación del quebrado» y sus consecuencias para concluir en que la misma no era una incapacidad sino simplemente una «incompatibilidad». Por contra, Ramón M.ª ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», 7.ª Edición, Tomo I, «Bosch, Casa Editorial, S.A.»,

consecuencia de la inhabilitación o incapacidad es la sanción de la anulabilidad no de la nulidad, siendo además discutible que de la inhabilitación se desprenda la incapacidad personal del quebrado. Por su parte, EDUARDO AYA ONSALO (60), también ha negado que nos encontremos ante una nulidad absoluta, no sólo porque la inhabilitación en cuanto que incapacidad del quebrado determina la anulabilidad conforme al artículo 1.302 CC, sino también porque «... los actos realizados durante el período de retroacción nacen originariamente válidos, su nulidad exige declaración previa petición instada por los Síndicos (artículos 1.366 y 1.367 LEC) y admiten convalidación, pues no otra cosa se produce si la quiebra termina con un convenio convalidante o prospera la posible demanda de oposición, la conclusión no puede sino ser que tales actos no son radicalmente nulos».

De otro lado, en línea parcialmente con la doctrina científica mayoritaria concorde en extraer de la literalidad del artículo 878.2 C. Com. la nulidad, Miguel JUSTE IRIBARREN (61), ha sido más atento a esa

Barcelona, 1979, p. 594 funda la nulidad de la retroacción en la incapacidad retrotraída del quebrado —así lo declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (Aranzadi 1960/478), aunque también puede entenderse que matiza su fundamento hacia la vulneración de un precepto, el artículo 878.2 C. Com., de orden público; más radical fue la Sentencia de 13 de julio de 1984 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1984/3.980), que, defendiendo la nulidad absoluta como efecto de la retroacción, afirma: «... siendo tal nulidad consecuencia de la incapacitación del quebrado ...»—. Por su parte, José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, pp. 62-65, también negó que estuviésemos ante una incapacidad del quebrado, porque ni el CC menciona al quebrado dentro de los incapaces (artículo 200 CC), ni se prevén en dicho CC instituciones para la guarda de la persona y bienes del quebrado, ni tampoco el acceso al Registro de la Propiedad de la declaración de quiebra tiene lugar a través de la consignación de calidad de incapaz del quebrado (artículo 2.4 LH), entendiendo que estamos ante una «modificación o restricción de la capacidad de disposición del quebrado», como dice dicho autor apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1978. En esta línea se mueve el Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de septiembre de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Ferrándiz Gabriel; «LA LLEI» 1991-1, 478), al considerar que el quebrado queda sometido a una «... cuasi-incapacitación orientada a la protección de los acreedores que encuentra su *ratio* en la conveniencia de evitar que realice actos de naturaleza patrimonial en perjuicio de ellos; así, puede administrar sus bienes inembargables, seguir al frente de su empresa si lo acuerda con sus acreedores o llegar con ellos a convenio (artículos 1.449 LEC, 13.2 y 878 C. Com.) ...»; en lo que insiste, desde una distinta perspectiva, el Auto de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 1991 (Ponente Ilma. Sra. D.^a Isabel Carriedo Mompín; «LA LLEI» 1991-2, 615), al decir «... que la restricción de la capacidad de obrar del quebrado no alcanza a ser un caso de verdadera incapacidad, sino meramente de un estado personal, puesto que tal situación no se relaciona entre las restricciones generales de la personalidad, reflejadas en el artículo 32 CC, ni se incluye en el artículo 1.263 del mismo texto legal, entre las que producen incapacidad para contratar con plena eficacia, como tampoco entre las causas modificativas del estado civil».

(60) *Vid.* Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 21.

(61) *Vid.* Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, p. 1123. En contra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1974 (Aranzadi 1974/433), dijo que «... la nulidad que declara es la de los actos comprendidos en la época a que se retrotraigan esos efectos, es decir, la de los verificados en fechas comprendidas en ese período o época, no de los posteriores».

literalidad, pues al decir ese precepto que «serán nulos todos los actos posteriores a la EPOCA a que se retrotraigan los efectos de la quiebra» la palabra «época» no se refiere a un instante determinado (fecha de retroacción) sino a un espacio de tiempo (el que iría desde la fecha de retroacción hasta la declaración judicial de quiebra), con lo que sólo serían nulos los actos posteriores a la conclusión de esa época de retroacción, esto es, los actos posteriores a la declaración judicial de quiebra, momento a partir del cual, conforme al artículo 878.1 C. Com. el quebrado habrá quedado inhabilitado para la administración de su patrimonio.

Hace una acertada matización de la lectura literal del artículo 878.2 C. Com. AYA ONSALO (62), puesto que si bien es cierto que dicho precepto habla de que «serán nulos» los actos de administración y disposición en período de retroacción, ello no nos aclara mucho, por la falta de rigor del legislador al utilizar los términos de «... invalidez, ineficacia, nulidad, anulabilidad, revocabilidad, rescindibilidad o retroactividad ...», lo que determina el que no haya motivo para desfallecer en la labor investigadora e interpretativa del precepto que nos ocupa.

El ámbito subjetivo de los actos afectados por la retroacción viene determinado por el hecho de que debe tratarse de actos concertados por el propio quebrado cuando aún no había sido declarado en quiebra, pero estaba en situación fáctica de sobreseimiento general de pagos, lo que lleva a excluir de su ámbito de actuación aquellos actos concertados, en un estado judicial previo de suspensión de pagos, por los interventores judiciales o convencionales de la suspensión de pagos, que luego, por cualquier causa, devenga de forma directa o indirecta en un procedimiento concursal de quiebra (63).

(62) Vid. Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... ya *cit.*, pp. 21-22 y en el mismo sentido, con un análisis histórico de nuestro ordenamiento jurídico y de la evolución de la nulidad radical, M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, pp. 245-248.

(63) Sobre el particular de diferenciación entre interventores convencionales (nombrados en el Convenio de la suspensión de pagos por los acreedores para controlar la ejecución del mismo) y judiciales (designados por el propio Juez que conoce del expediente de suspensión de pagos), así como de las diferencias entre las quiebras consecutivas y autónomas respecto de las suspensiones de pagos y la ausencia de comprensión de los mismos en los efectos de la retroacción, pese a que la retroacción se lleve a momento anterior a la suspensión de pagos, Vid. Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, «Legitimación para el Ejercicio de las acciones de Reintegración de la Masa. Contratos Realizados por los Organos de la Suspensión de Pagos en la Quiebra Posterior (A Propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988)», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 183/184, enero-junio 1987, especialmente pp. 437-441, admitiendo la posibilidad de que si tal contrato hubiese sido concertado por los señalados interventores convencionales de manera fraudulenta los Síndicos de la quiebra podrán, como representantes de la masa de acreedores, ejercitar la acción revocatoria ordinaria siempre que se cumplan los requisitos previstos en los artículos 1.111, 1.291-3.º y 1.294 y ss. CC.

Además, a nuestro juicio, también debería defenderse la imposibilidad de que tras la tramitación de un expediente de suspensión de pagos en el que se haya acreditado la solvencia del deudor por el informe de los interventores judiciales acreditativo de la existencia de un activo superior al pasivo del comerciante, no se pueda retrotraer la posterior quiebra a momento anterior a la presentación de tal Informe de los Interventores, referido en el artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos, del que resulte un activo superior al pasivo y siempre que, una vez en suspensión, el comerciante intervenido haya abonado los créditos que se van generando como consecuencia de la prosecución de su actividad mercantil, pues en ese caso consideramos que no hay razón para hablar de la existencia de una cesación general en los pagos (64), a menos que

(64) A favor puede consultarse la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de febrero de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo; «Revista General del Derecho» n.º 585, junio 1993, pp. 6599-6600), que denegó la declaración de quiebra porque en el previo expediente de suspensión de pagos el Informe de los Interventores de la misma había hecho constar que el activo era superior al Pasivo en más de 25 millones de pesetas «... por lo que el acogimiento de la oposición a la declaración de quiebra es inevitable consecuencia de la naturaleza misma y fin de la quiebra que no es otro que el de sujetar la masa patrimonial de un comerciante, insuficiente para enfrentar todas las deudas que sobre ella pesan, a las responsabilidades económicas contraídas, mediante un proceso de ejecución general ...»; anteriormente, y respecto incluso de la propia declaración en estado de quiebra, *vid.* la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 13 de enero de 1988 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; «Revista Jurídica de Asturias» n.º 12, 1989, pp. 243-244), para la que la insolvencia definitiva de la quiebra sólo se dará cuando el activo patrimonial sea inferior al pasivo del comerciante, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1984. En contra, puede verse que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958 (Comentada por Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad ...», ... *ya cit.*, pp. 104-109) se había aprobado el convenio de una suspensión de pagos solicitada por el comerciante el día 7 de julio de 1949 y en la subsiguiente quiebra seguida a instancia de los acreedores, por incumplimiento del convenio, se declaró como fecha de retroacción el día 7 de junio de 1949. Igualmente admitió una retroacción anterior a la suspensión de pagos previa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño; Aranzadi 1985/4.738), aunque en ese caso se había dictado Auto sobreseyendo la repetida suspensión de pagos, por lo que puede entenderse que se trataba de un expediente de suspensión de pagos carente de apoyo fáctico; en un sentido más amplio, el Auto de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Barcelona de 15 de noviembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 534, marzo 1989, pp. 1503-1504) admitió también una fecha de retroacción anterior a la suspensión de pagos, por entender que de lo contrario quedaría al arbitrio del propio quebrado la determinación de la fecha de retroacción.

Ha vuelto nuevamente a plantearse esta cuestión con motivo de la quiebra de la naviera «ASCON» en la Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de marzo de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Antón de la Fuente; «Revista General del Derecho» n.º 609, junio 1995, pp. 7.409-7.411). El supuesto de hecho consiste en que se admitió a trámite la suspensión de pagos de «ASCON» por Providencia de 7 de abril de 1978, aprobándose el convenio en dicho expediente de suspensión de pagos por auto de 27 de marzo de 1980, en el que se acordó una mora de un año y un pago del 40% de los créditos en el transcurso del segundo a partir de la

con anterioridad a la fecha en que se inició el expediente de suspensión de pagos el luego quebrado se encontrase ya en un estado de sobreseimiento general en sus pagos.

Asimismo, por no ser actos del quebrado, se ha denegado por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 11 de diciembre de 1986 (65) la inserción dentro de la retroacción de una Sentencia judicial

aprobación del Convenio y del restante 60% durante el transcurso del tercer año. Tras la inclusión de «ASCON», que siguió con su normal actividad, en los planes oficiales de reconversión, por escrito de 20 de mayo de 1991 dos acreedores, titulares de créditos contraídos por suministro de material en los años 1981 y 1982, pidieron la quiebra de «ASCON» que fue declarada por el Juzgado mediante auto de declaración de quiebra de 21 de junio de 1991, en el que se fijó como fecha de retroacción la del 3 de abril de 1978, anterior a la aprobación del Convenio de la suspensión de pagos e incluso a la propia solicitud de declaración en tal estado legal. Impugnada tal fecha de retroacción, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia entendieron que tal fecha no podía ser otra que la del incumplimiento del convenio de la suspensión de pagos, argumentando que «"...no podemos considerar que la petición de suspensión de pagos tenga que suponer necesariamente el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, ni siquiera la admisión a trámite ni el auto que así lo declara, por cuanto que precisamente ese intento de suspensión de pagos no puede equipararse al de cesación, dada la naturaleza jurídica y finalidad de aquélla que pretende preservar el patrimonio del suspenso en beneficio de sus acreedores, de ahí la finalidad del convenio dirigido a mantener la existencia jurídica y vida mercantil del comerciante, otra cosa podía predicarse, no obstante, de la insolvencia definitiva o de la falta de convenio, pero nótese que en el presente caso hubo un convenio con una espera de un año ..."», razones por las cuales remite la fecha de la retroacción a aquélla en que la quebrada había incumplido parcialmente «"las obligaciones constituidas por los créditos presentados y admitidos por los interventores"», esto es, la fecha en que se incumplió el convenio de la suspensión de pagos. Un último argumento *ab abundantiam* recoge la Sentencia comentada en relación con la no admisión de fechas de retroacción anteriores a las fechas de los créditos de quienes han instado una quiebra necesaria, pues dice que «"los créditos de la parte apelante que interesó en su día la declaración de quiebra, instó tal pronunciamiento en base a sendos créditos que derivan de suministros de los años 1981 y 1982, es decir después de la declaración de suspensión de pagos que lo fue por auto de 17 de noviembre de 1979 e incluso de la aprobación del convenio por auto de 27 de marzo de 1980, por lo que de aceptar la retroacción a 1978 como pretenden, supondría tanto como negar su propia legitimación *ad causam* en el presente procedimiento concursal pues en esta última fecha no tenían la condición de acreedores y no olvidemos que según el artículo 84.2 (sic. 875.2) procederá la declaración de quiebra «a solicitud fundada de acreedor legítimo», por lo que se pretende algo que, por lo dicho, va en contra de quien lo solicita y cualquier pretensión no puede conducir al absurdo"».

(65) «Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 7050-7051, que cita, a su vez, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1960 («Colección Legislativa de España» 1960 n.º 456, pp. 495-504), que si bien no declaró nulo un laudo arbitral dictado durante el período de retroacción (concretamente en el mismo día de la fecha de retroacción), sí lo hizo respecto del pago efectuado al quebrado en virtud de dicho laudo, siguiendo la tesis de nulidad radical defendida por el propio Joaquín GARRIGUES ante el Tribunal Supremo, lo que determinó la obligación de repetir el pago a la Sindicatura de la quiebra. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1974 (Aranzadi 1974/433) considera actos del quebrado los realizados por delegación de él o en su sustitución, para incluir las adjudicaciones hipotecarias en el curso de un Juicio Sumario del artículo 131 LH.

dictada durante dicho período contra el luego quebrado, remitiendo la consideración de la nulidad o no al acto del que nació el crédito que se hizo valer a través del procedimiento judicial que dio lugar a que se dictase la correspondiente Sentencia en período de retroacción, de manera que de resultar afectado tal acto por la fecha de retroacción, en la lógica interna de la repetida Sentencia, se habría de declarar la nulidad tanto del acto como del procedimiento judicial y de la propia Sentencia en que tal procedimiento desembocó.

Partiendo igualmente de esa delimitación subjetiva de los actos afectados por la retroacción en cuanto a que deba tratarse de actos de administración y disposición realizados por quebrado, José Manuel GARCIA GARCIA (66), ha encontrado un apoyo más en su tesis de protección a los subadquirentes, toda vez que los mismos no han contratado con el quebrado, no son, pues, partes en los actos de administración y disposición del quebrado, sino que son parte en un acto de disposición del adquirente del quebrado. Bien es cierto, que de mantenerse la tesis de la nulidad absoluta, si aplicamos el clásico aforismo de que *quod nullum est nullum effectum producit*, el resultado será la nulidad de la adquisición del subadquirente como consecuencia de la nulidad de la adquisición del tercero adquirente respecto del quebrado, de modo que la primera nulidad arrastra a la segunda.

Por su parte, José MASSAGUER FUENTES (67) señala la exclusión, por esa misma razón de no tratarse de actos del quebrado, de aquellos actos concertados por el mismo en representación de tercero.

Dado el componente patrimonial que reviste la quiebra en general y la retroacción en particular, entendemos que es acertada la precisión que hace el propio MASSAGUER FUENTES (68) acerca de la exclusión de la retroacción de tres tipos de actos del quebrado, por no revestir ese carácter patrimonial relevante para la masa de acreedores: a) los negocios jurídicos de contenido no patrimonial; b) los de carácter patrimonial sobre bienes que constituyan parte de su patrimonio inembargable; c) los de carácter personalísimo (testamento, reconocimiento de hijos, adopción, ...).

(66) Vid. José Manuel GARCIA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... ya *cit.*, pp. 1367-1368. Ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1932 (Aranzadi 1932/1094) que la retroacción no alcanzaba a «... actos o contratos en los que el quebrado, o no tuvo intervención alguna, o si intervino como otorgante fue en representación ajena, no en su propio nombre ...».

(67) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 36, Nota (3), con cita de la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1932 (Aranzadi 1932/1.094).

(68) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 36.

Delimitados subjetiva y objetivamente, en una primera aproximación, los actos afectados por la retroacción, esta doctrina de la nulidad absoluta determina que la misma operaría con independencia de que el negocio jurídico fuese unilateral o bilateral, oneroso o gratuito, de disposición o de administración, quienes fuesen los terceros contratantes, su buena o mala fe, y de los resultados favorables o desfavorables para la masa de tales actos, siendo, por tanto, el único elemento a tener en cuenta el de la fecha de realización del acto y que la misma se encuentre comprendida en un momento posterior a la fecha de retroacción de la quiebra (69). Se trata, a juicio de BILBAO

(69) Analizando la doctrina científica y jurisprudencial sobre la cuestión, Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 63-64, señala cómo estamos ante una nulidad absoluta tanto subjetiva (es nulidad frente a todos, con independencia de su ignorancia de la situación de cesación de pagos del quebrado o de su buena o mala fe) como objetivamente considerada (abarca a todos los actos de administración y disposición del quebrado, sin distinción); es la posición que, por ejemplo, mantenía ya, siguiendo a GARRIGUES y la Jurisprudencia de la época, BORRELL, «Efectos ...», ... ya *cit.*, pp. 273 y 282-283, para extender tal nulidad incluso a la fianza prestada por tercero al deudor luego declarado en quiebra para responder de obligaciones nulas por estar comprendidas en el período de retroacción, al entender que no es aplicable a tal supuesto el artículo 1.824 CC, por ser diferente la incapacidad (inhabilitación) del quebrado en el período de retroacción a la incapacidad del menor contemplada en el referido artículo 1.824 CC, añadiendo además que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal por lo que «... no puede obligarse a cumplir una obligación que el deudor se ha comprometido a llevar a cabo mediante una condición tácita: la de no ser declarado en quiebra» —sobre la incidencia de la quiebra en la fianza puede consultarse el trabajo de Beatriz ALONSO SÁNCHEZ, «Derecho Concursal y Fianza», «Poder Judicial», 2.^a Época, n.º 31, septiembre 1993, pp. 9-30—; en este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958, que calificó la retroacción como una «nulidad radical *ipse legis potestate et auctoritate*». Completa síntesis de esta doctrina de la nulidad absoluta de la retroacción se hace por MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 35. Esta posición se mantiene, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991, que comentan Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 221, y José Manuel FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... ya *cit.*, pp. 170-171 —este último se asienta en los precedentes históricos del artículo 878.2 C. Com. para decir «que la sanción del artículo 878.2 C. Com. es la nulidad de pleno derecho parece que no deja la menor sombra de duda»— y doctrinalmente por Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... ya *cit.*, pp. 463-464, elogiando en ese sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 1989 que comenta, y donde además es radicalmente contrario a la protección de terceros registrales, ya sean adquirentes o subadquirentes. *Vid.* la siguiente síntesis jurisprudencial reciente, partidaria de la nulidad absoluta: Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo, Aranzadi 1985/203), de 9 de mayo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo; Aranzadi 1988/4.047), de 24 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Aranzadi 1989/6.956), de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8.406), de 19 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1991/9.405), de 12 de marzo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, Aranzadi 1993/1793) —con alguna leve matización que analizaremos, pero que no le impide reiterar la doctrina jurisprudencial anterior— y de 11 de noviembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; «Actualidad Civil» 1994/276).

En esta línea, *Vid.* Auto de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra de 31 de octubre de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.807).

ARISTEGUI (70), de una nulidad no incardinable en ninguna de las categorías tradicionales de nuestro Derecho Civil, sino simplemente de una nulidad *ipse legis potestate et auctoritate*, que «... es independiente de que en el contrato se hayan dado o no los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, o de que haya o no habido lesión para los acreedores ...; independiente, en fin, de que el contrato adolezca o no de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley (artículo 1.300 del Código Civil)», una nulidad, en suma, fundada hoy en el artículo 6.4 CC (nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas que no dispongan otro efecto para el caso de su contravención). Buena muestra de esta difícil incardinación de la retroacción dentro de las categorías de ineficacia conocidas en nuestro Derecho puede apreciarse en el Auto de la Sala 1.^a de la Audiencia Territorial de Sevilla de 22 de junio de 1987 (71), que llega a calificar de «inexistentes» los actos afectados por la retroacción.

La consecuencia de tal nulidad absoluta, conforme a la doctrina general, será la reintegración a la masa de los bienes del quebrado que hayan salido de su patrimonio por causa de tales actos (72), e incluso se defiende también su extensión a los pagos realizados en virtud de contratos que se pudiesen hacer concertado antes del período de retroacción y que, por tanto, a pesar de ser perfectamente válidos, ello no impide el que los pagos realizados en su ejecución se vean afectados por la retroacción, así como incluso a las compensaciones efectuadas en dicho período (73);

(70) Vid. Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, pp. 1301-1302. Se apunta que estamos ante la violación de una norma prohibitiva, artículo 878.2 C. Com., en la Sentencia de 19 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, Aranzadi 1991/9.405).

(71) «Revista General del Derecho» n.º 540, septiembre 1989, pp. 6014-6015.

(72) A esa literal y radical conclusión se llega, en principio, por José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, p. 392 y pp. 408-409, donde destaca que nuestro sistema es mixto en el sentido de que son nulos, viciados de nulidad absoluta, todos los actos de administración y disposición realizados durante el período de retroacción, así como los posteriores a la declaración de la quiebra y los anteriores a la fecha de retroacción contemplados en los artículos 879 y 880 C. Com., mientras que serán simplemente anulables los actos realizados antes de la retroacción contemplados en los artículos 881 y 882 C. Com.

(73) Así lo defiende Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, pp. 406-410, llegando a la conclusión de que «... por efectos del expresado mecanismo de la retroacción, en muchas ocasiones hay que anular pagos hechos por el quebrado, derivados de contratos perfectamente válidos e incluso ya cumplidos en parte». Con más detallado estudio de nuestra doctrina y jurisprudencia, Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 68-69, señala cómo dentro de los actos de administración y dominio se incluyen el pago y la compensación; en este sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (Ponente: Excmo. Sr. D. Obdulio Siboni Cuenca, Aranzadi 1960/478): «... puesto que si el pago es el cumplimiento de la prestación establecida en la obligación para que sea eficaz es preciso que quien lo realice tenga en ese momento capacidad para hacerlo y libre disposición de lo que entrega y al no tenerla en este caso los declarados en quiebra como consecuencia de los efectos de la retroacción ... es indudable que generarán con su actuación un acto jurídico de dominio o administración para

se opone, por contra, a la comprensión de la compensación dentro de los actos afectados por la retroacción Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (74), al entender que se trata de un pago sin desplazamiento de numerario, en el que no se detrae de la masa ninguna suma, e incluso se facilitan las operaciones de la quiebra abreviando sus trámites al hacer menos numerosas las obligaciones por satisfacer y los créditos por graduar. En cuanto a la restitución de los bienes que hayan salido del patrimonio del quebrado, al considerarse la acción de retroacción como una acción de nulidad real, tal obligación recaerá sobre los concretos bienes que salieron de dicho patrimonio, a menos que los mismos hubiesen sido perdidos o realizados, en cuyo caso el tercero habrá de reintegrar a la masa de la quiebra su valor en dinero (75).

Por otro lado, Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (76) considera que también quedan incluidos en la nulidad de los actos realizados en período de retroacción los embargos que se hubiesen decretado durante el mismo, con independencia de que el título del que proceden hubiese nacido durante el período de retroacción o antes del mismo, por entender que su mantenimiento iría en contra del principio de *par conditio creditorum*, y contrariaría también la acumulación al juicio de las ejecuciones pendientes, contemplada en el artículo 1.319 en relación con el artículo 1.173.3.º LEC.

Pero aun por el propio RAMÍREZ (77), que es tan radical en la rotundidad de las conclusiones que extrae de la legislación vigente y de

el que estaban incapacitados ...» Vid. la Sentencia de 2 de febrero de 1976 (Aranzadi 1976/315) y la de 7 de marzo de 1977 (Aranzadi 1977/1021, a propósito del pago efectuado por el embargo realizado de créditos frente a terceros del ejecutado, luego declarado en quiebra). La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. Mariano Fernández Martín-Granizo, Aranzadi 1985-203) declaró comprendida la cancelación anticipada de un depósito en el período de retroacción para hacer pago de unas letras de cambio de las que era avalista el propio Banco tenedor del depósito.

(74) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, pp. 67-68, apoyándose, fundamentalmente, en URÍA y dejando de lado el argumento de JUSTE IRIBARREN, que sigue fundamentando, años después, la misma solución en la aplicación de los artículos 1.196.5 y 1.202 CC, para afirmar este último «Notas ...», ... ya *cit.*, pp. 1.127-1.128 que «si en el momento de la deuda del quebrado, el quebrado era acreedor y la entrega que hizo al tercero la hizo sin que la quiebra existiera para él, esto es, sin que estuviera declarada y publicada, por lo que obró de buena fe, se extinguirán ambas deudas en la cantidad concurrente por ministerio de la Ley (artículo 1.202).

(75) Así ocurrió en el caso de la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355) a propósito del reintegro de unos pagarés que la quebrada tenía depositados en un Banco y que habían sido ya realizados por tal Banco, obligándose al Banco a reintegrar su equivalente en dinero así como los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda de retroacción, por aplicación de los artículos 451, 479, 1945 y 1947 CC.

(76) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, pp. 66-67.

(77) Vid. José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, pp. 417-420.

la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se muestra un importante recelo hacia las gravísimas consecuencias que tal nulidad absoluta genera en el tráfico jurídico en general y en el mercantil en particular, poniendo el ejemplo del comerciante individual quebrado y la multiplicidad de actos de administración y disposición que puede haber realizado durante el período de retroacción (incluso pagos de alimentos, vestidos, viajes, espectáculos, jornales, materias primas, etc. ...).

Por ello, para evitar esa excesiva rigurosidad de consecuencias definiendo RAMIREZ, «... que no puede haber inconveniente en entender que, los efectos anulatorios que examinamos, no se extienden a los actos “normales” consumados en el período de retroacción, ni, desde luego, a aquellos que, aun siendo de orden patrimonial, guardan relación, no con los bienes sujetos a la quiebra, sino con los que escapan a la ejecución concursal». En la misma línea de RAMIREZ, con cita incluso, BILBAO ARISTEGUI (78), más preocupado por la incidencia de la retroacción en el prestigio registral, hace referencia a la situación de las S.A. y S.R.L. (comerciantes por Ley) dedicadas a la construcción y las consecuencias de su declaración de quiebra y retroacción en la situación de todos aquellos que con dichas sociedades mantuvieron relaciones jurídicas durante el período de retroacción y, principalmente, de los compradores de viviendas y locales comerciales.

En suma, esta posición de RAMIREZ vendría a excluir de los gravísimos efectos de la retroacción de la quiebra todos aquellos actos de administración y disposición integrados en la actividad mercantil del comerciante quebrado (puede tratarse desde la venta en establecimiento mercantil de cualquier tipo de producto, hasta la venta de pisos y locales comerciales por una inmobiliaria o constructora), tomando como criterio cumulativo de normalidad el análisis de las condiciones del acto, en el bien entendido sentido que el mismo se concertó en las mismas condiciones, en las condiciones normales, en las que lo hubiese concertado un comerciante que no estuviese en situación de cesación de pagos, de quiebra de hecho, en suma.

Pero en contra de tal tesis de RAMIREZ, Angel ROJO (79), señala que la literalidad del artículo 878.2 C. Com., al no dar calificativo alguno a los actos de administración y dominio del quebrado —fuera de calificarlos como nulos—, pese a haberse suprimido la expresión «todo acto de administración y dominio», que contenía el artículo 1.035 C. Com. de 1829, conduce a entender que se abarca tanto a los

(78) Vid. Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, pp. 1303-1304.

(79) Vid. Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 69-71. En este sentido la doctrina de la nulidad absoluta sigue siendo para MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 37, la doctrina mayoritaria. Partidario de la exclusión de la retroacción de los actos ordinarios es BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ya *cit.*, pp. 1312-1313.

actos ordinarios como extraordinarios, siempre que recaigan sobre bienes propios del quebrado y no sobre bienes de titularidad ajena.

Dentro de este mismo estudio dedicamos un apartado independiente al análisis de las nuevas corrientes doctrinales tendentes a minorar la doctrina clásica de la retroacción como nulidad absoluta en el sentido expuesto antes por Angel ROJO.

Centrándonos a continuación en el análisis de la situación del tercero que contrató con el quebrado tras verse laminado por el peso de la retroacción como nulidad absoluta, JIMENEZ DE ESCARZAGA (80)

(80) *Vid.* Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 66 —quien incluso, p. 80, defiende el ejercicio de la acción reivindicatoria por parte del tercero, al amparo del artículo 908 C. Com.—, a quien sigue, en cuanto a la necesidad de articular algún mecanismo de restitución al tercero de su crédito, MARTÍN REYES, «Retroacción de la Quiebra, Nulidad del Contrato y Restitución de Prestaciones (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973)», «Revista Jurídica de Cataluña» 1975, pp. 331 y ss. También partidario de la devolución recíproca de prestaciones entre el quebrado y el tercero que contrató con él en el período de retroacción, Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 197-199, argumentando que de lo contrario habría un enriquecimiento injusto de la masa, así como se iría en contra de las consecuencias que se derivan de la nulidad de los negocios jurídicos, e incluso de las consecuencias del ejercicio de la acción revocatoria pauliana, siendo su conclusión que el tercero adquirente queda fuera de la quiebra, pues lo contrario sería agravar más de la cuenta el ya de por sí riguroso y duro artículo 878.2 C. Com.; Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, p. 1127, que congruentemente con su calificación de la acción de retroacción como rescisoria se apoya en el artículo 1.295 CC; Francisco VICENT CHULIÁ, «Compendio ...», ... *ya cit.* pp. 882-883, ante el silencio del artículo 878.2 C. Com., se apoya en los artículos 1.303, 1.304 y 1.308 CC, al mismo tiempo que no encuentra razón que justifique la no restitución: ni resulta afectado el principio de igualdad de trato de los acreedores, ni el C. Com. establece una presunción de mala fe en el tercero adquirente, habiendo seguido la misma tesis MARTÍN REYES, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 337 y José Luis VÁZQUEZ SOTELO, «Acumulación de Autos: Excepción a la *Vis Atractiva* del Juicio Universal (Artículo 166 LEC)», «Revista Jurídica Española LA LEY», 1986-2, p. 155. Síntesis de ambas tesis se puede ver en Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, pp. 22-23, pues defiende la necesidad de restitución al tercero de las contrapartidas del acto afectado por la retroacción, ya se entienda que estamos ante una nulidad (artículo 1.303 CC) o ante una rescindibilidad (artículo 1.295 CC), con el fin de evitar el enriquecimiento injusto de la masa y, por último, con apoyo en los artículos 908 y 909 C. Com. que obligan al deudor quebrado a devolver los géneros adquiridos al contado y no pagados en todo o en parte, lo que hace inexplicable lógica y jurídicamente que si los hubiera pagado pudiera retenerlos y solicitar además la reintegración de su precio. En contra de la configuración como acción rescisoria Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 140-141, que enumera cinco razones contra tal asimilación: subsidiariedad de la acción rescisoria frente a principalidad de la acción de retroacción; necesidad de concurrencia de intención dañosa en la acción rescisoria y ausencia de contemplación de la intención en la de retroacción; demostración de que el acto o contrato determinado ha impedido la efectividad de un crédito frente a la ausencia de tal demostración en la acción de retroacción ejercitada por la sindicatura; restitución recíproca de prestaciones en la acción rescisoria (artículo 1.295 CC)

llamó la atención acerca de las consecuencias perjudiciales que para los mismos acreedores se podrían derivar de la aplicación de tal nulidad absoluta, pues la misma debería llevar aparejada la restitución al tercero afectado por la nulidad de las transmisiones que el mismo hubiese realizado en favor del quebrado, ya que «la ineficacia del acto que la nulidad absoluta provoca, significaría una falta de título para justificar las transmisiones, y los bienes entregados al quebrado se habrían de reputar de dominio ajeno, y, por tanto, fuera de la masa de la quiebra (artículo 908 C. Com.)». Por ello, tras hacer una remisión a la doctrina general de la ineficacia de los contratos, considera que aunque el artículo 878.2 C. Com. se refiera a nulidad, en realidad se trata de una anulabilidad, incardinable dentro de las acciones rescisorias, pues a través de la misma sólo se pretende proteger el interés de los acreedores en relación con un contrato inicialmente válido y cuyo efecto es la ineficacia de dicho acto en el caso especialmente previsto por la Ley, lo que lleva, en suma, a concluir que se trata de una «acción pauliana degenerada a base de expansiones a casos ni originaria ni conceptualmente comprendidos en la misma, pudiendo bien decirse que con ello ha perdido el carácter de tal, conservando en común con la pauliana sólo su naturaleza rescisoria». En similar sentido, se pronuncia SOTILLO NAVARRO (81), para quien la que él denomina «acción revocatoria concursal» presenta un cierto paralelismo con la acción pauliana, que protege a la masa de acreedores, que se basa no

y ausencia de reintegración en la de retroacción; actuación contra el que perjudicó a los acreedores en la acción rescisoria frente a actuación contra cualquier tercero en la acción de retroacción; tales razones son prácticamente reproducidas para diferenciar la acción de retroacción de la acción pauliana en p. 147, pues para IBARRA FRANCO, p. 148, la acción de retroacción es una acción recuperatoria o restitutoria, que provoca una ineficacia especial, que no es nulidad, en los actos dentro del período de retroacción. En la práctica, se deniega la aplicación del artículo 1.303 CC en las Sentencias de 24 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Aranzadi 1989/6.956) —por no haberse invocado en la instancia— y de 19 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete; Aranzadi 1991/9.405), que sólo admite la consideración del tercero como nuevo acreedor, pero no el restablecimiento del equilibrio de prestaciones al margen de la quiebra. Por contra, se admitió la restitución de prestaciones en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 26 de enero de 1983 («Revista General del Derecho» n.º 483, diciembre 1984, pp. 2992-2994), que además plantea el interesante tema de la construcción por el tercero sobre la finca vendida por el luego quebrado dentro del período de retroacción, remitiéndose la restitución a la aplicación del artículo 361 CC, al considerar al tercero como de buena fe, al no existir constancia de que conociera la situación jurídico-patrimonial del luego quebrado al tiempo de construir en el terreno, que luego revierte a la masa de la quiebra, ya que la fecha de retroacción que le alcanzó fue establecida mucho después de iniciada la obra y sólo medio año antes de su conclusión.

(81) Vid. Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... ya *cit.*, pp. 553-554.

en el *consilium fraudis* sino en la disminución del patrimonio del deudor y que persigue hechos que en rigor pueden no ser fraudulentos. JIMÉNEZ DE ESCARZAGA (82) incluso defiende la protección frente a la propia acción rescisoria de las adquisiciones realizadas por terceros en aquellos supuestos en los que el legislador, por razones de orden público, establece la irrevindicabilidad de los bienes y derechos transmitidos: artículo 545.3 C. Com. referente a la cesión de valores mobiliarios —tras la Reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, artículo 545 C. Com.—; artículos 85 y 86 C. Com., en cuanto a la adquisición de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público (83); artículo 464 CC sobre la adquisición de bienes muebles, artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los números 1 y 4 del artículo 37 de la misma Ley, respecto de la adquisición de bienes inmuebles, descuento de letras de cambio realizadas por entidad bancaria que luego es declarada en quiebra, adquirente de buena fe de letras de cambio y adquisición judicial de bienes propiedad del quebrado (84). Francisco

(82) *Vid.* Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 66-77. Las consecuencias que más adelante extrae este mismo autor, pp. 78-81, de esta calificación de estas acciones como rescisorias, es la necesidad de que se acredite, para su éxito, la causación de perjuicios a los acreedores, y derivándose de la misma la necesidad de que los síndicos restituyan al tercero que contrató con el quebrado y procedan a la devolución de lo que recibió el quebrado del mismo, como condición previa para que se proceda a la restitución a la masa, pues «No bastará la mera inclusión en la masa de la quiebra, como un crédito más», así como defiende la protección de los terceros subadquirentes que no hubieran procedido de mala fe, en aplicación del artículo 1.295.2 CC.

(83) En el mismo sentido Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, pp. 90-91, quien apunta, además, a que no tiene relevancia el que el comprador no retire el objeto adquirido en el instante mismo de la venta, pues el artículo 1.463 CC presume verificada la entrega por el solo acuerdo o conformidad de los contratos si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta. En contra, Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 68, considera demasiado forzado traer a la retroacción la aplicación del artículo 85 C. Com.

(84) Referencia de los tres últimos supuestos se hace por Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 223, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976 (Aranzadi 1976/3.960) y 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185), por lo que se refiere al descuento de letras por entidades bancarias, y con apoyo en VICENT CHULIA para los otros dos casos —«Compendio Crítico de Derecho Mercantil», Tomo II, 3.^a Edición, «José M.^a Bosch, Editor», Barcelona, 1990, pp. 883-884, quien considera que el artículo 878.2 C. Com. no deroga ninguna de las normas de protección de las adquisiciones de terceros de buena fe: artículos 464 y 1.291 CC, 34 LH, 85 C. Com., ni las que protegen las adquisiciones hechas en virtud de adjudicación judicial—, así como reconoce la falta de apoyo legal expreso para tales opiniones. Más adelante, p. 224, matiza que sí quedará afectado por la retroacción el descuento si sus condiciones e intereses impuestos por el descontante fueren particularmente onerosos para el descontatario, justificando el mantenimiento de su validez, en general, en que a la salida de un valor económico del patrimonio del quebrado (el crédito descontado) se corresponde la entrada en la masa de otro equivalente (el importe de dicho crédito menos el interés del descuento), siendo la consecuencia que ni el Banco descontante podrá reclamar al descontatario quebrado la cantidad anticipada, ni la masa de acreedores podrá pedir al Banco la restitución de los efectos descontados y transmitidos al Banco, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963

VICENT CHULIA (85) justifica la exclusión de la retroacción de aquellas operaciones que no afecten a la masa de la quiebra, bien por no recaer sobre bienes embargables del quebrado (que no se incluirán en la masa de Derecho) o bien porque recaen sobre fondos o bienes ajenos, englobando dentro de estos últimos «... los pagos o abonos en cuenta corriente hechos por las entidades bancarias procedentes del cobro de letras de cambio recibidas en comisión de cobranza, o incluso en virtud de descuento, ya que el Banco se reintegra en este caso de los librados las cantidades anticipadas «salvo buen fin».

Angel ROJO (86), con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, expuso que para la misma esta nulidad no desencadena la restitución

n.º 605, pp. 530-535), que cita RECALDE. Para FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 171, la exclusión del descuento efectuado por la entidad bancaria de la retroacción se debe incluir dentro de la más amplia exclusión de las operaciones propias, ordinarias y habituales del tráfico comercial del quebrado. Más adelante volveremos sobre el contrato de descuento y la retroacción.

(85) *Vid.* Francisco VICENT CHULIA, *Compendio Crítico ...*, ... ya *cit.*, p. 881.

(86) *Vid.* Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 77-79. Anteriormente ya Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 135, fue tajante al decir que «... el quebrado no devuelve nada, solamente ha de hacerlo el afectado por la retroacción», siendo considerado el tercero como un acreedor más de la masa», lo que utiliza este mismo autor como criterio para considerar que la retroacción no implica nulidad sino ineficacia, señalando más adelante, p. 141, que «la retroacción no lleva consigo la devolución de lo percibido mutuamente. Da como válido lo que el quebrado percibió del retrotraído, y hace ineficaz lo que éste recibió de aquél», para concluir, pp. 156-157, en que «desde el momento de verificarse la devolución y siempre que haya solicitado el reconocimiento de su crédito, (el tercero afectado por la retroacción) pasa a integrar la masa de acreedores, considerándose como un acreedor más entre los ya existentes, y con derecho a percibir en su día lo que proporcionalmente le corresponda ...», con las graves consecuencias que ello tiene para el caso de que se le considere acreedor moroso, esto es, cuando la retroacción haya tenido lugar después de celebrada la Junta de examen y reconocimiento de créditos (*Vid.* pp. 157-160), lo que ocurrirá siempre que haya litigio debido a la duración del Juicio Ordinario correspondiente, pudiendo servir para salvar tal problema la consignación por el tercero de lo reclamado a disposición del Juez o de la Sindicatura si prestare fianza, con el fin de que se reconozca condicionalmente el crédito. Con referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1960 (Aranzadi 1960/3.476; que se apoya en que el artículo 878.2 C. Com., a diferencia de los artículos 1.303 y ss. CC., responde exclusivamente a la defensa de la masa de acreedores, así como en la ausencia de contratación del tercero con tal masa de acreedores), sigue esta doctrina BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, pp. 1302-1303. Referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973 (Aranzadi 1973/901) y 26 de marzo de 1974 («Colección Legislativa de España» 1974 n.º 148, pp. 400-408) —reiteradas luego, expresa o tácitamente, en la «Jurisprudencia Menor», así *Vid.* Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 14 de octubre de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 529-530, octubre-noviembre 1988, pp. 6304-6305), y de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de julio de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Corvo Aparicio, «Revista General del Derecho» n.º 565-566, octubre-noviembre 1991, pp. 9606-9609)—, que siguen la misma opinión, puede consultarse en José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, pp. 83-84, Nota (102), quien expone su propia opinión que, partiendo de la configuración de la retroacción como rescisión, le lleva a defender que el tercero «... sólo podrá obtener la recuperación de sus prestaciones en el momento en que se efectúe el reparto de la masa activa, o conforme a los términos del convenio que pudiera aprobarse, para lo cual necesitará de su previa inclusión en la masa pasiva», con los problemas que se generan por su inserción tardía en el caso de que hubiese habido pleito de retroacción.

de prestaciones, sino que al tercero adquirente se le hace participar en el dividendo que le corresponderá, en su día, junto con los demás acreedores y en el rango que le corresponda a su nuevo derecho de crédito, rango que en el caso de ser el tercero adquirente en virtud de una Escritura Pública inscrita en el Registro de la Propiedad deberá ser, a juicio de Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (87), el de acreedor escriturario de acuerdo con el artículo 913.4.º C. Com. A esa doctrina se opone el propio ROJO (88), por el enriquecimiento injusto que la misma supone para la masa de la quiebra, a la vez que considera injustificado el que se sancione de esa forma al tercero que contrató con el quebrado durante el período de retroacción, pero pese a ello él mismo reconoce que «... el Tribunal Supremo, sin desviación conocida, ha entendido que quien contrató con el quebrado ... no puede exigir simultáneamente la restitución de lo por él dado, sino que ha de insinuar el correspondiente crédito como acreedor concursal». Anotar que TORRES DE CRUELLES (89), mitiga un poco la gravedad de las consecuencias de las tesis de no restitución al tercero, pues considera que aunque no se estimase la restitución al tercero afectado por la retroacción de lo que entregó en tal período al quebrado, dicho tercero sería titular de un crédito posterior a la fecha de la retroacción, que sería un crédito contra la masa, lo que le dota de preferencia para el cobro a dicho tercero.

Muy crítico con la negación de restitución del tercero se manifiesta FINEZ RATON (90), quien además de seguir la posición de TORRES

(87) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 81, partiendo de la base de que la condición de adquirente inscrito en el Registro de la Propiedad del quebrado titular registral no implique una protección de tal adquirente frente a la retroacción que haga inatacable su derecho real. En la práctica, en la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Béjar García, «Revista General del Derecho» n.º 553-554, pp. 7943-7945) el acreedor hipotecario se contentó con solicitar el reconocimiento de su condición de acreedor ordinario en virtud del crédito ordinario anterior a la retroacción, que había sido garantizado con la hipoteca anulada.

(88) La misma línea crítica es mantenida por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, pp. 16-17, donde vuelve a destacar que transferir al tercero que contrató con el quebrado en el período de retroacción a la condición de un acreedor más, supone la inaplicabilidad del artículo 1.303 CC a la nulidad de la retroacción.

(89) Vid. Joaquín TORRES DE CRUELLES, «Comentario ...», ... *ya cit.*, p. 199.

(90) Vid. José Manuel FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 172-173. Anteriormente en el mismo sentido, Emilio BELTRÁN, «Las Deudas de la Masa», «Studia Albornotiana», Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, pp. 162-163, afirmando que la subsunción del tercero afectado por la retroacción en la ley del dividendo pugna tanto con los principios civiles sobre la ineficacia de los negocios, como con el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto, de manera que el crédito de ese tercero nace después de la quiebra como consecuencia de actos legítimos de la sindicatura.

CRUELLES antes citada al estimar que el crédito del tercero nace después de la declaración de quiebra, cuando se lleva a efecto la retroacción, por lo que no es un crédito concursal sino una deuda de la masa, defiende posteriormente que el artículo 878.2 C. Com. no impide la aplicación de los artículos 1.303 y ss. CC, justificando solamente la aplicación de la no restitución como sanción para el tercero que deviniese acreedor fraudulento, en cuyo caso considera que debería incluso subsumirse a tal tercero en la condición de cómplice de la quiebra y aplicarle los artículos 893 y 894 C. Com., lo que podría generar, como señala Agustín MADRID PARRA (91), que también tuviese que indemnizar daños y perjuicios.

En cuanto a lo que se refiere a la restitución que el tercero debe hacer a la masa, señala MASSAGUER FUENTES (92) cómo con independencia de que estemos ante una nulidad o rescisión, tal tercero deberá reintegrar la cosas con sus frutos y el precio con sus intereses, en aplicación de los artículos 1.295.1 y 1.303 CC, y no siendo posible la reintegración *in natura* deberá indemnizar los daños y perjuicios que hubiese ocasionado el negocio retrotraído, aplicándose en cuanto a mejoras, gastos y deterioros las normas generales relativas a la posesión de bienes ajenos, contenidas en los artículos 453 y 457 CC y referentes a los poseedores de mala fe.

Las especialidades que encierra la misma nulidad radical proclamada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (ni faltan requisitos esenciales del contrato en retroacción, ni resulta contrario a una norma imperativa o prohibitiva, ni está legitimado cualquiera para hacerla efectiva, ni se produce el efecto de restitución recíproca), le han llevado a DELGADO ECHEVERRÍA (93) a entender que estamos ante una «ineficacia especial», fruto de una interpretación jurisprudencial no literal del artículo 878.2 C. Com., que puede y debe ser corregida en cualquier momento, antes incluso de que el legislador modifique la norma, con lo que echa por tierra, con acierto, toda la doctrina fundada en la literalidad del artículo 878.2 C.Com.

Un último supuesto particular de actos realizados por el quebrado durante el período de retroacción sobre el que se ha detenido la doctrina ha sido el de las cuentas corrientes concertadas y remesas anotadas durante dicho período. Así, para Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (94) debe matizarse el alcance en este punto de la nulidad del artículo 878.2 C. Com., de manera que es partidario de aplicar la compensación dentro de las cuentas corrientes

(91) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El Mercado Hipotecario (EE.UU.-España)», «Banco Hipotecario de España, Madrid, 1988, ya *cit.*, p. 1163, Nota (91).

(92) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, pp. 81-83.

(93) Vid. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... ya *cit.*, pp. 17-18.

(94) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, pp. 125-128.

para determinar su saldo y conocer así si el corresponsal de la cuenta es acreedor o deudor del quebrado. Más recientemente se ha estudiado con detalle la cuestión por parte de Andrés RECALDE CASTELLS (95), al analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991, en la que se declaró la nulidad de los reintegros y cargos efectuados en la cuenta y libreta del quebrado después de la fecha de retroacción, condenando al Banco en el que estaba abierta la cuenta corriente a restituir a la masa de la quiebra la cantidad cargada en la cuenta de la que era titular el quebrado, en beneficio de la masa. Dicho criterio es seguido por la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (96), con base en que «... no cabe compensar un saldo que era indisponible al estar sometido a la Ley del dividendo en beneficio de todos los acreedores».

V. LA NECESIDAD DE SEGUIR UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL POSTERIOR PARA HACER EFECTIVA LA RETROACCION

Una vez que ya tenemos analizados la fijación de la fecha de retroacción y los efectos de la misma en la doctrina clásica hemos de referirnos, siquiera sea brevemente, a la forma de hacer efectiva la retroacción sobre los actos de administración y disposición del quebrado realizados dentro de dicho período.

(95) Vid. Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 226-227, quien tras exponer las posiciones doctrinales relativas a la operatividad de la compensación frente a la quiebra de OLIVENCIA —favorable a la impugnación por la Sindicatura de las compensaciones realizadas en período de retroacción por suponer un tratamiento privilegiado de ciertos acreedores— y URÍA —defensor de la oponibilidad de la compensación frente a la quiebra—, considera que en la cuenta corriente estamos ante una *compensación voluntaria, que no legal (no son, por tanto, aplicables los artículos 1.195 y ss. CC)*, de manera que, incluso en los casos de apertura de crédito en cuenta corriente puede no haber vencido el crédito del Banco y para conocer su importe líquido es preciso acometer las complejas operaciones de liquidación, por lo que considera que al encontrarnos ante un acto dispositivo realizado por los particulares, dicha compensación será revocable si perjudica a la masa. Contrario a la compensación en los procedimientos concursales es Luis ROJO AJURIA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1988», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 18, septiembre-diciembre 1988, pp. 883-894, por considerar que la compensación lesiona gravemente el principio de *par conditio creditorum*.

(96) Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355. A *contrario*, para el caso de la quiebra de la «Caja de Crédito Popular de Cataluña» la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185), acordó la retroacción de las cantidades dispuestas por el cuentacorrentista de su cuenta corriente en el período de quiebra, que no se correspondían con el descuento de letras de cambio llevado a cabo por el repetido cliente.

En la doctrina científica son constantes las referencias que se hacen a la clásica posición de GARRIGUES (97), para quien la nulidad radical o absoluta de la retroacción surtiría sus efectos directamente, sin precisar de ninguna intervención por parte de los Jueces y Tribunales. Esto es, conforme a dicha tesis, los órganos de la quiebra se podrían hacer directamente con los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del quebrado durante el período de retroacción sin necesidad de intervención judicial alguna, bastando simplemente con requerir extrajudicialmente a los terceros, que hubieran contratado con el quebrado, para que reintegraran tales bienes y derechos a la masa de la quiebra.

Pero dicha doctrina ha sido superada, al considerarse que, salvo en aquellos casos, en que los terceros afectados por la retroacción no pudiesen obstáculo alguno a la eficacia de la misma (reintegrando voluntariamente aquello que hubiesen recibido del quebrado a la masa de la quiebra), en los demás supuestos será preciso seguir un procedimiento judicial para hacer efectiva tal retroacción (98). Como argumento de rango constitucional en pro de esta necesaria intervención Judicial se ha sumado la referencia constitucional a la proscripción de la indefensión y necesidad de respeto del derecho fundamental a la tutela judicial

(97) Así recogen, ente otros muchos, las palabras de GARRIGUES, FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, «Las acciones ...», ... *ya cit.*, p. 701, o Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 64, si bien luego se apartan de ellas.

(98) En la doctrina, *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 397; Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 77-78; FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, «Las acciones ...», ... *ya cit.*, p. 701 -para quien mantener la postura contraria «... es poco menos que irrealizable prácticamente ...»-; Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 66-67, con cita de CARRERAS LLANSANA; Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 21; Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 222; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 11. En la Jurisprudencia, *Vid.*, entre las más recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo; Aranzadi 1988/4.047) —con cita de 13 de julio de 1984 (Aranzadi 1984/3.980)— y de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8.406).

Cita de todas ellas se hace en los Autos de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; «Aranzadi Civil» 1994/1.043 y 1.044); en la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de julio de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.240). En la práctica registral se hace referencia a la misma necesidad de procedimiento judicial en las ya citadas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de junio de 1993, cuando se refiere a la necesidad de que exista un procedimiento judicial en el que se declare la nulidad de los títulos derivados de negocios celebrados en período de retroacción, interviniendo en tales procedimientos judiciales los referidos adquirentes.

efectiva del artículo 24 de la Constitución, respecto de los terceros que contrataron con el luego quebrado (99).

Este procedimiento judicial deberá tener lugar una vez que ya se hubiese fijado definitivamente la fecha de retroacción, bien por no haberse impugnado y ganado firmeza la fecha provisional establecida en el Auto de declaración de quiebra (100), ya por haber ganado firmeza la Sentencia recaída en los procedimientos de modificación de dicha fecha de retroacción. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 (101) estimó la concurrencia de la excepción de litispendencia (artículo 533.5 LEC), porque al tiempo de tramitarse un Juicio de retroacción se estaba tramitando un incidente de modificación de la fecha de retroacción, «... puesto que según cuál sea la fecha que se declare en definitiva dependerá la validez o la nulidad de aquellos actos y contratos, que, por consiguiente, no podrá acordarse en tanto no se fije la tan mencionada fecha de retroacción ...».

El plazo para el ejercicio de la acción de retroacción depende de la propia naturaleza que se asigne a la misma. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (102), ha considerado que al tratarse de una nulidad absoluta no es aplicable el plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1.301 CC, sino que, aplicando la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad absoluta (clásico aforismo de que *quod ab initio vitiosum est tractu temporis non potest convallescere*), sostiene que estamos ante una acción imprescriptible. Por contra, si estimamos que nos encontramos ante una acción de rescisión por lesión (en el siguiente apartado de este estudio nos detenemos en la doctrina que mantiene esta naturaleza jurídica de la acción de retroacción), habría que estar a la aplicación del plazo de prescripción cuatrienal previsto en el artículo 1.299 CC.

(99) Vid. Resolución DGRN de 7 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.312). En la «Jurisprudencia Menor», Vid. Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos, «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 644-646).

(100) Vid. Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 5519, diciembre 1987, pp. 6871-6874).

(101) Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1982/2598. Anteriormente la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de diciembre de 1988 (Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285) admitió la presentación de la demanda de retroacción una vez firme el Auto de declaración de quiebra, que contenía la fecha de retroacción.

(102) Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro-Pulido López, «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935. Anteriormente, en el mismo sentido Sentencias de la Audiencia Territorial de Albacete de 26 de enero de 1983 («Revista General del Derecho» n.º 483, diciembre 1984, pp. 2992-2994) y de 18 de abril de 1986 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, p. 6920), que además remite a las disposiciones generales en materia de prescripción de las acciones, lo que, a nuestro juicio, va en contra de la concepción de nulidad absoluta de los actos afectados por la retroacción, respecto de la cual es tradicional en nuestra doctrina sostener que la acción correspondiente carece de plazo de prescripción o de caducidad para su ejercicio.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir, recoge SASTRE PAPIOL (103), con cita amplia de Jurisprudencia y doctrina científica, que ante el silencio del legislador acerca de un procedimiento específico para decidir esta cuestión habrá que estar al Juicio Declarativo Ordinario que corresponda a la cuantía de los actos de administración y disposición afectados, que se pretenden retrotraer a la masa de la quiebra. De esta doctrina, prácticamente uniforme, se apartó, con escaso éxito, Juan Domingo JIMÉNEZ ESCARZAGA (104), que defendió, por analogía con el artículo 1.375 LEC, que habrían de seguirse los trámites del interdicto de recobrar la posesión.

En materia de competencia, ante la ausencia de precepto especial en nuestra legislación procesal, habrá que atribuir el conocimiento de estos litigios al Juzgado de Primera Instancia que corresponda, de acuerdo con las normas generales de competencia territorial, sin que

(103) *Vid.* anteriormente Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las Acciones ...», ... *ya cit.*, p. 702, que llama la atención acerca de la paradoja que supone que el procedimiento para hacer efectiva la retroacción sea más largo y costoso que los procedimientos previstos para el ejercicio de las acciones de reintegración; por otra parte, apoya su conclusión en la aplicación analógica del artículo 1.377 LEC y cita la abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene resolviendo Juicios Declarativos de retroacción. Posteriormente, Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, pp. 8700-8701. En la doctrina ya Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 398, se mostraba partidario de que se hubiese establecido un juicio incidental para tramitar estos litigios, lo que volvió a reiterar M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, p. 252, al decir: «¿cómo es posible que respecto de determinados actos realizados cuando aún no se ha producido la cesación general en los pagos, se prevea el trámite recuperatorio del interdicto de recobrar, que presupone la ineficacia *ipso iure* del acto en cuestión, y no se extienda dicha vía recuperatoria a aquellos otros actos más próximos a la declaración judicial, que son verificados cuando ya se había producido el sobreseimiento y a los que también se les califica aparentemente de radicalmente nulos?» En la práctica se admitió la aplicación de la nulidad por retroacción de un crédito hipotecario en un Juicio incidental de reconocimiento de créditos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1960 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcárcel; Aranzadi 1960/2.067).

Por su parte, la Sentencia de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 1994 («Revista General del Derecho» n.º 598-599, julio-agosto 1994, pp. 8.485-8.486) ha negado la posibilidad de que los efectos de la retroacción se hagan valer en un Juicio Ejecutivo, como causa de oposición, dado su carácter sumario, ya que se pretendía por los fiadores de una póliza bancaria su liberación por causa de haberse concertado la misma en el período de retroacción de la entidad mercantil afianzada.

(104) *Vid.*, Juan Domingo JIMÉNEZ ESCARZAGA, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 78. Parece admitirse también tal posibilidad en la Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de julio de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo; «Revista General del Derecho» n.º 592-593, enero-febrero 1994, pp. 1577-1579), si bien se termina inclinando por el Juicio Declarativo, aparte de que, a nuestro juicio, confunde el ejercicio de la acción de reintegración del artículo 881 C. Com. (donde si procede seguir los trámites interdictales, *ex artículo 1.375 LEC*) con la acción de retroacción del artículo 878 C. Com., respecto de la que ninguna previsión se contiene en el señalado precepto procesal.

exista ninguna absorción de competencias para el Juzgado que conoce de la quiebra (105). Ahora bien, si ocurre que la competencia territorial para conocer del pleito de retroacción coincide con el lugar en que se viene conociendo del Juicio de Quiebra y se atribuye, sin reparto, el conocimiento de dicho pleito de retroacción al mismo Juzgado que conoce de la quiebra, tiene dicho la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (106) que «... el quebrantamiento de estas normas (de reparto) no reportaría, sin embargo, más que la posibilidad de imponer una sanción disciplinaria al Juzgador que no las hubiera observado como, con meridiana claridad, se deduce de los artículos 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 430 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en especial, del artículo 433, que indica que los Jueces que dicten Providencia en un negocio que no estuviera repartido serán corregidos disciplinariamente con arreglo a lo establecido en el título siguiente. ...».

La legitimación activa para formular estas demandas de retroacción se atribuye, conforme al artículo 1.366 LEC, a la Sindicatura de la quiebra (107), que deberá contar con la autorización del Comisario de

(105) *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 397, Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las Acciones ...», ... *ya cit.*, pp. 718-719, que se remite en concreto a la aplicación del artículo 62.1 LEC. Todo ello una vez desaparecidos los Jueces especiales de la quiebra, como el que se designó, por ejemplo, en la quiebra de la «Caja de Crédito Popular de Cataluña» en virtud del Decreto Ley de 17 de julio de 1947 y al que expresamente se atribuyó por la Sentencia de 4 de marzo de 1974 (Aranzadi 1974/931) el conocimiento de los pleitos de retroacción, abundantes, en el curso de dicha quiebra.

(106) Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355.

(107) Entre las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo que han reconocido tal legitimación, las de 25 de mayo de 1982 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1982/2.598), de 28 de enero de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo, Aranzadi 1985/203), de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno; Aranzadi 1985/1.198) y otras muchas que no reiteramos, por ser repetición innecesaria. En la «Jurisprudencia Menor», hace síntesis de doctrina jurisprudencial anterior, la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de julio de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Corvo Aparicio; «Revista General del Derecho» n.º 565-566, octubre-noviembre 1991, pp. 9606-9608), con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963 n.º 605, pp. 530-535), 8 de febrero (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1988/709), y 13 de abril de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1988/3.146). Muy gráfica es la Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos; «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 644-646), que afirma que «... la Sindicatura ... es quien tiene el monopolio de la legitimación activa en este terreno ...», lo que como veremos no es del todo cierto.

la quiebra, conforme a los artículos 1.091 C. Com. de 1829 y 1.369 y 1.370 LEC (108), con independencia de que la iniciativa pueda ser del

Vuelven a insistir en la legitimación de la Sindicatura, las Sentencias de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Álvarez Sánchez; «Revista General del Derecho» n.º 594, marzo 1994, pp. 2.742-2.747) —que destaca cómo la legitimación de la Sindicatura tiene origen legal y duda acerca de la necesidad de autorización del Comisario, pues la misma viene exigida por los artículos 1.369 y 1.370 LEC al respecto de las acciones revocatorias, no de la acción de nulidad por retroacción—, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. Juan R. Berdugo y Gómez de la Torre; «Aranzadi Civil» 1993/2.522), de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 1994 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a Blanca Escalonilla Morales; «Revista General del Derecho» n.º 598-599, julio-agosto 1994, pp. 8.485-8.486), de 1994 («Actualidad Civil» 1995/403), en la que *obiter dicta* se hace especial hincapié en la necesaria autorización del Comisario, de acuerdo con el artículo 1.091 C. Com. de 1829, atinente a la necesidad de autorización por el Comisario de los procedimientos judiciales que pretenden intentar los síndicos por negocios e intereses de la quiebra y de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de febrero de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; Inédita), para negar el ejercicio de las acciones de nulidad de los actos de dominio y administración realizados por el deudor en período de retroacción a los acreedores del quebrado.

(108) En la doctrina, *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 398; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 19. En la Jurisprudencia, *Vid.* Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 6871-6874), que admite la subsanación en el curso del procedimiento de la ausencia de autorización previa del Comisario, mediante la autorización prestada por el mismo simultáneamente a la tramitación del procedimiento; Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1987 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Aranzadi 1987/6.049), que señala que la autorización del Comisario del ejercicio de la acción de retroacción, *ex artículo* 1.369 LEC, constituye el único requisito de procedibilidad. Más *in extenso*, por ser el argumento fundamental que lleva a la desestimación del recurso de casación y con ello de la demanda de retroacción, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1993/788), en relación con el ejercicio por la Sindicatura de una acción revocatoria ordinaria del artículo 1.111 CC, si bien es cierto que extiende su argumentación de manera expresa a «... las demandas que, en materia de retroacción, entablen los síndicos ...», exigió dicha autorización del Comisario de la quiebra con base en los artículos 1091 C. Com. de 1829 y 1370 LEC, admitiendo la posibilidad de que la autorización del Comisario se hubiese prestado con posterioridad al momento en que se hubiese presentado la demanda de retroacción por los Síndicos; dicha Sentencia estimó el Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 16 de mayo de 1990 («Revista General del Derecho» n.º 559, abril 1991, pp. 3469-3471), que había defendido la no necesidad de la autorización del Comisario de la quiebra con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero y 13 de abril de 1988 (Aranzadi 1988/709 y 3.146), que más bien habían proclamado la posibilidad de que la iniciativa del ejercicio de las acciones de reintegración fuese de los propios Síndicos, del Juez a instancia de un acreedor o del Comisario de la quiebra, mas no que se excluyese la imperatividad procesal de la autorización del Comisario de la quiebra. En contra, *Vid. obiter dicta* la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1961 (Aranzadi 1961/4.163), por considerar que el ejercicio de la acción derivada del artículo 878.2 C. Com. no está incluida en los artículos 1.369 y 1.370 LEC lo que es completamente cierto, y a nuestro juicio sin fundamento, la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro-Pulido López;

propio Síndico, de los acreedores, del Comisario o del Juez como entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1988/709), considerando, por nuestra parte, que cuando la iniciativa proceda del Juez que conoce de la quiebra no será precisa la autorización del Comisario —así se desprende del artículo 1.370 LEC, que ante la inactividad del Comisario frente a la petición de los acreedores prevé que los mismos se dirijan al Juez de la quiebra, quien salvará la inactividad infundada del Comisario, por lo que se pondría un obstáculo insalvable al éxito de la acción si se exigiese que la iniciativa del Juez hubiese de ser completada con la autorización del Comisario previamente inactivo—, que, por lo demás, se presumirá cuando la misma proceda del propio Comisario *motu proprio* o movido por la queja de los acreedores. Dado que puede haber un período de tiempo que medie entre la declaración de quiebra y el nombramiento de la Sindicatura, se admite también la legitimación, entre tanto, del Depositario de la quiebra, como señala SASTRE PAPIOL (109), en su condición de administrador interino de la masa. En todo caso, se encuentran privados de legitimación

«Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935), pues se basa en el artículo 881 C. Com. (que no se refiere a la retroacción, sino a una de las acciones de reintegración) y elude la aplicación del artículo 1.091 C. Com. de 1829, si bien, en último término, se «cura en salud», para señalar que había existido una imposición judicial de actuación, aunque tampoco queda claro que ello fuera así, a nuestro entender, por el mero hecho de que el Juez hubiese ordenado a los Síndicos que sus derechos no los ejercitasen dentro del procedimiento concursal sino «ante quien y como corresponda», pues dentro de ese «como corresponda» podría incluirse la autorización del Comisario de la quiebra, a menos que haya una expresa orden judicial de actuación de la Sindicatura. A nuestro juicio, el fundamento legal más claro para defender la exigencia de tal autorización es el mantenimiento de la vigencia del artículo 1.091 C. Com. de 1829, en cuanto que precepto de naturaleza procesal que es.

(109) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, pp. 8702-8703, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño; Aranzadi 1981/5.051), que luego se reitera en la Sentencia de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8.406). En la «Jurisprudencia Menor», con cita de la primera de las señaladas Sentencias del Tribunal Supremo, Vid. Auto de la Sala 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de octubre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 532-533, enero-febrero 1989, pp. 457-458), y Sentencia de la Sala 2.^a de la misma Audiencia de 3 de diciembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285), que fundamenta su conclusión, esencialmente, en el artículo 1.181 LEC, aplicable a la quiebra por mor del artículo 1.319 LEC, que configura al depositario como administrador interino de la quiebra.

Ya con referencia completa de las dos Sentencias antes referidas del Tribunal Supremo, la ya citada Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522). También con cita además de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1961 (Aranzadi 1961/2.336), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de julio de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.240).

para actuar en representación de la masa de los acreedores en el ejercicio de la acción de retroacción tales acreedores, individualmente considerados, en virtud de una inexistente acción subrogatoria (110), por lo que, de conformidad con el artículo 1.367 LEC, a los acreedores singularmente considerados no les queda más solución que, ante la inactividad de la Sindicatura y el Comisario a quienes ya se hayan dirigido, dirigirse al Juez en queja (111), con independencia de las responsabilidades que se puedan exigir posteriormente a los Síndicos para que indemnicen de los daños y perjuicios ocasionados por su falta de actuación procesal. Con carácter particular, para el caso de que alguno de los tres Síndicos falte por cualquier causa, se defiende en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1987 (112) la suficiencia de la actuación de los restantes, fundada en la aplicación del artículo 1.226 LEC, referente al concurso de acreedores, y aplicable a la quiebra en virtud de la remisión general ya repetida y contenida en el artículo 1.319 del mismo texto legal. Por su parte, la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (113) ha admitido la actuación de la Sindicatura por mayoría de sus miembros (dos de ellos), que pueden, además, otorgar Poderes para Procuradores ya de forma conjunta o separada. Más recientemente la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (114), ha resaltado cómo la legitimación de la Sindicatura proviene del mandato legal, de modo que no se precisa acuerdo alguno de la Junta de acreedores atinente al ejercicio de las acciones de retroacción, así como ha matizado el alcance de la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1993, en lo que respecta a la necesidad de autorización del Comisario de la quiebra, puesto que en tal litigio se ejercitaba una acción revocatoria ordinaria del artículo 1.111 CC, aunque por nuestra parte consideramos que el Tribunal Supremo quiso extender tal requisito de procedibilidad a las demandas de retroacción, englobando dentro de ellas las demandas de retroacción en sentido estricto; ello aparte de que el artículo 1.091 C. Com. de 1829 hace una referencia muy ge-

(110) Así se declaró expresamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1988/709), comentada por Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, «Legitimación ...», ... *ya cit.*, pp. 435-437. Se señala por Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, p. 1.123, que «... esta acción (se refiere a la de retroacción) no se concede a nadie que no sea acreedor, ni a ningún acreedor aislado, sino a la masa de acreedores ...».

(111) *Vid.* Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 116.

(112) Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade; Aranzadi 1987/7.295.

(113) Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Ferrer Mora; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935.

(114) Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355.

neral en cuanto a las acciones de la Sindicatura que requieren previa autorización del Comisario, al englobar dentro de las mismas a aquellas que den lugar a cualquier «procedimiento judicial por negocios o intereses de la quiebra».

En cuanto a la legitimación pasiva, habrán de ser demandados los terceros que contrataron con el quebrado y que se podrán ver, por tanto, directamente afectados por la retroacción, tal y como por ejemplo proclama, al estimar la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1980 (115), a propósito de la necesidad de demandar a los avalistas del quebrado frente al Banco respecto del cual se pretendía declarar la nulidad de los reembolsos efectuados al mismo por parte del deudor quebrado. En relación con la pretendida nulidad de una hipoteca concertada en el período de retroacción se hace un completo estudio de quiénes habrían de ser demandados en la Sentencia de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (116), incluyendo a los quebrados, a los copropietarios de la finca hipotecada, a la entidad prestamista que a la vez fue adjudicataria de la finca, y a los terceros compradores.

A ello se suma la fundamentación registral de la necesidad de llevar a cabo tales notificaciones para lograr la cancelación de los títulos de los terceros que hubiesen accedido al Registro de la Propiedad, pues para que tal cancelación tenga lugar, como señala el artículo 82.1 LH, será preciso que tales terceros hayan sido demandados en Juicio en el que recaiga una resolución judicial que ordene la práctica de la cancelación (117). También sirve de base a esta misma conclusión la aplicación de los artículos 20, 40 y 83 de la Ley Hipotecaria, 174 del Reglamento Hipotecario y 1.186 LEC (118). Consecuentemente, si en tal procedimiento

(115) Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Gallardo Ros, Aranzadi 1980/3.809. Se supera de esta forma la, a nuestro juicio, incorrecta tesis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1974, ya citada en este trabajo, donde se consideró innecesario demandar a los herederos del quebrado fallecido que había otorgado la compraventa cuya nulidad se pretendía.

(116) Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro Pulido López; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935.

(117) *Vid.* Resolución DGRN de 20 de enero de 1986 (Aranzadi 1986/999). Con carácter más general, pero también relacionado con una quiebra, se manifestó la Resolución DGRN de 17 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/6.913).

(118) *Vid.* Resolución DGRN de 7 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.312). Al respecto de una anotación preventiva de la demanda de nulidad de actos afectados por la retroacción de la quiebra, se pronunció en el mismo sentido la Resolución DGRN de 19 de enero de 1993 (Aranzadi 1993/444), con apoyo expreso en los artículos 40.II.d LH, 38.II LH. En la «Jurisprudencia Menor», puede verse la cita del artículo 40.II.d LH, en los Autos de la Sala 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de febrero de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 525, junio 1988, pp. 3.920-3.922), y de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 1991 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Ferrer Mora; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8928-8930).

judicial se obtiene la nulidad del acto de disposición que accedió al Registro de la Propiedad celebrado en período de retroacción, se procederá a la cancelación de la inscripción registral que hubiese tenido lugar (119), con independencia de las tesis que tienden a la protección de los terceros hipotecarios que analizamos separadamente en este mismo trabajo, pues ahora sólo nos estamos ocupando de cuestiones procesales dentro de la teoría clásica de la retroacción.

En cuanto a la necesidad de demandar o no al propio quebrado, se muestra radicalmente contrario Francisco RAMOS MENDEZ (120), con cita de FENECH, al afirmar que «la traída al proceso de la entidad en quiebra como demandada es arbitraria y absurda jurídicamente ...». A nuestro juicio el quebrado carece en realidad de interés legítimo en los «pleitos de retroacción», puesto que lo único que puede ocurrir es que, de resultar victoriosa la Sindicatura de la quiebra, se incremente su masa activa a la vez que se incrementa su masa de acreedores, pero sin que en nada más le afecte el resultado del repetido procedimiento de retroacción, puesto que en ningún momento se ha reconocido, por ejemplo, que el tercero que se ve afectado por el éxito de la retroacción pudiera reclamar una indemnización de daños y perjuicios del quebrado, por no haber sido advertido de su previa situación de sobreseimiento general en los pagos, que repercutiese negativamente en el propio quebrado.

En el Auto de la Sección 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de octubre de 1988 (121) se ha tratado acerca del interesante tema de la adopción de medidas cautelares dentro del procedimiento seguido para hacer efectiva la retroacción de los actos del quebrado comprendidos dentro de dicho período, considerándose que no habrá que estar a la aplicación del precepto general previsto para las medidas cautelares en la LEC (artículo 1.428), sino que serán de aplicación los preceptos especiales previstos en tal texto legal para la administración de la quiebra (artículos 1.350 y ss. LEC), y en especial el artículo 1.353 LEC, atinente al depósito de los rendimientos de los bienes afectos a la masa de la quiebra, citando también en apoyo de esta misma tesis la aplicación del artículo 1.081 C. Com. de 1829.

Por lo que se refiere a la imposición de costas en estos procedimientos, Luis VACAS MEDINA (122) se muestra partidario de la sujeción a las reglas generales en materia de costas procesales, pese a que se requiera

(119) *Vid.* Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de diciembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285), con cita de los artículos 33, 79, números 2.º y 3.º, 82 y 136 de la Ley Hipotecaria.

(120) *Vid.* Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las acciones ...», ... ya *cit.*, p. 721, Nota (48).

(121) «Revista General del Derecho» n.º 532-533, enero-febrero 1989, pp. 457-458.

(122) *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, pp. 398-399.

la antes señalada autorización del Comisario de la quiebra, puesto que tal autorización ni prejuzga el éxito de la demanda, ni debe servir, a su juicio, de escudo contra una posible imposición de costas ni contra ulteriores acciones que se pudiesen seguir contra la Sindicatura para exigir las indemnizaciones por los perjuicios que se hubiesen podido ocasionar, recordando, por nuestra parte, la tesis de la ya citada Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de abril de 1993 que se puede trasplantar a este punto en cuanto a la actuación en interés general de la masa de la Sindicatura de la quiebra, como criterio justificativo de la no imposición de costas procesales en caso de derrota.

VI. EL PERJUICIO DE LA MASA COMO CRITERIO CORRECTOR DE LA NULIDAD DEL ARTICULO 878.2 C.COM.

Aunque en principio el artículo 878.2 C. Com. de 1885 se limite a proclamar, sin más, la nulidad de los actos de dominio y administración realizados por el quebrado dentro del período de retroacción, es lo cierto que la doctrina y la Jurisprudencia, más la primera, han tendido a reducir su extensión, de manera que en la actualidad es mayoritaria en exigir que tales actos sean lesivos intrínsecamente para la masa de acreedores, con independencia de que exista intención fraudulenta en ambas partes o en una sola de ellas (123).

(123) Vid. Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 61-65, hace hincapié en que no se conoce ningún caso de pretensión de la Sindicatura de hacer valer la retroacción frente a actos beneficiosos para la masa; Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 71-72; Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 222, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976 (Aranzadi 1976/709) y 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185); SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8701; tal y como ya habían señalado anteriormente Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 410, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1928 y 25 de mayo de 1944 (Aranzadi 1944/675) y JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... ya *cit.*, pp. 1123-1126, pues estima que de lo contrario (admitir la retroacción de actos beneficiosos para la masa de acreedores) resultaría que la Sindicatura carecería de «interés de obrar», al pedir la nulidad de lo que no haya perjudicado a los acreedores, lo que le hace concluir que nos encontramos más que ante una nulidad ante una rescisión por lesión, que no por fraude, a los acreedores, afirmando que «la lesión ha de ser objetiva, basta con que se haya producido y no se requiere el *animus*», así como que «... la quiebra —insolvencia declarada— exime por definición de la prueba de que no hay otros medios de hacer efectivos los créditos ... (el requisito de la subsidiariedad del artículo 1.294 CC)». Anteriormente Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, p. 59, mostró que el conocimiento de la causación de perjuicios como consecuencia de la contratación en período de retroacción no es requisito para que la misma opere, pues lo hace incluso en los casos de quiebra fortuita del artículo 887, que se produce «por infortunios que deban estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil».

Pero esa posición no ha sido clásica en nuestra doctrina y Jurisprudencia. Baste ver en este sentido la síntesis que, por ejemplo, hace Luis VACAS MEDINA (124), quien recoge las opiniones doctrinales y jurisprudenciales hasta la década de los cincuenta favorables a una nulidad absoluta de los actos patrimoniales del quebrado en período de retroacción, por considerar, como ya hemos visto, que se trata de actos realizados por el quebrado inhabilitado (la declaración de quiebra lleva consigo la inhabilitación del quebrado, artículo 878.1 C. Com., por lo que la retroacción lleva tal inhabilitación a la fecha en que se fija la misma).

Se ha superado, eso sí, la consideración de que los actos nulos en período de retroacción habrían de serlo sólo aquéllos celebrados en connivencia fraudulenta con el quebrado o que supusiesen un pago anticipado, pues tales requisitos son exigidos en los artículos 879 a 882 C. Com. para los actos realizados antes de la fecha de retroacción (125).

Ya clásicamente, incluso por quienes defendían la aplicación literal de la Ley (nulidad de los actos en período de retroacción) se mantenía un cierto recelo hacia la rigurosidad de esa conclusión. Así, RAMÍREZ (126), se planteaba entre otras preguntas «¿cómo entender, pues, y, sobre todo, justificar, que quien adquirió de un propietario libre de disponer de sus bienes, pueda ver revocado su acto dispositivo? ¿Cómo restar eficacia, por ejemplo, a la prenda o hipoteca concertada por quien, además de ser propietario de la cosa dada en prenda o en hipoteca, tenía la libre disposición de sus bienes, cumpliéndose así los requisitos exigidos para la validez de aquellos contratos de garantía en el artículo 1.857 del Código Civil?». Pero pese a esas dudas se manifestaba partidario de la nulidad radical.

Pero también se levantaron voces críticas, como es el caso de la visión hipotecarista de ROCA SASTRE (127), para quien la declaración de nulidad de los actos de administración y disposición realizados por el comerciante quebrado, antes de la declaración de quiebra, supone la actuación de una incapacidad en un tiempo en que tal incapacidad no

En la práctica reciente, por su completa síntesis jurisprudencial, *Vid.* Sentencias de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de febrero («Tribunales de Asturias» VIII, 1994-1995, 3.439) y de 21 de marzo de 1995 («Tribunales de Asturias» VIII, 1994-1995, 3.461), donde se cita la interpretación flexible de la retroacción (sólo de los actos lesivos o perjudiciales para la masa) de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1960, 23 de febrero de 1990 y 12 de marzo de 1993.

(124) *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, pp. 404-406.

(125) Cita en este sentido Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 410, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1928 y 25 de mayo de 1944 (Aranzadi 1944/675). A esta doctrina tanto científica como jurisprudencial se refiere con detalle la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647).

(126) *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 348.

(127) *Vid.* Ramón M.^a ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», ... *ya cit.*, pp. 595-596.

existía realmente, lo que perturba la seguridad jurídica «constituyendo una rémora para el tráfico jurídico». Para salvar este problema ROCA SASTRE propuso utilizar el criterio de la acción pauliana, de manera que sólo deviniesen ineficaces los actos de administración o disposición concertados con terceros que tuviesen conocimiento de la situación de bancarrota del transferente.

Los orígenes de la matización de los efectos de la retroacción por la aplicación de los principios hipotecaristas, fundamentalmente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se encuentran en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909 (128), que prontamente fue abandonada en la doctrina del Tribunal Supremo hasta tiempos muy recientes. Muestra de tal abandono se puede apreciar de manera expresa en la Sentencia de 17 de marzo de 1958 comentada por TORRES DE CRUELLS (129).

Ello no es obstáculo para que en la doctrina se haya defendido su aplicación, así por ejemplo por parte de Tomás OGAYAR Y AYLON (130), aunque reducido al caso del tercero subadquirente, y partiendo de la base, como establece con acierto Antonio BILBAO ARISTEGUI (131), de que se debe tratar de un acto de adquisición de derechos sobre bienes inmuebles (ya se trate de la adquisición de la propiedad o de la constitución de un gravamen real) a título oneroso. Actualmente la importancia de la normativa hipotecaria es enorme en la quiebra, frente a

(128) Citada, entre otros, por E. JARDI, «La Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 184; Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 76, de pasada, sin detenerse a intención en el mismo, se refiere también a este problema del «choque brutal entre los preceptos del Código de Comercio y los de la Ley Hipotecaria, el primero fijando su atención en el propio quebrado y sus acreedores (a nuestro juicio, más en estos últimos), y la segunda observando y protegiendo al adquirente». Por su parte, Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad ...», ... *ya cit.*, pp. 95-98, se detiene en esta Sentencia de 17 de febrero de 1909, para considerar que la misma sólo contiene el argumento de la mala fe del adquirente del quebrado y titular registral como argumento a mayor abundamiento, que no rompe con la radical interpretación de las consecuencias de la retroacción frente a terceros adquirentes del quebrado como nulidad radical.

(129) *Vid.* Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... *ya cit.*, especialmente pp. 196-197, que toma apoyo en ROCA SASTRE y añade que como el artículo 37.4 LH establece la no protección frente a la acción pauliana, con mayor razón, a su juicio, ello habrá de ocurrir con la retroacción, que para él entraña la nulidad absoluta y radical.

(130) *Vid.* Tomás OGAYAR Y AYLON, «Fijación de la Fecha ...», ... *ya cit.*, p. 677, fundándose para ello también en el artículo 37 LH. También es favorable a la protección del adquirente registral de buena fe, en virtud del artículo 34 LH, Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 79-81, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1960 (Aranzadi 1960/2.067), y 1 de febrero de 1974 (Aranzadi 1974/433), que considera contienen el mejor criterio. En apartado independiente, dentro de este trabajo, analizaremos con detalle la incidencia del Derecho Registral Inmobiliario en la retroacción de la quiebra.

(131) *Vid.* Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Actuación ...», ... *ya cit.*, p. 1300.

la importancia secundaria que en su día le atribuía VACAS MEDINA, porque ¿qué comerciante cuando tiene dificultades de liquidez, que pueden conducir a una cesación de pagos, no concierta créditos hipotecarios, pudiendo ser ejecutados y adjudicados los bienes hipotecados al propio acreedor o adquiridos por terceros?, así como ¿cuántas no han sido y son las empresas constructoras dedicadas a la venta de viviendas y locales de negocio que devienen a la situación de quiebra siendo posible la incidencia de su retroacción sobre los adquirentes y subadquirentes registrales de los mismos? Ello nos pone fácilmente sobreaviso acerca de la importancia y volumen que tiene actualmente este particular sector de la retroacción de la quiebra, por lo que nos detendremos más adelante en el mismo.

Otro ejemplo de matización de la aplicación de la retroacción por parte de nuestros Tribunales puede verse en el tratamiento del descuento de letras efectuadas por entidad bancaria, tal y como señala Angel ROJO (132) con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1975 —Aranzadi 1975/2.053, con cita de la de 21 de junio de 1963 (Aranzadi 1963/3.465)—, 10 de marzo de 1976 (Aranzadi 1976/1.176) —que puntualiza que el dinero abonado por la Caja quebrada y descontante al cliente descontatario en su cuenta corriente nunca pasó a ser propiedad de la entidad quebrada, por lo que no se retrotrajeron las disposiciones efectuadas por el cliente de dicha cuenta en período de

(132) *Vid.* Angel ROJO. «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 81, Nota (49). José Luis GARCÍA-PITA Y LASTRES, «El Contrato Bancario de Descuento», «Centro de Documentación Bancaria y Bursátil», Madrid, 1990, pp. 831-841, quien a las Sentencias citadas por ROJO añade la de 28 de mayo de 1960 (Aranzadi 1960/2.062) —que destaca cómo el hecho de que el numerario recibido, vía descuento, por los luego quebrados del banco descontatario fue debido a la actuación de los quebrados y no del banco—, para concluir con que «... ni el descontatario sufre una pérdida patrimonial, pues el descuento no representa un negocio ruinoso para él (a pesar de la detracción de intereses), ni tampoco la experimenta el banco, que adquiere un crédito que le atribuye el derecho a percibir una suma dineraria superior a la cantidad efectivamente desembolsada, a la par que se ve garantizado por la posibilidad de tener acceso, como mínimo, a dos patrimonios de ejecución (el del descontatario y el del deudor descontado), el contrato objeto de nuestro estudio no debe resultar afectado por los efectos de la retroacción de la quiebra, sea absoluta o relativa». FÍNEZ RATÓN, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 170-171, excluye también de la retroacción los actos del quebrado que recaigan sobre bienes excluíbles del patrimonio concursal o tengan por objeto la satisfacción de las necesidades vitales del quebrado y su familia, a lo que ya se refirió en la práctica la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de junio de 1982 («Revista General del Derecho» n.º 462, marzo 1983, pp. 434-435) al excluír aquellos actos del luego quebrado que no hubieran supuesto trasvase patrimonial. Respecto del descuento apunta DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 22, que tal posición no se mantiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, Aranzadi 1991/9.405), cuando el quebrado es el descontatario, como también lo ha destacado la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355,) respecto de los pagos realizados durante el período de retroacción dentro del marco de un contrato de descuento bancario. En la «Jurisprudencia Menor» se cita, *obiter dicta*, la excepcionalidad de los descuentos y cuentas corrientes bancarias en la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de julio de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Corvo Aparicio; «Revista General del Derecho» n.º 565-566, octubre-noviembre 1991, pp. 9606-9609).

retroacción—, 15 de octubre de 1976 (Aranzadi 1976/3.960) y 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185), por causa justamente de que en el descuento bancario realizado en condiciones normales, el cobro del *interussurium* por parte del Banco descontante al descontatario no implica perjuicio alguno para la masa de acreedores.

En la práctica, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1963 (Aranzadi 1963/5.612) ha mantenido también la no aplicación del artículo 878.2 C. Com. a aquellos actos realizados en parte por el quebrado en período de retroacción, que fueron después complementados por la Sindicatura de la quiebra, solicitando y obteniendo el despliegue normal de sus efectos en lugar de instar su nulidad.

Más matizada era aún la posición *de lege ferenda* de GARRIGUES, quien proponía una reforma de la legislación (ya que su posición *de lege data* siempre fue, en aplicación de la normativa vigente, la de mantener la nulidad radical y de pleno derecho, para solamente declarar nulos los actos a título gratuito y anular sólo los actos a título oneroso que fueron fraudulentos. A esta tesis de GARRIGUES, se sumaba, como propuesta de reforma legislativa, RAMÍREZ (133) partidario de una «nulidad relativa, tanto en el aspecto objetivo (limitada a los actos que tuvieran una repercusión real sobre la masa de la quiebra, aumentando o disminuyendo el activo se excluirían, por tanto, las obligaciones estrictamente personales y las adquisiciones hechas por el deudor), como en el aspecto subjetivo (sólo podría hacerse valer por los acreedores, en cuyo interés exclusivo se establece, no por el quebrado, ni por el que contrató con él)». En esa línea se movió el elogiado Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959, suprimiendo la retroacción absoluta, que sustituía por un sistema de acciones de impugnación (134).

(133) Vid. José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 354.

(134) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, pp. 58 y 95, que calificaba dicha reforma proyectada de «un paso adelante» y señalaba, p. 106, de forma sintética las acciones de impugnación previstas en el mismo: «así, serán nulas las donaciones y las deudas satisfechas antes de su vencimiento (artículos 33 y 34), son anulables los actos que suponen una diversidad de trato entre los acreedores y los que aumentan la insolvencia del concursado (artículos 35 y 36), y rescindibles los sometidos a la acción pauliana y los simulados (artículos 38 y 40). Esta diversificación supone un gran avance respecto del sistema vigente, pues cada acto es sometido a un tratamiento distinto y tiene efectos diferentes según cuál sea su naturaleza», para entender, p. 108, que el sistema proyectado respondería mejor a la búsqueda de «... un punto de armonía entre los intereses afectados por un procedimiento concursal que satisfaga a todos ellos del mejor modo posible»; recoge Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 162-163 la composición de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos que se encargó de la redacción de dicho Anteproyecto: Joaquín GARRIGUES, Manuel DE LA PLAZA, Rodrigo URÍA, Luis VACAS MEDINA, Pío CABANILLAS, Manuel OLIVENCIA y Luis DíEZ-PICAZO, haciendo mención dicho autor a que con el citado Anteproyecto, al suprimir la retroacción, «... la legislación española sobre quiebras ... creemos olvidará para siempre el peligroso párrafo segundo del artículo 878 de nuestro Código de Comercio»; Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 83-84.

Para Angel ROJO (135) estamos ante una nueva doctrina científica y jurisprudencial consolidada (nulidad sólo de los actos de administración

(135) *Vid.* Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 71-72, con cita especialmente, Notas (31) y (32), de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976 (Aranzadi 1976/3.960) y 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185). Anteriormente, también Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... *ya cit.*, p. 551, con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1958 y RAMÍREZ, defendieron la proyección de los efectos de la ficción legal que es la retroacción sólo sobre aquellos actos del quebrado «... que, ejecutados antes de que la quiebra fuere declarada, resultaron perjudiciales para sus acreedores, como perpetrados en su daño y fraude ...». Posteriormente, Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, pp. 1124-1125, destaca cómo el artículo 1.366 LEC, en cuanto que precepto adjetivo, matiza el artículo 878.2 C. Com., al reducir su ámbito de actuación a los actos del quebrado en perjuicio de la masa de acreedores; especial hincapié en la incidencia del artículo 1.366 LEC se hace por MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, pp. 67-69, si bien este autor para configurar la acción de retroacción ejercitada sólo por los Síndicos como de rescisión por fraude acreedores; rotundo es en defensa de esta tesis Agustín MADRID PARRA», «El Mercado ...», ... *ya cit.*, p. 1164, para quien «carecería, por tanto, de sentido que se declarasen nulos negocios jurídicos sin que ello reportase beneficio alguno a la masa activa o, lo que sería peor aún, que la nulidad implicase un perjuicio para la masa y, por tanto, para los acreedores»; Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 22, para quien sería absurdo incluir en la retroacción las operaciones beneficiosas para la masa activa, pues respecto de las mismas a la masa no le queda otra opción lógica que congratularse de su conclusión; este mismo autor, en p. 23, llega a la misma conclusión sobre la base de la interpretación del artículo 878.2 C. Com. a la luz del artículo 1.366 LEC, que exige el perjuicio para la quiebra para que se pueda ejercitar la acción que el mismo denomina de «retroacción» y no de nulidad, puesto que el mismo habla de «pedir la retroacción de los actos» y no de pedir su nulidad; José Manuel FÍNEZ RATÓN, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 171-172; Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, primero de pasada en p. 8695 y luego con mayor detalle en p. 8702, considera que el artículo 1.366 LEC «... mitiga así el enérgico y absurdo tenor literal del artículo 878 del Código de Comercio ...»; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, pp. 22-24, quien es partidario de dicha limitación, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1988/709), que lo admite indirectamente al señalar que habrán de ser los Síndicos de la quiebra los que ponderando la existencia o no de perjuicios para la masa decidan el ejercicio de las acciones de retroacción, de 13 de abril de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1988/3.146) que cita a la anterior, y de 24 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Aranzadi 1989/6.956), que lo rechaza sin dejar claro si ello fue por falta de prueba o por una exclusión generalizada de tal requisito —a nuestro juicio esta Sentencia destaca más bien la necesidad de que el tercero acredite que no se perjudica con el acto de disposición o administración a la masa de la quiebra, partiendo, pues, de la presunción de perjuicio por la fecha en que se celebró el acto—, para más adelante, pp. 28-31, referirse a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, Aranzadi 1993/1.793) que *obiter dicta* vuelve a dejar abierta la puerta de la exigencia del perjuicio para la masa de acreedores, como requisito de operatividad del artículo 878.2 C. Com. Igualmente, también apunta a la relevancia del perjuicio en el éxito del artículo 878.2 C. Com. la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1990/712). En la «Jurisprudencia Menor» más rotundos, aunque también *obiter dicta*, son los Autos de la Sección 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de febrero de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 525, junio 1988, pp. 3920-3922) y de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 1991 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Ferrer Mora; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8928-8930), que califican la acción de retroacción como acción rescisoria; Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos; «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 644-646); Sentencia de la Sección 13.^a

y dominio en período de retroacción que resulten perjudiciales para la masa) a la que se llega por la interpretación sistemática de los artículos 878.2 C. Com. (que no dice nada al respecto) y 1.366 LEC (que sí que matiza los actos de administración y dominio del quebrado afectados por la retroacción, para reducirlos a «los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil»), considerando además que la carga de la prueba reside en el tercero que contrató con el quebrado, de manera que no recae sobre la Sindicatura la acreditación del perjuicio de la masa (perjuicio económico, entendemos nosotros, de disminución del valor de la misma), sino que recae sobre los terceros la invocación y prueba de que el acto no ha perjudicado a la masa.

Indirectamente, también se acoge a esta nueva visión de la retroacción Francisco VICENT CHULIA (136), si bien el mismo desde la particular perspectiva de calificar la nulidad de la retroacción como subsanable o convalidable por los Síndicos y respecto de aquellos actos que sean favorables para la masa, sin que ello le lleve a calificar el supuesto de anulabilidad, por las dificultades que tendría de incardinarse en las normas de ésta, fundamentalmente en el plazo de prescripción de CUATRO AÑOS sin tener un claro *dies a quo* para computarlo (artículos 1.299 y 1.301 CC). Para alcanzar esa opinión VICENT CHULIA se fundamenta en los artículos 909 y 919 C. Com., que permiten a los Síndicos asumir las compras del quebrado en curso de ejecución y amortizar anticipadamente un préstamo garantizado con prenda para traer a la masa la cosa pignorada, sin que se establezca que ello sólo pueda afectar a contratos celebrados fuera del período de retroacción.

A la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989, DELGADO ECHEVERRÍA (137) se cuestiona que, de admitirse

de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 1994 («Revista General del Derecho» n.º 598-599, julio-agosto 1994, pp. 8.485-8.486); Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de julio de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.240); una batería de recientes Sentencias de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo sigue también esta doctrina, son las de 24 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; «Tribunales de Asturias» VII, 1994, 3.004), de 29 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilmo. Sra. D.ª M.ª José Pueyo Mateo; Inédita) y de 30 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio García Lagares; «Tribunales de Asturias» VII, 1994, 3.015), y el Auto de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 29 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Sánchez Álvarez; «Tribunales de Asturias» VII, 1994, 3.012), con el fin de no extender la nulidad indiscriminada, señalan a título indicativo, a todos los pagos realizados a proveedores o los verificados a los trabajadores.

(136) Vid. Francisco VICENT CHULIA, «Compendio ...», ... ya *cit.*, p. 882, a quien sigue Manuel BROSETA, «Manual ...», ... ya *cit.*, p. 676, Nota (5).

(137) Vid. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... ya *cit.*, p. 24. La misma tesis de la presunción, salvo prueba en contrario, del perjuicio derivado del acto realizado en el período de retroacción sólo por haberse realizado en ese período puede verse en la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; «Aranzadi Civil» 1993/2.193), que hace recaer en el tercero que contrató con el luego quebrado la carga de probar que tal acto no era perjudicial para la masa de la quiebra; la misma doctrina se repite en las ya

el requisito del perjuicio para la masa de la quiebra, habrá de plantearse quién correrá con la carga de la prueba del mismo, toda vez que en dicha Sentencia se parte de una presunción *iuris tantum* de perjuicio de todo acto de administración y disposición en período de retroacción, que haría recaer la carga de probar el no perjuicio en los terceros que contrataron con el luego quebrado, sin llegar, por lo demás a pronunciarse el propio DELGADO ECHEVERRÍA, tras reconocer que si se admite la no restitución a los terceros de la contraprestación que realizaron a favor del quebrado, todos los actos de administración y disposición perjudicarán a la masa de acreedores, puesto que ésta siempre, *a contrario*, se beneficiará con la retroacción al aumentar la masa de la quiebra con los bienes y derechos que salieron de su patrimonio en virtud del acto retrotraído, mientras que la misma no sufrirá una paralela disminución al someter a los terceros a la ley del dividendo de la quiebra.

Manteniéndose esta concepción matizada de la nulidad del artículo 878.2 C. Com., degradada a rescisión por lesión, cabe plantearse cuál es el momento en el que se debe producir tal perjuicio, pudiendo, pues, entenderse con JUSTE IRIBARREN (138) que tal momento habrá de serlo aquél en el que se concertó el acto de administración o disposición durante el período de retroacción, y no en el que se declaró la quiebra, pues entre tales momentos pueden haber influido circunstancias aleatorias (pensemos en una importante expansión económica), que conduzcan a que el valor dado a la transacción haya quedado desfasado respecto del actual y ello en hipotético perjuicio de la masa de acreedores.

Es interesante moncionar la enumeración que se hace por M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO (139) acerca de cuáles serán estos actos perjudiciales o lesivos intrínsecamente para la masa de acreedores, enumeración en la que, a nuestro juicio, se incluyen todos los posibles supuestos de actos lesivos: «... acto oneroso económicamente desequilibrado en perjuicio del quebrado, un acto gratuito de éste, un pago a un acreedor que le coloque en posición ventajosa frente a los demás».

Para RECALDE CASTELLS (140) nuestra legislación más moderna va por esta configuración de la acción de retroacción como acción de rescisión por lesión (a su juicio lesión al principio de la *pars conditio creditorum* que produce el acto que se pretende revocar), sien-

citadas Sentencias de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 28, 29 y 30 de noviembre de 1994.

(138) Vid. Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... ya *cit.*, p. 1135, que dice: «Sólo se pueden rescindir los actos que perjudiquen a los acreedores, pero ese perjuicio debió existir al realizarse el acto, no debe derivar de circunstancias extrínsecas y posteriores».

(139) Vid. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, p. 254.

(140) Vid. RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 223.

do plasmación de ello el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, sobre el que nos detendremos específicamente, y que establece la necesidad de que la Sindicatura acredite la existencia de fraude en la conclusión de los actos realizados y dejando siempre a salvo los derechos del tercero adquirente del titular inscrito que no hubiera sido cómplice en tal fraude, por lo que estimamos más acertada la opinión de AYA ONSALO (141), para quien en estos casos especiales no estamos ya ante una acción de rescisión por lesión, sino, más aún, por fraude en la constitución de la hipoteca y dejando expresamente a salvo al tercero de buena fe, esto es al que no tuviese conocimiento de tal fraude. Respecto de la no exigencia de fraude para la operatividad de nuestra retroacción en general, Joaquín TORRES DE CRUELLES (142), llamando, al tiempo, la atención acerca de la configuración como *probatio diabolica* de la acreditación de tal fraude. En contra, tanto MASSAGUER FUENTES como VICENT CHULIA, que le sigue (143), han defendido que la interpretación del artículo 878.2 C. Com. debe ir por ese camino, presumiendo el perjuicio por la simple situación de insolvencia del deudor, ya que estiman que el texto del artículo 878.2 C. Com. no se ajusta ni a la nulidad radical en el sentido de contravención de normas imperativas o prohibitivas, ni a la anulabilidad por falta de capacidad o vicios del consentimiento del quebrado, encontrando la mayor posibilidad de acomodación dentro de la rescindibilidad. Destacar que MASSAGUER FUENTES parte, con indudable lógica, de la aplicación de los artículos 2 y 50 C. Com. que remiten a la aplicación supletoria del CC, por lo que si el artículo 878.2 C. Com. no contiene un regulación detallada y particularizada de una ineficacia especial de los actos celebrados en período de retroacción, deberá procederse a in-

(141) Vid. Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 24, apoyándose en el artículo 25.5 del Real Decreto de 17 de marzo de 1992, que contiene el desarrollo de la Ley del Mercado Hipotecario y, más en concreto, de su artículo 10.

(142) Vid. Joaquín TORRES DE CRUELLES, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 194-195. En el mismo sentido José Luis GARCÍA-PITA y LASTRES, «El Contrato ...», ... *ya cit.*, p. 838, para quien debe polarizarse toda la atención en la determinación de la existencia o inexistencia de un empobrecimiento en el patrimonio del quebrado afecto a la satisfacción de sus acreedores, congruente con su defensa de la tesis de la necesidad de concurrencia del perjuicio patrimonial, con lo que la buena o mala fe del tercero, su ánimo fraudulento devienen irrelevantes.

(143) Vid. Francisco VICENT CHULIA, «Compendio ...», ... *ya cit.*, pp. 884-885, y José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, pp. 59-62, —con carácter general— y más en particular, como propuesta, en pp. 65-73, que remiten la acción de retroacción a los artículos 1.295 a 1.299 CC, con la especialidad de la legitimación restringida a los Síndicos, presunción del perjuicio y del fraude, sometiéndola a un plazo de prescripción de CUATRO AÑOS desde la toma de posesión de los Síndicos y obligando al adquirente del quebrado a restituir como deudor de mala fe de acuerdo con el artículo 1.295 CC. Crítica, a nuestro juicio con acierto, a MASSAGUER, FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... *ya cit.*, p. 170, porque si se presume el perjuicio por la situación de insolvencia se desvirtúa la propia acción rescisoria por fraude comprendida en el artículo 1.291.3.º CC.

cardinar la misma dentro de alguna de las tres categorías propias del CC: nulidad, anulabilidad o rescisión, debiendo tener en cuenta que, como sabemos, sólo son categorías legales en nuestro CC la anulabilidad y la rescisión, habiendo sido la nulidad objeto de construcción doctrinal. Para alcanzar su propuesta toma, además, apoyo MASSAGUER FUENTES en la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, que más adelante analizaremos con detalle, que si hace una referencia expresa a la necesaria concurrencia de fraude para que tenga éxito la impugnación de la hipoteca constituida a su amparo dentro del período de retroacción; asimismo destaca, sobre todo, la importancia de la referencia al perjuicio que se contiene en el artículo 1.366 LEC, y concluye señalando que la retroacción supone la siguiente presunción que determina la rescindibilidad de los negocios efectuados dentro del período de retroacción: «se presume, con carácter absoluto, celebrado en fraude de acreedores todo negocio jurídico concluido por el deudor dentro del tiempo a que se extiende la retroacción, si de él se deriva un perjuicio para la masa de acreedores», presumiéndose tanto el *consilium fraudis* con el tercero como la *participatio fraudis* del mismo, y haciendo recaer en el tercero la carga de la prueba de la ausencia de perjuicio para la masa del acto del quebrado, pese a que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976, que cita, pareció establecer la necesidad de que los Síndicos acreditasen con su demanda de retroacción la producción del perjuicio para la masa de la quiebra. A nuestro entender, en último término, como defiende M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO (144) no cabe plantear discusión alguna acerca de si los actos afectados por la retroacción han de ser perjudiciales para la masa o en fraude de acreedores exclusivamente, puesto que «... resulta difícil imaginar la coexistencia entre el equilibrio patrimonial inherente al acto y el ánimo fraudulento común a las partes».

En cualquier caso, frente a las opiniones doctrinales anteriormente referidas, tendentes todas ellas a limitar el alcance tradicional de la retroacción, recientemente el Tribunal Supremo ha vuelto a dejar a un lado el requisito del fraude para que triunfe la acción de retroacción del

(144) Vid. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya cit., p. 254, que, en último término, se inclina por el carácter absolutamente imprescindible del perjuicio para el éxito de la impugnación por retroacción, dejando el fraude como elemento modalizador del tipo de ineficacia, «... que debe ser más grave cuando el ánimo de los interesados fuera claramente de burla de los acreedores»; afirma más adelante, p. 258, que se trata de una rescindibilidad especial porque sólo requiere la lesividad objetiva del acto afectado por la retroacción, lesividad que se presume por su ubicación dentro del propio período de retroacción (se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989), y en la que si hay connivencia defraudatoria de los intervinientes, estima que se está ante una nulidad *ipso iure* por falta de causa (artículo 1.275 CC).

artículo 878.2 en la Sentencia de 11 de noviembre de 1993 (145), al referirse a que el ánimo defraudatorio que se pretendía acreditar no haber existido por el tercero que contrató con el luego quebrado «... no revisite verdadera trascendencia, dado que la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida se basó, sustancialmente, en el artículo 878 del Código de Comercio ... y es más, al incluir bajo su órbita la cesión de crédito impugnada, llegó a decir: «con independencia de que no mediare en ella mala fe ni tuviere por objeto el fraude de terceros o sustraerse a la *pars conditio creditorum*...».

De mantenerse esta tesis jurisprudencial nos encontramos con que, una vez declarada judicialmente la nulidad del acto afectado por la retroacción y producida la reintegración a la masa de los bienes que hubiesen salido de la misma como consecuencia de tal acto, el tercero con quien el mismo se celebró deviene en acreedor de la quiebra por el importe que hubiese perdido a causa de la retroacción, importe en el que no se incluirán ni intereses ni costas judiciales del procedimiento judicial que para tal declaración se pueda haber seguido (146).

Pese a tan rotunda Sentencia del Tribunal Supremo expuesta en último término, nos detendremos a continuación con detalle en otros criterios que se han ido decantando, por la doctrina principalmente, como mecanismos de atenuación del crudo rigor de la doctrina y Jurisprudencia clásicas de la nulidad radical de la retroacción, más acordes con la realidad social actual en que nos toca aplicar el artículo 878.2 C. Com.

VII. LA ADECUACION A LA CONSTITUCION DE LA RETROACCION COMO NUEVO CRITERIO CORRECTOR

Ya planteamos al tratar en general de la retroacción y su fundamento y referimos, en concreto, a la tensión entre el interés de la seguridad jurídica y el interés de los acreedores, cómo José Manuel GARCIA

(145) Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo Figueroa, «Actualidad Civil» 1994/276. Es interesante consultar los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de esta Sentencia, puesto que en los mismos se exponen los argumentos del recurrente que se corresponden con los antes vistos en este mismo trabajo (de flexibilización de la retroacción por la vía de la asimilación a la rescisión por perjuicio a la masa de acreedores) y que se verán (extensión de la aplicación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario), y el rechazo, incluso por omisión de alguno de ellos, que se sigue haciendo de los mismos por el Tribunal Supremo.

(146) Así, Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, pp. 408-409, quien además estima que a ese tercero, nuevo acreedor, no le será necesario acudir a un procedimiento declarativo para que se le reconozca su condición de tal, siendo bastante con que se dirija al Juez de la quiebra para que por Auto haga el reconocimiento y graduación de su crédito, puesto que cuando terminó el pleito de retroacción lo normal es que ya se haya celebrado la Junta de Reconocimiento y Graduación de Créditos dentro del Juicio Universal de la quiebra.

GARCIA defiende la primacía de la seguridad jurídica, por imperativo constitucional del artículo 9.3 de la Constitución, y considera que la aplicación de la retroacción como nulidad absoluta crea inseguridad jurídica y está no ya próxima a la inconstitucionalidad, como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael PEREZ GIMENO, Aranzadi 1985/1.198) —y reiteraron las Sentencias de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1988/2.210) y de 12 de marzo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Aranzadi 1993/1.793), como había hecho antes en la «Jurisprudencia Menor» la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 30 de enero de 1990 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; «Revista General del Derecho» n.º 559, abril 1991, pp. 3468-3469), respecto de la que resolvió su Recurso de Casación la Sentencia del Tribunal Supremo últimamente citada, y reiteró luego la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; «Aranzadi Civil» 1993/2.193)—, sino enmarcada dentro de ella, sin que se vea mitigada la misma ni por la posibilidad de impugnar la fecha de retroacción ni por la supuesta no pérdida de derechos económicos derivada de la inclusión del tercero afectado como acreedor de la masa, cuando todos sabemos que, por regla general, escasa es la proporción en la que los acreedores recuperan sus créditos en las quiebras (147).

El propio José Manuel GARCIA GARCIA (148) plantea otros preceptos constitucionales que deben incidir en la interpretación del artículo 878.2 C. Com., haciendo que la misma se modifique en clave constitucional, para evitar la contradicción con tales preceptos:

(147) *Vid.* José Manuel GARCIA GARCIA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, pp. 1364-1365. A la inseguridad jurídica que crea la retroacción como nulidad absoluta *ipso iure* de los actos afectados se refiere, también, Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 21, quien, además, añade la pugna con la justicia de dicha nulidad absoluta. Para DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 12, de acuerdo con esa proximidad a la inconstitucionalidad de la nulidad radical y absoluta de los actos afectados por la retroacción, hubiera sido más acertado interpretar el artículo 878.2 C. Com. de modo que ni siquiera se aproximase a tal inconstitucionalidad. Este mismo autor, p. 13, llama la atención acerca de la vuelta que da a los argumentos constitucionales la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa; Aranzadi 1989/...), al considerar que se vulnerarían los principios de legalidad y seguridad jurídica si se interpretase de forma distinta a la nulidad radical el artículo 878.2 C. Com. así como cita, p. 29, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993, que con apoyo en la de 17 de marzo de 1988 rechaza expresamente la inconstitucionalidad de la inseguridad jurídica que, reconoce, produce la nulidad *ipso iure* de los actos afectados por la retroacción.

Desde una perspectiva general se apunta por María Isabel CANDELARIO MACÍAS, «Una visión ...», ... *ya cit.*, p. 2, el atentado contra intereses protegidos por la Constitución económica por parte de la actual legislación concursal.

(148) *Vid.* José Manuel GARCIA GARCIA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, pp. 1365-1366. Con menor extensión e interés plantea dudas acerca de la adcuación constitucional de los efectos de la retroacción de la quiebra Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, pp. 8695-8696.

a) El derecho fundamental de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, que considera se ve infringido por este privilegio del gremio de los comerciantes frente a consumidores y propietarios que adquieren pisos para viviendas o locales.

A nuestro juicio, no cabe hablar en este punto de tal privilegio de los comerciantes, pues, en todo caso, la finalidad de la retroacción es la de proteger a los acreedores del comerciante quebrado, no al propio comerciante quebrado, de manera que tal privilegio puede afectar no sólo a comerciantes acreedores del quebrado sino también a cualesquiera terceros que sean acreedores. Por eso, en este punto discrepamos de GARCIA GARCIA y consideramos que no hay contradicción con el derecho fundamental a la igualdad, pues no hay tal privilegio para los comerciantes.

Ello aparte de que si se entiende que se crea una desigualdad entre los nuevos acreedores (terceros que contrataron con el quebrado en el período de retroacción) y los antiguos acreedores del quebrado, se puede buscar una justificación para esa desigualdad aparente, con el fin de garantizar la efectiva igualdad entre todos los acreedores del quebrado posteriores a la quiebra de hecho de éste, convirtiendo así a los terceros que contrataron con el quebrado en dicho período en acreedores, mediante la reintegración de lo recibido del quebrado a la masa de la quiebra y su conversión en tales acreedores.

Otra particular visión de la incidencia del derecho fundamental de igualdad en la retroacción se ha apuntado por MASSAGUER FUENTES (149), quien con base en este derecho fundamental y en la regulación especial de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, que más adelante veremos, considera que la retroacción lleva consigo la rescisión, que no la nulidad, de los actos del quebrado en el período de retroacción siempre que concorra una fraude de acreedores en los mismos, puesto que extiende el ámbito del artículo 10 de dicha Ley especial a todos los actos del quebrado «si no se quiere atentar a la norma constitucional de igualdad de trato consignada en el artículo 14 de la Constitución». Este argumento de MASSAGUER vino a ser literalmente invocado, en la práctica, por parte del recurrente en casación en el litigio resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993 (150), en el que el Alto Tribunal ni siquiera se

(149) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, pp. 66-67.

(150) Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; «Actualidad Civil» 1994/276. A tenor de la citada Sentencia el recurrente dijo que «Tras la promulgación de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, cuyo artículo 10 exige que para que unas determinadas hipotecas puedan ser afectadas por la retroacción deben ser impugnadas por la Sindicatura, hay que entender extensiva esta norma a todos los demás supuestos en que pudiera resultar de aplicación, pues lo contrario supondría una contravención del artículo 14 de la Constitución».

llega a ocupar del mismo para desestimarlos, cosa que hace, consagrando la tradicional doctrina de la nulidad absoluta y radical de la retroacción.

b) Mayor fundamento se puede dar a la posible lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, al estimar que se está haciendo recaer a los terceros que contrataron con el quebrado en período de retroacción en situación de indefensión, de declarar la nulidad de tales contratos, toda vez que tales terceros desconocían la situación de quiebra del otro contratante y la fecha de retroacción (151). Es cierto que a salvaguardar este derecho fundamental se dirige la interpretación que exige el seguir un determinado procedimiento judicial para que se pueda declarar la nulidad de los actos afectados por la retroacción, pero lo cierto es que de mantenerse la doctrina de la nulidad radical y absoluta, nula efectividad tendrá para el tercero que contrató con el quebrado el personarse en dicho procedimiento, al quedar prácticamente maniatadas sus posibilidades de defensa a la acreditación de que el acto de dominio y administración del quebrado tuvo lugar antes de la fecha de retroacción, que no contrató con el quebrado o que el acto en sí carecía de trascendencia patrimonial.

c) En la conclusión de su estudio, sin mayor detenimiento ni argumentación, el mismo José Manuel GARCÍA GARCÍA (152), desde una

(151) A esta posible indefensión se refiere la Resolución DGRN de 20 de enero de 1986 (Aranzadi 1986/999) —luego reiterada en la Resolución DGRN de 7 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.312), que invoca expresamente el artículo 24 de la Constitución—, citada por José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, p. 1366, pero la misma más bien, se refiere, a nuestro juicio, a la necesidad de que para la cancelación de la titularidad registral de los terceros afectados por la retroacción haya de seguirse un procedimiento judicial, en el que tengan audiencia, en el que se declare la nulidad del título por el que devinieron en titulares registrales y se ordene su cancelación, con independencia de la solución que deba darse a tal litigio. Desde esta última perspectiva se ha considerado por Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... *ya cit.*, p. 463, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno; Aranzadi 1985/1.198) y 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1988/2.210) —esta última cita, a su vez, también la de 22 de febrero de 1963 (Aranzadi 1963/1.128)—, que no existe tal indefensión desde el momento en que los terceros afectados pueden pedir la modificación de la fecha de retroacción. Por su parte, M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, destaca también la importancia de este precepto constitucional como principio a salvaguardar por cualquier interpretación que se haga del artículo 878.2 C. Com. En la práctica menor, la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 6871-6874) entendió que no había tal lesión al derecho a la tutela judicial efectiva por considerar que los terceros demandados pueden defenderse en juicio, así como también debe protegerse el mismo derecho de los acreedores del quebrado.

(152) *Vid.* José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, p. 1369. A tenor de los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística no son muchos los casos de quiebras de empresas de construcción o que actúen el sector inmobiliario, pues entre los meses de enero a octubre de 1993 hubo seis quiebras de empresas del grupo F de

perspectiva fundamentalmente de la quiebra de empresas inmobiliarias, entiende que también existen fricciones de la aplicación de la nulidad absoluta de la retroacción con preceptos constitucionales atinentes a la protección de la propiedad (debe entenderse derecho constitucional a la propiedad previsto en el artículo 33.1 de la Constitución), a la vivienda digna (principio rector de la política social y económica establecido por el artículo 47 de la Constitución) y protección de los consumidores inmobiliarios (otro principio rector de la política social y económica establecido en el artículo 57.1 de la Constitución). Se trata, a nuestro juicio, no ya de que haya una colisión directa de la retroacción con tales derecho y principios rectores, pero sí una fricción que se puede solventar con una interpretación flexible del artículo 878.2 C. Com., que pondere los intereses en juego protegiendo a los terceros que de buena fe hayan adquirido bienes o derechos del quebrado durante el período de retroacción de la quiebra.

Para SANCHEZ CALERO y MADRID PARRA, a quienes cita SASTRE PAPIOL (153), uno de los citados principios constitucionales rectores de la política social y económica (el del derecho a una vivienda digna), es el que ha inspirado imperativamente al legislador español a aprobar la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981 (Aranzadi 1981/900, Ley 2/1981) y su desarrollo posterior en el Real Decreto 665/1982, de 17 de marzo, titulado de Desarrollo y Regulación de la Ley del Mercado Hipotecario (Aranzadi 1982/902), cuyos artículos 10 y 25.5 analizaremos con detalle en el apartado siguiente, y que han supuesto un importante paso en la modernización de nuestra retroacción, debido a la incidencia que tales preceptos tienen en la misma.

Como conclusión cabe extraer, a nuestro juicio, que en la actualidad no podemos decir que la retroacción, en cuanto que nulidad absoluta judicialmente declarada en caso de discordancia, entre en colisión directa con ningún derecho fundamental o principio rector de la política social y económica, salvo con el derecho fundamental a la seguridad jurídica, estando pendientes de que el Tribunal Supremo dé un paso más en la reinterpretación del artículo 878.2 C. Com. de acuerdo con el artículo 9.3 de la Constitución. De esta forma, los demás derechos y principios rectores que hemos referido deben servir como indicativos constitucionales de una nueva realidad social en la que se inserta la retroacción, y (que) deben servir también para que la aplicación práctica

la clasificación de actividades económicas (construcción), y ninguna en el grupo K (actividades inmobiliarias y de alquiler; servicios prestados a las empresas). Posteriormente, se llegó en 1994 a un total de 98 quiebras en el sector de construcción y 68 en el sector de actividades inmobiliarias, número bastante más elevado. En 1995, durante su primer trimestre hubo 20 quiebras de empresas de construcción y 12 de empresas de actividades inmobiliarias (Fuente: Instituto Nacional de Estadística).

(153) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8694.

de la retroacción se vea atenuada en sus radicales efectos por nuestros Jueces y Tribunales, aparte de que la pugna con la seguridad jurídica debería motivar, por sí sola, un cambio radical hacia tal atenuación y hacia la superación, en suma, de la tradicional tesis de la nulidad radical y absoluta.

VIII. LA ESPECIAL SITUACION DE LOS ACTOS DE DISPOSICION REALIZADOS POR EL QUEBRADO CON TRASCENDENCIA REGISTRAL

Ya hemos señalado anteriormente cómo uno de los problemas que, en la práctica, más se vienen planteando, En relación con el juego de la retroacción, viene dado por la posibilidad de que el quebrado haya concertado durante el tiempo de retroacción actos de disposición de sus bienes inmuebles (en sentido lato, como ya vimos, no consistentes sólo en la transmisión de su propiedad, sino incluyendo también los de constitución de gravámenes reales), que acceden al Registro de la Propiedad.

Así, se ha ocupado con detalle de esta cuestión, en la doctrina, en primer lugar, Antonio BILBAO ARISTEGUI (154), quien ha diferenciado hasta tres tipos de actos, atendiendo al tiempo de su conclusión y acceso registral, siempre, por supuesto, dentro del período de retroacción, puesto que ningún problema existe respecto de aquellos actos otorgados e inscritos antes de la fecha de retroacción, salvo en lo que se refiera a la posible aplicación de los artículos 879 a 882 C. Com. o, con carácter más general, del artículo 1.291.3 CC (155), así como respecto de los actos celebrados fehacientemente antes de la

(154) *Vid.* Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... *ya cit.*, pp. 1304 y ss., que además, reconoce expresamente, pp. 1310-1311, que su opinión se veía contradicha por la doctrina jurisprudencial del TS, que daba primacía a la nulidad del artículo 878.2 C. Com. sobre la protección dispensada por el artículo 34 LH, incluso en el caso de que se tratase de un tercero subadquirente, con vulneración, a su juicio, de dicho precepto así como del artículo 38 LH.

(155) Así, M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 241-243, incluso respecto de la hipoteca que constituida antes de la fecha de retroacción es ejecutada después, durante el período de retroacción; esta autora también excluye las hipotecas constituidas después de la declaración de quiebra, que serán nulas, si bien quedará protegido el tercero subadquirente del crédito hipotecario siempre antes de la anotación registral de la declaración de quiebra, y las hipotecas constituidas en período de retroacción pero inscritas después de la inscripción de la declaración de quiebra, inscripción que para IGLESIAS MAYORALGO debe permitirse, pero condicionada al resultado del pleito entablado por la Sindicatura para obtener su ineficacia.

fecha de retroacción aunque inscritos dentro del período de retroacción (156).

En primer término, hemos de citar la situación que concurre cuando se celebra una compraventa que es presentada para su inscripción en el Registro de la Propiedad, y en el interin entre el otorgamiento y la inscripción de la compraventa se declara la quiebra del transmitente, que incluye en su período de retroacción la fecha de celebración de la compraventa y dicha declaración de quiebra y de fecha de retroacción son presentados para su inscripción en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso, con independencia de las consecuencias que la retroacción pueda desencadenar en el tercero, la doctrina de la DGRN viene entendiendo que deberá admitirse la inscripción posterior de la compraventa. Así, destacamos la Resolución DGRN de 1 de junio de 1993 (Aranzadi 1993/4.979), que dice: «Se trata, pues, de una cuestión similar a la decidida por este Centro directivo en Resolución de 2 de octu-

(156) En este sentido, *Vid.* la reiteración que, *obiter dicta*, hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1990/7.591), de 13 de julio de 1984 (Aranzadi 1984/3.980), al respecto incluso de la hipoteca otorgada en Escritura Pública de fecha anterior a la retroacción pero inscrita dentro del período de retroacción, pues la Sentencia de 13 de julio de 1984 respecto de una hipoteca cuya Escritura Pública se había otorgado antes de la retroacción, dijo que dicho otorgamiento «... tuvo lugar en los días (31 de enero y 15 de marzo de 1974) anteriores al momento de retroacción de la quiebra (15 de septiembre de 1974) y aparecen por lo tanto otorgadas dichas Escrituras en tiempo en que o cuando la Sociedad estaba capacitada no sólo para obligarse a constituir la hipoteca sino también para facultar a la Caja prestamista al efecto de que, obrando por sí misma y por lo tanto en cualquier momento posterior a la fecha de retroacción de la quiebra, completara la creación del derecho de hipoteca, como así lo hizo, ciertamente con posterioridad respecto de dicha fecha de retroacción de la que erróneamente se pretende deducir la nulidad que la Sentencia de instancia declara y el recurso combate, pugna que debe resolverse en favor de éste, ya que el contrato de hipoteca quedó perfeccionado en la fecha de las escrituras e inmune desde entonces a la sobrevenida incapacidad de la Sociedad prestataria, pudiendo ser inscrito por la Caja con autonomía respecto de la Sociedad y a favor de lo que dispone el artículo sexto de la Ley Hipotecaria conforme al cual la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente tanto por quien adquiere como por quien transmita el derecho o por quien tenga interés en asegurar el derecho que se inscriba anteriormente; por contra, la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 6871-6874) había tomado, de acuerdo con el artículo 2.2 LH, como fecha decisiva para incluir en el período de retroacción a una hipoteca la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad y no la del otorgamiento de escritura pública que había tenido lugar varios años antes. Por su parte, destaca la relevancia de la escritura de constitución de la hipoteca, para subsumirla en el período de retroacción el Auto de la Sala 1.^a de la Audiencia Territorial de Sevilla de 22 de junio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 540, septiembre, 1989, pp. 6014-6015), que hace abstracción de la existencia de préstamos anteriores a la fecha de retroacción.

Para un caso de un derecho real de prenda ordinario, que no precisa de su inscripción registral para su constitución, se deberá tomar en cuenta la fecha del otorgamiento de Escritura Pública («ex artículo» 1.865 CC), para determinar si se incluye o no en el período de retroacción, tal y como ha señalado la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 («Revista General del Derecho» n.º 594, marzo 1994, pp. 2.743-2.747).

bre de 1981 (Aranzadi 1981/4.081) y, como en esa ocasión, debe accederse ahora a la inscripción debatida dado el alcance del principio de prioridad básico en un sistema registral (*vid.* artículos 17, 24, 25 y 248 de la Ley Hipotecaria), conforme al cual, la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulta de ese título y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro (*vid.* artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), sin que puedan obstaculizar a su inscripción, títulos incompatibles posteriormente presentados», haciendo también hincapié en la ausencia de firmeza del auto judicial presentado en el Registro, el carácter provisional de la fecha de retroacción y la ausencia de intervención en las actuaciones judiciales de los compradores. Idéntica doctrina se reitera en las Resoluciones DGRN de 2, 3, 4, 5 y 7 de junio de 1993. De aplicarse la nulidad absoluta y radical del acto de disposición, conforme al artículo 33 LH la inscripción en el Registro de la Propiedad no sanaría dicha nulidad, que accedería al Registro de la Propiedad mediante la cancelación de la inscripción de la nueva titularidad, tal y como dispone el artículo 79.3 de la Ley Hipotecaria.

En el caso de que cuando accede al Registro de la Propiedad el acto del quebrado con el tercero de trascendencia registral no constase en dicho Registro la declaración de quiebra del transmitente y la fecha de retroacción de dicha quiebra, para BILBAO ARISTEGUI juega la protección dispensada por el artículo 34 LH al tercero registral de buena fe, toda vez que cuando el tercero ha adquirido su derecho real del quebrado, titular inscrito, éste era el titular registral del inmueble afectado y su quiebra no sólo no estaba inscrita sino que ni siquiera se había declarado. Ello frente a la opinión de ROCA SASTRE y SAENZ (157),

(157) *Vid.* Ramón M.^a ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», ... *ya cit.*, p. 594 y pp. 596-597, donde destaca la buena fe del subadquirente, que no se dará en los supuestos de doble venta sucesiva, venta seguida de hipoteca u «... otra combinación entre ambos actos adquisitivos dirigida a eludir los efectos nocivos de una quiebra posible ...». También niegan la condición de tercero hipotecario al primer adquirente del luego quebrado, Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 196-197, Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 78; Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad ...», ... *ya cit.*, pp. 92-94 -radical, en principio, al decir que «... la nulidad de los actos comprendidos en el período de retroacción se produce con absoluta independencia del juego de los principios registrales», para luego matizarla, en el sentido de que «... la nulidad de tales actos en nada afecta a la protección de terceros adquirentes, es decir, de los que fueron partes en sucesivas transmisiones, en las que ya no intervino el quebrado. Estos subadquirentes, si reúnen requisitos de terceros hipotecarios, encontrarán la protección de la fe pública y deberán ser mantenidos en su derecho», opinión en la que vuelve al insistir en p. 98, en el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909, en p. 102, al ocuparse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1927, donde se justificó la desprotección del subadquirente por aplicación del artículo 37 LH, al entender acreditada su mala fe por ser cómplice en el fraude y en pp. 107-109, al comentar la Sentencia del

para quienes el tercero hipotecario protegido lo es sólo el subadquirente

Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958, donde diferencia la situación del adquirente directo del quebrado, que no es tercero hipotecario y al que se aplica el artículo 33 LH, de la del subadquirente, desprotegido también en dicha Sentencia lo que es motivo de crítica por parte de OLIVENCIA, al entender que tal subadquirente a título oneroso y de buena fe sí queda protegido por el artículo 34 LH; anteriormente se opuso a la aplicación del artículo 34 LH la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1933 (Aranzadi 1933/1.602)—; José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, pp. 87-88, con cita de Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1901, 21 de abril de 1961, 15 de junio de 1966 y 1 de febrero de 1974) y refiriéndose al subadquirente como causahabiente; Manuel BROSETA PONT, «Manual ...», ... ya *cit.*, p. 676; Sebastián SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 8704-8705, proyectado especialmente sobre los subadquirentes hipotecarios de hipotecas constituidas después de la declaración de quiebra pero antes de la anotación de la misma en el Registro de la Propiedad, con cita de la Resolución DGRN de 20 de enero de 1986 (Aranzadi 1986/999)—que entiende enervada la buena fe de los subadquirentes por la anotación de la demanda de declaración de quiebra— y con carácter más general en p. 8707, respecto de todos los subadquirentes que reúnan la condición de terceros hipotecarios del artículo 34 LH, con cita —Nota (48)— de las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1960 (Aranzadi 1960/2.067); que deniega la protección para el tercero subadquirente de la condición de acreedor hipotecario, por virtud de su mala fe), y 1 de febrero de 1974 (Aranzadi 1974/433, que niega tal condición de tercero respecto del mismo acreedor hipotecario del quebrado). Más reciente, la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerada y Gómez; Aranzadi 1989/6.956) deniega la protección del tercero hipotecario por su mala fe (dada la identidad entre dos personas jurídicas acreedora hipotecaria y adjudicataria en la subasta de la hipoteca de fecha de constitución, domicilio social, objeto social y composición de sus órganos de dirección), si bien llega incluso más allá al decir que «... en todo caso, al declararse por la eficacia automática, la nulidad de la escritura de hipoteca, 19 de septiembre de 1980, al ser alcanzada por el impacto de la retroacción declarada judicialmente, es claro, ..., que todas las demás actuaciones y efectos jurídicos derivados, entre los que se engloban los resultados del Juicio especial del artículo 131 LH, devienen igualmente nulos de pleno derecho ...», siendo tal Sentencia seguida inmediatamente por la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de julio de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Corvo Aparicio; «Revista General del Derecho» n.º 565-566, octubre-noviembre 1991, pp. 9606-9609), que reproduce amplios fragmentos de la misma, y por la de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro-Pulido López; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935), que declaró la nulidad de una hipoteca y su inscripción en el Registro de la Propiedad, el procedimiento sumario de su ejecución, la adjudicación resultante del mismo y las ventas a terceros por parte del adjudicatario. Un completo estudio de la ausencia del carácter de tercero hipotecario, aun cuando concurriese la adquisición de su derecho a título oneroso, de buena fe y del titular registral, en quien adquiere directamente del quebrado puede verse en la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de mayo de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 544-545, enero-febrero 1990, pp. 805-808)—la misma conclusión se había alcanzado, con mucha menor extensión argumentativa, en la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 6871-6874) en la que incluso faltaba la buena fe del tercero adquirente de la condición de acreedor hipotecario, por conocer la situación económica del luego declarado en quiebra—. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de junio de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Cañameres Pabolaza; «Revista General del Derecho» n.º 553-554, octubre-noviembre 1990, pp. 8622-8624) incidió en la ausencia de buena fe de los subadquirentes porque su adquisición fue posterior al acceso registral de la resolución declaratoria del estado de quiebra y de fijación de la fecha de retroacción.

pero no el que adquiere directamente del titular registral (158), pues BILBAO ARISTEGUI, a quien más tarde sigue José Manuel GARCÍA GARCÍA (159), proclama la condición de tercero protegido registralmente no respecto del contrato de traslación de dominio o constitución del derecho real por el quebrado sino respecto de las relaciones entre el quebrado y la masa de acreedores, así como acude al estudio de las razones que llevaron a la Reforma de la Ley Hipotecaria

Ha vuelto sobre la cuestión la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1994 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1994/8.144), en la que se parte de la mala fe del primer adquirente de la S.A. quebrada y de los subadquirentes de aquél, que ya de por sí haría inaplicable la protección registral al tercero de buena fe; pero, *obiter dicta* dicha Sentencia va más allá, pues, con independencia de que en el caso litigioso al tiempo de efectuarse las siguientes transmisiones del adquirente a los subadquirentes ya constaba nota marginal en el Registro de la Propiedad de la retroacción de la quiebra, siguiendo la más rígida doctrina de preferencia del artículo 878.2 C. Com. sobre los preceptos registrales, dice: «“Y en cuanto a los actuales recurrentes subadquirentes) que se dicen desconocedores 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 (Aranzadi 1989/3.878), 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 extrarregistral, 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 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 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. ... debe tenerse 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”».

(158) *Vid.* Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, pp. 1306-1308, y p. 1310, cuando entiende que respecto de los subadquirentes ya no existen los problemas antes citados, pues los mismos quedarán protegidos en cualquier caso que se cumplan los cuatro requisitos de aplicación del artículo 34 LH y, especialmente, que no se pueda acreditar su conocimiento de la existencia de una demanda judicial de quiebra no anotada preventivamente o que la misma haya sido anotada preventivamente ya; para José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... ya *cit.*, pp. 1367-1368, la protección del subadquirente viene también de la inatacabilidad de su posición por causa de no resultar comprendido en el artículo 878.2 C. Com., que abarca sólo a los actos de administración y dominio del quebrado, pero no a los concertados por el adquirente del quebrado con el subadquirente.

(159) *Vid.* José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... ya *cit.*, pp. 1362 y 1368-1369, con cita expresa de BILBAO ARISTEGUI, considerando que los adquirentes del quebrado son terceros respecto de la declaración de quiebra y la fijación de la fecha de retroacción. En la práctica jurisprudencial mayor se ha protegido a los terceros adquirentes del quebrado, con base en la aplicación, entre otros argumentos, del artículo 34 LH, únicamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647).

de 1944, donde se tenía que haber sustituido la expresión «tercero» por la de «adquirente», cosa que no se hizo debido a la inercia histórica del empleo de la misma. En este caso, defiende BILBAO ARISTEGUI la protección del adquirente *ex artículo* 34 LH, cuando se cumplan los cuatro requisitos del juego de dicho precepto, consistentes en la inscripción previa a favor del transferente, inscripción posterior a favor del transmitente, buena fe del adquirente (ignorancia de la situación de cesación de pago del quebrado transmitente), y carácter oneroso del título adquisitivo. Completa Miguel JUSTE IRIBARREN (160), la fundamentación hipotecarista de la protección del tercero adquirente con el artículo 38 LH, que obliga a seguir un procedimiento judicial para declarar la nulidad de la transmisión en el que se acredite la mala fe del adquirente, pues al ser dicho precepto posterior y especial respecto del artículo 878.2 C. Com., este último queda matizado por el primero; de este modo, concluye JUSTE IRIBARREN, «... no sólo se oponen al juego absoluto del artículo 878 los principios sustantivos hipotecarios de fe pública y legitimación, sino también los adjetivos de prioridad, tracto sucesivo e inscripción», consagrados estos tres últimos principios en los artículos 17, 20 y 37 LH. Pero, más aún, el propio JUSTE IRIBARREN (161) defiende esa protección a los terceros de buena fe, desde una perspectiva más amplia de interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de permitir la protección de la buena fe y de la seguridad jurídica, teniendo en cuenta, además, el respeto que del tercero se hace tanto por el artículo 908 C. Com., en materia de quiebras, como por la Ley Hipotecaria, y buscando, en fin, evitar que se produzca una extensión de la quiebra, ya que de aplicarse rígidamente la nulidad de la retroacción frente a todos los que contraten con el quebrado en el período de retroacción se podría extender el temor generalizado, de manera que ante las dificultades económicas de un comerciante nadie contrataría con él, conduciéndole así a una situación de crisis económica total y acelerando o provocando su quiebra.

En contra de todos ellos, Rafael JIMENEZ DE PARGA (162), defiende la operatividad de la nulidad absoluta de la retroacción frente

(160) *Vid.* Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, pp. 1133-1134.

(161) *Vid.* Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, pp. 1136-1137. Ya anteriormente el mismo autor, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 64, se había mostrado partidario de interpretar restrictivamente las medidas excepcionales de la quiebra, para no perturbar con las mismas a terceros.

(162) *Vid.* Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... *ya cit.*, p. 464. Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Lopez Vilas; Aranzadi 1990/5.794), mantiene la misma tesis, al declarar la nulidad de una hipoteca constituida en período de retroacción, de las inscripciones practicadas en el Registro, con la oportuna cancelación de los asientos, del procedimiento sumario iniciado en base al título hipotecario y de las posibles adjudicaciones que se hubieran podido efectuar en razón del procedimiento sumario, condenando a los posibles adquirentes a reintegrar las fincas hipotecadas a la

a todos, sean adquirentes o subadquirentes de buena fe, con apoyo en el artículo 33 LH, la preferencia del interés común de la masa de acreedores y el principio de *par conditio creditorum* frente al interés del tercero, así como con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1985 —en realidad se trata de la Sentencia de 22 de marzo de 1985 (Aranzadi 1985/1988), ya citada—, que defendió que tal nulidad no generaba una pérdida de derechos económicos para el tercero, algo que ha sido criticado por José Manuel GARCIA GARCIA, pues dichos daños se producen desde el momento en que se defiende la no restitución al tercero de su contraprestación, sino su inclusión en la masa de acreedores, donde, por lo común, sufrirá una pérdida derivada de la ausencia de bienes en el patrimonio del quebrado para hacer frente a todas sus deudas y su sumisión a la ley del dividendo.

Por nuestra parte, entendemos que de conformidad con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el sentido del artículo 34 LH, con base en dicho precepto solamente se puede defender la protección frente a la retroacción de los subadquirentes, esto es, de aquéllos que adquirieron un derecho de propiedad o un derecho real limitativo del dominio a título oneroso de quien, a su vez, adquirió y registró su adquisición del que luego fue declarado quebrado y que llevaron a cabo la inscripción de su titularidad en el Registro de la Propiedad. Citamos al pie (163)

masa de la quiebra. Con posterioridad se reitera en la Sentencia de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8.406). A esa misma conclusión parece que se podría llegar con la síntesis de Jurisprudencia que se hace por la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller, «Aranzadi Civil» 1993/2.193), que sostiene la inaplicación de los preceptos hipotecarios y el desconocimiento de la condición de tercero hipotecario frente a la retroacción.

(163) Verdadera doctrina jurisprudencial ha creado al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas; Aranzadi 1989/6.928), luego citada en otras posteriores, que al respecto del tercero hipotecario dijo: «c) Validez del acto adquisitivo. Para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría entonces el artículo 33 LH, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación en la LH de 1861 y de su colocación sistemática en la Ley actual». Por citar sólo las Sentencias más recientes en el mismo sentido, que contienen, a su vez, síntesis jurisprudencial, cabe referirse a la Sentencia de 8 de marzo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Aranzadi 1993/2.052), para declarar la nulidad del título de los adjudicatarios de una subasta de bienes embargados que no eran propiedad del deudor, quien los había vendido en documento privado aun cuando mantenía la titularidad registral de los mismos, que se ve contradicha por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Grani-zo Fernández; Aranzadi 1993/2.999) —donde sí se consideró tercero hipotecario al Banco adjudicatario de los bienes embargados a su deudor de los que éste era titular registral pero que había vendido anteriormente a tercero en documento privado—, volviendo posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1993/3.563) a la misma conclusión al denegar la condición de tercero hipotecario al Banco adjudicatario del Procedimiento Judicial Sumario del Artículo 131 LH seguido contra quien sabía dicho Banco que no era propietaria de la finca hipotecada, puesto que la nulidad afectaba al mismo procedimiento

una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo reciente, relativa a la consideración como terceros hipotecarios únicamente de los subadquirentes, de la que sólo se aparta la Sentencia de 13 de abril de 1993 aun cuando a la misma no le hubiera hecho falta su aplicación, para proteger la situación de quien había adquirido la propiedad del Banco adjudicatario de la subasta de bienes embargados a su deudor que en realidad eran propiedad real de un tercero, pese a estar inscritos registralmente como de la propiedad de tal deudor.

Partiendo, pues, a nuestro juicio, de la premisa expuesta en cuanto a la defensa sólo de los subadquirentes con base en la normativa hipotecaria, GARCIA GARCIA (164), destaca el carácter de disposición especial y posterior respecto del artículo 878.2 C. Com. que reviste el artículo 34 LH, lo que, a su entender, motiva que deba primar el precepto hipotecario citado.

En el caso de que el acto dispositivo tuviese lugar en período de retroacción y tras la presentación de la demanda de quiebra, pero antes de su anotación en el Registro de la Propiedad (165),

judicial sumario del que nacía el título de propiedad del adjudicatario, y reiterando literalmente los argumentos de la antes citada de 8 de marzo de 1993 en la de 21 de julio de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Aranzadi 1993/6.273), que estimó válido el título de propiedad (adjudicación en subasta del artículo 131 LH) por no resultar afectado de vicio alguno el procedimiento judicial sumario referido. Por citar algún ejemplo en la «Jurisprudencia Menor», que manifiesta la conciencia de la existencia de una doctrina jurisprudencial al respecto, Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Toledo de 26 de enero de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. Tasende Calvo; «Actualidad Civil» 1993-I, 883).

(164) *Vid.* José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, p. 1367 y anteriormente José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, p. 88, que añade la interpretación literal del artículo 878.2 C. Com. y la exclusión del ámbito de los actos del quebrado de los celebrados entre el adquirente del quebrado y el subadquirente, si bien luego, p. 89, en congruencia con su configuración de la retroacción como rescisión por fraude de acreedores, considera que la protección del subadquirente viene dada por el artículo 37 LH. En contra, TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... *ya cit.*, p. 194, consideró que el artículo 878 C. Com. y el artículo 34 LH regulan materias especiales y distintas, no estableciendo, pues, la relación de especialidad de la LH respecto del tratamiento de los titulares registrales.

(165) Cuando se pretenda la anotación preventiva de la demanda de quiebra o, en su caso, la inscripción de la propia declaración de quiebra en el Registro de la Propiedad y ya se hubiese inscrito la nueva titularidad a favor del tercero, señala Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 77, Nota (34), que «... el Registrador denegará la anotación por no figurar la finca a nombre del quebrado». Por contra, M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 259-260, defiende tal anotación preventiva de la declaración de quiebra por las siguientes consideraciones: 1.^a) No se vulnera la salvaguardia jurisdiccional de los asientos, por cuanto se actúa en virtud de una declaración judicial, media, pues, el mismo control jurisdiccional que en sede de anotaciones de demanda, las cuales son ordenadas sin necesidad de previa audiencia del demandado (artículo 139 RH). 2.^a) Se trata de una declaración por la que se inicia el juicio universal de quiebra, ... por sí sola ya produce efectos tanto respecto

BILBAO ARISTEGUI (166) llega a la misma conclusión que la antes expuesta, pues el adquirente seguirá confiando de buena fe en un Registro de la Propiedad que no le indica que haya restricción alguna al derecho del que aparece como titular el transmitente. Por nuestra parte, en congruencia con la opinión que también expusimos, tal protección habría de quedar limitada, con base en las normas de la LH, a los subadquirentes que inscribiesen su adquisición de buena fe y onerosa en tal período de tiempo.

Una vez anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda solicitando la declaración de quiebra (artículos 42.5 LH y 142 RH), se desmonta ya todo el sistema de protección registral, porque ya no cabe hablar de buena fe del adquirente, pues éste conoce la situación de cesación de pagos, al menos pretendida, en aquel respecto del que se insta su declaración en quiebra, se habría producido la inhabilitación *ex lege* (artículo 878.1 C. Com.) del mismo, por lo que pese a que accediese al Registro de la Propiedad la nueva titularidad real porque, por ejemplo, no se hubiese aún anotado preventivamente la declaración de quiebra del deudor titular de los bienes transmitidos o gravados, se puede perfectamente declarar, por vía judicial, su nulidad (167).

del quebrado como de sus acreedores y, también respecto de los terceros que contrataron con aquél en los momentos inmediatamente anteriores a la declaración ... 3.^a) ... deberá ser título más que suficiente para fundar la adopción de medidas, como la ahora examinada, que tiendan a evitar los perjuicios irreparables que pueden sobrevenir a los acreedores durante la tramitación procedimental. 4.^a) ... con dicha constatación registral de la declaración de quiebra únicamente se pretende enervar la fuerza protectora de la fe pública durante el lapso procedimental indicado, pero se respeta en lo demás, la eficacia propia de las titularidades registrales adquiridas del quebrado en el Período de Retroacción, y no se cierra el Registro a los actos dispositivos emanados de esas titularidades, al igual que ocurre con la anotación preventiva de la demanda según el artículo 71 de la Ley Hipotecaria». Con carácter más general, interpretando los artículos 142 y 166 RH, Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad ...», ... *ya cit.*, especialmente, p. 83, defiende la anotación preventiva tanto de la solicitud de quiebra como de la declaración de quiebra aún no firme, y de la declaración de quiebra que haya obtenido firmeza, si bien más adelante, p. 84, muestra sus dudas acerca de la conveniencia de la anotación preventiva por su limitada duración de 4 años, susceptible de prórroga a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que la decretaron (artículo 86 LH), debido a la larga duración de los procedimientos concursales, así como a la imposibilidad de rehabilitación del quebrado fraudulento (artículo 920 C. Com.) y la situación del quebrado que no llegó a un convenio con sus acreedores, que sólo puede obtener la rehabilitación mediante la probanza de haber satisfecho íntegramente las obligaciones que pesaban sobre su patrimonio y fueron reconocidas en el procedimiento por lo que apunta que sería más adecuada la técnica de las inscripciones.

(166) *Vid.* Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... *ya cit.*, p. 1309.

(167) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8704, Nota (42), con cita de ROCA SASTRE en el mismo sentido, pero reduciendo la opinión de este último sólo a los actos posteriores a la declaración de quiebra sin proyección hacia los actos en período de retroacción. Por su parte, Manuel OLIVENCIA, «Publicidad ...», ... *ya cit.*, pp. 86-87, consideró, mucho más radicalmente, que la anotación preventiva de la declaración de quiebra actuaba como cierre registral para todas las inscripciones de actos del quebrado realizados con posterioridad al momento de retroacción.

Cabe sí, como señala SASTRE PAPIOL (168), la posibilidad de que el otorgamiento del acto constitutivo de un derecho real tenga lugar con anterioridad al período de retroacción pero su inscripción tenga lugar después de que acceda al Registro de la Propiedad la anotación preventiva del auto de declaración de quiebra, en cuyo caso el propio SASTRE PAPIOL considera, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984 (Aranzadi 1984/3.980), que rectifica la anterior de 20 de febrero de 1974, que dicha inscripción registral debe tener lugar, incluso en el caso de una hipoteca, cuya inscripción tiene efecto constitutivo (artículos 1875 CC y 145 y 159 LH). Por su parte, IGLESIAS MAYORALGO (169) es también favorable a la inscripción de la hipoteca constituida en Escritura durante el período de retroacción pero presentada en el Registro después de la anotación preventiva de la quiebra por las siguientes razones: «a) que el acto, en principio, es válido, reúne todos sus requisitos legales, al menos, los que el Registrador puede apreciar en su calificación; es el Juez el que puede destruirlo *a posteriori*; b) que de otro modo, se decidiría por vía registral lo que compete resolver a los tribunales; invirtiendo la carga de la iniciativa procesal; c) que la declaración de quiebra no implica una impugnación ya en marcha de la hipoteca sino su posible impugnabilidad; d) que se trataría de una inscripción subordinada que ningún perjuicio provoca a la masa acreedora». Por nuestra parte, defendemos estas posiciones doctrinales de admitir la inscripción de la hipoteca o de cualquier otra nueva titularidad real, si bien se produce la salvedad de la desprotección por el artículo 34 LH, y se fundamenta la misma en que estamos ante una mera anotación preventiva, como hemos visto, que hará recaer sobre los terceros hipotecarios, en sentido lato y estricto, las consecuencias que de tal anotación preventiva se puedan derivar, en concreto, la impugnación, por retroacción, del acto de administración o disposición del quebrado que accedió posteriormente al Registro de la Propiedad.

Rastreando la Jurisprudencia de los últimos años DELGADO ECHEVERRÍA (170), con quien estamos de acuerdo, encuentra que

(168) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8704, que sigue en este punto a M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, p. 242. Posteriormente ratifica la Sentencia de 13 de julio de 1984 la de 10 de octubre de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1990/7.591).

(169) *Vid.* Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 260-261. Se suma literalmente Sebastián SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 8705-8706, con base en los artículos 1, 38, 40 y 82 LH.

(170) *Vid.* Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, pp. 25-28, con especial atención a las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/2.211) y de 15 de noviembre de 1991 (Aranzadi 1991/8.406), así como destacando, con la Resolución DGRN de 20 de enero de 1986 (Aranzadi 1986/999), que los Registradores sólo podrán denegar la cancelación de las titularidades registrales de esos terceros registrales cuando no se les haya demandado para solicitar la declaración de nulidad de su título y la cancelación de la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

cabe hablar de una doctrina que extiende la nulidad absoluta a los terceros adquirentes y subadquirentes del quebrado, centrándose luego en la protección de los subadquirentes de buena fe respecto de los que considera gravemente errónea su desprotección y apoya, por contra, su protección en la necesaria aplicación del artículo 34 LH en algo que no previó en su día el artículo 878 C. Com.

Frente a toda la inercia de una Jurisprudencia de más de OCHENTA AÑOS negando toda relevancia a la protección registral del tercero hipotecario (la anterior Sentencia en que hemos citado que puede atisbarse una protección al tercero hipotecario se encuentra en la ya citada de 19 de febrero de 1909) nos encontramos con dos importantísimas Sentencias del año 1993.

En primer lugar, aparece la contradictoria Sentencia de 12 de marzo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Aranzadi 1993/1794), que analiza DELGADO ECHEVARRIA, en la que se apunta, *obiter dicta*, a la protección de los subadquirentes de buena fe no sólo registrales sino extrarregistrales, al decir que «Sin embargo, el principio de retroacción absoluta y nulidad radical que el artículo 878 C. Com. parece proclamar, no debe ser tan imperante y automático que no permita contemplar situaciones que puedan estar fuera del mismo, con subsistencia y eficacia jurídica suficiente, en cuanto afectan a subadquirentes totalmente ajenos a las maniobras de desposesión de bienes llevadas a cabo por el quebrado y que con toda buena fe compran bienes que en su día pertenecieron a aquél, asistiéndoles plena creencia legítima de obrar conforme a la legalidad». Después de mantener esta aperturista visión, lo cierto es que la Sentencia concluye con la reiteración de la doctrina clásica de nulidad radical y absoluta y desprotección de terceros adquirentes y subadquirentes, incluso registrales, de buena fe, lo que desorienta a DELGADO ECHEVERRIA acerca de cuál sería el camino a seguir en el futuro por la Jurisprudencia, aun cuando en ese caso el núcleo fundamental de la argumentación estribó en la mala fe de los subadquirentes, pues los tratos de la compraventa se habían llevado a cabo directamente entre el subadquirente y el quebrado, si bien actuando éste, en algunas ocasiones, por medio de su esposa y en la referida venta por medio de su yerno titular registral de la finca.

Ese camino a seguir fue el de la aplicación del artículo 34 LH, por vez primera en nuestro Tribunal Supremo, como barrera a la aplicación del artículo 878.2 C. Com. en la Sentencia de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647), sobre la que nos detendremos en el apartado siguiente a la hora de analizar la incidencia de la Ley del Mercado Hipotecario, si bien en este momento ya destacamos que nos encontramos ante el mismo desconcierto que planteaba DELGADO ECHEVERRIA a la hora de cuestionarse cuál será el futuro camino a seguir por nuestra práctica jurisprudencial, pues la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de

11 de noviembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo Figueroa; «Actualidad Civil» 1994/276) vuelve a la doctrina de la nulidad absoluta, si bien en ella no hubo oportunidad de pronunciamiento sobre la incidencia del artículo 34 LH al no referirse la retroacción a actos con trascendencia registral, aun cuando la reiteración que hace de la doctrina jurisprudencial clásica nos lleve a pensar que su fallo hubiera sido el mismo aunque afectase a terceros hipotecarios.

Nos encontramos, pues, ante un momento de inflexión en la doctrina jurisprudencial, en la que la decisión del Tribunal Supremo en las próximas ocasiones en que tenga ocasión de conocer de la cuestión tendrán una incidencia clave en la evolución del tratamiento práctico de la retroacción, en espera de la siempre ansiada reforma legislativa.

Un cierto paso atrás en la evolución apuntada viene dado, a nuestro entender, por la Sentencia de 16 de marzo de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; «Actualidad Civil» 1995/620), pues si bien la *ratio decidendi* de la misma es la existencia de mala fe en el adquirente y los subadquirentes posteriores de unas naves en período de retroacción e incluso después de haber accedido al Registro de la Propiedad la nota marginal en la que se hace referencia a la retroacción de la quiebra, *obiter dicta* y *ab abundantiam* afirma como argumento para estimar la nulidad de dichas ventas que «“...por la tajante norma del artículo 878, párrafo 2 del Código de Comercio que afecta de nulidad por sí sola a todas la ventas dicutidas”», remachando más adelante que «“...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”».

Tales altibajos en la doctrina jurisprudencial hacen que la «Jurisprudencia Menor» siga apegada, en parte, a la rígida estimación de la eficacia de la retroacción, aun reconociendo que «“la absoluta indiscriminación puede producir situaciones injustas o vulneradoras de la seguridad jurídica ...»», como reconoce la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 1995 (Ponente: Iltrna. Sra. Alegret Burgués; «Actualidad Civil» 1995/1.290), que, después de resaltar el paso atrás que supuso la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993 respecto de la de 12 de marzo y 20 de septiembre del mismo año, termina por justificar la aplicación de la retroacción a unas escrituras de hipoteca y posterior dación en pago de deudas otorgadas durante el período de retroacción, porque «“No obstante la polémica doctrinal o fluctuación jurisprudencial que se observa en esta materia, lo que no se altera es el principio o finalidad de las normas reguladoras de los efectos de la retroacción de la quiebra, aplicable en este caso, toda vez que los actos dispositivos del quebrado que ahora se enjuician, constitución de escrituras de hipoteca y dación en

pago tanto más cuando el valor fijado por las partes de todos los bienes entregados superaban la cuantía de los créditos ... perjudican claramente a la masa de la quiebra en tanto estos bienes fueron sustraídos de la misma para satisfacer los intereses de uno solo de los acreedores, T., S.A., con quiebra del principio de la *pars conditio creditorum* ...»». Se interpreta, pues, en esta Sentencia que la ruptura del principio de *pars conditio creditorum* es signo inequívoco de perjuicio a la masa de la quiebra.

Dentro del tratamiento de las relaciones entre la retroacción de la quiebra y el Registro de la Propiedad reviste especial interés la situación de las hipotecas constituidas en el período de retroacción, ya con el propio quebrado ya con el tercero adquirente del quebrado y afectado por la retroacción. Existen posiciones muy restrictivas en la doctrina, como es el caso de la de Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (171), que incluso niegan la condición de tercero hipotecario, a los efectos del artículo 34 LH, al acreedor hipotecario del adquirente del quebrado, por entender que en la constitución de la hipoteca no media el trámite de adquisición a título oneroso que exige el referido artículo 34 LH, por lo que concluye en que «si quiebra el comerciante que realizó la primera transmisión, no cabe duda de que se aplicará el artículo 878 C. Com., y que al ser reintegrado a la masa el inmueble nos encontraremos ante dos patrimonios perjudicados: el del adquirente y el de su acreedor hipotecario, que habiendo confiado en los datos del Registro decidió llevar a cabo una operación de crédito (hipoteca)». Por nuestra parte, discrepamos de tal argumentación, porque la adquisición del derecho de acreedor hipotecario no puede decirse que no sea una adquisición a título oneroso, pues la misma proviene de un desembolso realizado por tal acreedor: el préstamo que se hace al deudor hipotecante y para cuya garantía de devolución se constituye la hipoteca, por lo que tal tercero, que es acreedor hipotecario de quien adquirió del deudor luego quebrado, queda perfectamente subsumido en la condición de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH (172).

También reviste interés el estudio de la incidencia de la retroacción sobre aquellas hipotecas cuya ejecución sumaria, en virtud del artículo 131 LH, se encuentra en trámite ya desde el período de retroacción y

(171) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, pp. 78-79.

(172) En este sentido, Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas; «Revista Jurídica Española LA LEY» 1990-1/10.447), que claramente reconoce la condición de tercero hipotecario al acreedor hipotecario, dado que estima que la adquisición de la condición de tal en virtud de la hipoteca se hace a título oneroso.

antes de la declaración de quiebra (173). En este caso se ha admitido mayoritariamente por la doctrina y Jurisprudencia (174), de acuerdo con el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que la declaración de quiebra no suspende dicho procedimiento, con independencia de las consecuencias que luego se propugnen respecto de la validez de la subasta y adjudicación de la finca propiedad del quebrado e hipotecada.

Frente a dicha opinión, Rafael JIMENEZ DE PARGA CABRERA (175), entiende que cuando el artículo 132 LH se refiere a la no incidencia de la quiebra del deudor hipotecario como causa de suspensión del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, «... se está refiriendo a la ejecución de garantías hipotecarias que no estuvieran afectadas por la fecha de retroacción de la quiebra del deudor ...». Distinta es la admisión que hace IGLESIAS MAYORALGO (176) de la única

(173) Las que no hubiesen iniciado su ejecución antes de la declaración de quiebra no podrán hacerlo después, según señala M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, p. 261, por aplicación de los artículos 912 y 914 C. Com., que otorgan preferencia a los créditos hipotecarios, pero dentro de la quiebra, no a través de la ejecución judicial o extrajudicial sumaria separada. Más *in extenso*, pero en el mismo sentido Sebastián SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 8707-8709.

(174) *Vid.* Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 70. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 244 y 262. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8694. En la Jurisprudencia, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño; Aranzadi 1985/4.738), que más adelante referiremos *in extenso*, en la que se dice «... el cual (se refiere al Juicio concursal), ni siquiera suspende el procedimiento, pues la regla general que para los juicios ejecutivos determina el artículo 127 párrafo último LH tiene su aplicación concreta, para estos supuestos, en el artículo 132.1 de la misma Ley, al establecer que "el procedimiento sumario que establece el artículo precedente no se suspenderá ... y por la declaración de quiebra de cualquiera de ellos" ...», justificando tal tratamiento especial de dicho procedimiento, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1961 («Colección Legislativa de España» 1961, n.º 637, pp. 371-377 —que ya había denegado tal acumulación con base en los artículos 166 LEC y 132 y 135 LH, siguiendo la tesis defendida ante la Sala por Rafael PÉREZ ESCOLAR—), por ser «... abreviado, sencillo y económico de ejecución, que simplifica el ejecutivo ordinario, suprimiendo la fase declarativa y conservando la de apremio, para evitar todo lo que se ponga a que, de modo expedito, se haga efectiva la hipoteca inscrita con las seguridades que esto proporciona ...».

(175) *Vid.* Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... *ya cit.*, p. 464, que por ello mismo elogia el Auto de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 1989, que comenta y que admitió la suspensión, por entender que la hipoteca constituida en período de retroacción es nula de pleno derecho y frente a ella no juega el artículo 132 LH, que sí lo haría frente a hipotecas que pudieran declararse nulas por alguno de los cuatro supuestos que contempla dicho precepto.

(176) *Vid.* M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 261-262. Le sigue SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 8708-8710, quien considera que si el procedimiento de ejecución especial ya se inició antes de la declaración de quiebra del deudor «... la Sindicatura puede y debe: a) iniciar, conforme prevé el artículo 132 LH, el procedimiento declarativo impugnatorio de la hipoteca, intentando su rescisión, y anotando la demanda en el Registro

posibilidad de suspensión del procedimiento especial de ejecución de hipoteca afectada por el período de retroacción, en curso durante la tramitación de la quiebra, para el caso de que la misma se hubiese iniciado una vez ya declarada la quiebra pero sin que tal declaración hubiese accedido al Registro de la Propiedad, pues en ese caso estima que falta la existencia de un título con fuerza ejecutiva exigido conforme al artículo 132.2.^o LH, siendo la única excepción de suspensión del procedimiento especial del artículo 131 LH fuera de los casos tasados por el artículo 132 LH, ya que entiende que, de no suspenderse el procedimiento, el Registrador debería, en último término, denegar, por iguales razones, la inscripción a favor del adjudicatario.

Una vez admitida la imposibilidad de suspensión del procedimiento de ejecución sumaria del artículo 131 LH se plantea, en un paso más, si dicho procedimiento habrá de ser acumulado al Juicio Universal de quiebra. Destaca con rotundidad y extensión de argumentos el propio SASTRE PAPIOL (177) la imposibilidad de llevar a cabo tal acumulación, como se desprende de los artículos 166 LEC y 133.5.^o LH.

Denegación de tal acumulación procesal podemos verla con detalle en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985 (178), con aplicación de los artículos 161, 164 y 166 LEC y 135.3 LH.

de la Propiedad al amparo del artículo 42.1.^o LH. Procedimiento que se podrá suspender si, por parte de quienes se hallen legitimados, se pretende, a su vez, la revisión del período de retroacción, como presupuesto ineludible para que prospere aquella pretensión si la declaración judicial de quiebra no alcanza la fecha de constitución del gravamen; b) Comparecer en los autos de ejecución hipotecaria, solicitando que el precio que se obtenga del remate quede a resultas del procedimiento enablado, acreditada que haya sido la postulación anterior».

(177) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 8712-8713.

(178) *Vid.* la Sentencia con la totalidad de sus resultandos y considerandos y Comentario a la misma de José Luis VÁZQUEZ SOTELO, «Acumulación ...», ... *ya cit.*, pp. 146-156. La referida Sentencia se ocupa del intento de acumulación al Juicio Universal de Quiebra de un Juicio Sumario del artículo 131 LH de ejecución de una hipoteca constituida dentro del período de retroacción de dicha quiebra. Por contra y anteriormente, aun cuando referido a un Juicio ejecutivo fundado en una póliza de fianzamiento de operaciones mercantiles suscrita por el deudor quebrado ante un Banco, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1984 sí admitió su acumulación al Juicio Universal de quiebra. Posteriormente, se siguió la misma tesis contraria a la acumulación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1986/1.171), que añade como argumento legal la aplicación del artículo 1.173 LEC, referente al concurso de acreedores y aplicable a la quiebra en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.379 LEC. Se niega, igualmente, tal acumulación en los Autos de la Sección 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de febrero de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 525, junio 1988, pp. 3920-3922) —con cita expresa y extensa de la señalada Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985—, de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de febrero de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 537, junio 1989, pp. 4061-4063) y de 27 de diciembre de 1991 (Ponente: Iltr. Sr. D. Javier Ferrer Mora; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8928-8930), salvo en el caso de que se hubiese cancelado la hipoteca como consecuencia de un pleito de retroacción, supuesto que se engloba dentro de la causa 3.^a del artículo 132 LH de suspensión del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH; ya citada Sentencia de la Sección 2.^a

Visto lo expuesto, tenemos ya iniciado un procedimiento de ejecución sumaria del artículo 131 LH de una hipoteca constituida en el período de retroacción y que no puede ser suspendido ni acumulado al Juicio Universal de Quiebra, por lo que el siguiente problema consiste en analizar la situación del adjudicatario de la subasta frente a la retroacción de la quiebra. Existe tal problema, pues señala IGLESIAS MAYORALGO (179) que la proyección literal de la nulidad radical y absoluta sobre los adjudicatarios «... conduce a consecuencias paradójicas que no aseguran la debida armonía y equilibrio entre todos los intereses concurrentes, sino que, en beneficio exclusivo de la masa acreedora: a) menoscaban las no menos legítimas posiciones de los terceros que contrataron con el quebrado de buena fe sin conocer su situación de desarreglo económico; b) desacreditan la seriedad de los procesos judiciales, y c) comprometen innecesariamente los principios generales de las diversas normas del Ordenamiento jurídico implicadas en el tema».

Por ello, se plantea esa misma autora, desde una visión eminentemente registral, coherente con su profesión de Registradora de la Propiedad, dos hipótesis, atendiendo a que cuando llegue al Registro el mandamiento del Juzgado para llevar a efecto la inscripción de la adjudicación o, en su caso, la Escritura otorgada de conformidad con el artículo 236.I.1 del Real Decreto 290/92, de 27 de marzo, de modificación del Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas, se encuentre o no anotada preventivamente la declaración de quiebra. Si no hay tal inscripción, considera dicha autora (con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1932, 31 de mayo de 1960, 1 de febrero de 1974, 28 de enero y 22 de marzo de 1985 y 24 de octubre de 1989 y las Resoluciones DGRN de 20 de enero de 1986 y 22 de noviembre de 1988) que tendrá lugar la inscripción de la titularidad a favor del adjudicatario, que queda protegido, además, como tercero hipotecario. Por otra parte, si la inscripción de la titularidad del adjudicatario tiene lugar después de la anotación preventiva de la declaración de quiebra que abarca en su período de retroacción a la hipoteca objeto de ejecución, defiende IGLESIAS MAYORALGO (180) que también tendrá lugar la inscripción de la

de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522); también el Auto de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de marzo de 1994 («Actualidad Civil» 1995/177), con base en los artículos 166 LEC y 127, 132 y 135 LH.

(179) *Vid.* M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, p. 244.

(180) *Vid.* M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 263-269. Se reiteran las opiniones de esta autora por SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 8709.

nueva titularidad, pero sin que la misma suponga protección alguna para el adjudicatario, considerando que no es aquí aplicable el artículo 131.17.^a LH (referente a la cancelación de todos los asientos posteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas), si bien para que le afecte el resultado de la impugnación del acto de constitución de la hipoteca será preciso, que se siga un nuevo procedimiento contra el adjudicatario a instancia de la Sindicatura de la quiebra, o bien haber anotado preventivamente la demanda de impugnación y que tal anotación haya tenido lugar antes de la adjudicación judicial o extrajudicial hipotecaria, pues en este último caso devienen aplicables los artículos 1.252.2.^o CC y 198.2 RH, que dispone: «La ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante, no sólo para practicar la inscripción correspondiente, sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscriba, extendido en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación». En este sentido se han pronunciado las Resoluciones DGRN de 7 y 14 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.312 y 1990/9.320, respectivamente), al denegar la cancelación de la inscripción de la declaración de quiebra que ponía en cuestión la hipoteca hasta tanto no se acordase por resolución judicial tal cancelación, al igual que en la Resolución DGRN de 8 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.313), que se ocupó específicamente de la no cancelación, por la inscripción de la adjudicación hipotecaria, del asiento de declaración de quiebra del deudor hipotecario y de la simultánea admisión de la inscripción del auto de adjudicación, porque aunque la declaración de quiebra que subsume en su retroacción la fecha de constitución de la hipoteca cuestiona la validez de dicha hipoteca, la misma todavía sigue viva. Mientras que en la Resolución de 8 de noviembre de 1990 la anotación de la declaración de quiebra tuvo lugar con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas del artículo 131.4 LH, en la de 14 de noviembre de 1990 tuvo lugar después, sin que ello afectase a la idéntica solución alcanzada en ambas, concretando además esta última que la cancelación del asiento de declaración de quiebra sólo puede tener lugar por resolución (Providencia, concreta) del Juez que conoce de la quiebra, en aplicación de los artículos 83 y 84 LH, siendo ratificada íntegramente su doctrina en la Resolución de 12 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3.146), que tuvo las mismas partes y el mismo objeto de debate. La doctrina registral de las citadas Resoluciones de 8 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1991, se recoge *obiter dicta* en el Auto de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de marzo de 1994 («Actualidad Civil» 1995/177). La importancia que IGLESIAS MAYORALGO da a la anotación preventiva de la demanda de impugnación de la hipoteca en retroacción es tal, que de la misma hace depender también la cancelación de la inscripción de la hipoteca siempre que tal anotación sea anterior a la fecha del remate que haya tenido lugar en la ejecución de dicha hipoteca.

Nos interesa puntualizar, respecto de la tesis de IGLESIAS MAYORALGO, pues no pudo haberse pronunciado sobre ello, que la misma se puede ver hoy apoyada por el ya citado Real Decreto 202/92, de 27 de marzo, sobre ejecución extrajudicial de hipotecas, en cuanto que su artículo 236.1.3 dice: «La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca». De este precepto cabe hacer una interpretación estricta, como la sostenida por José LOPEZ LIZ (181), de manera que la adjudicación de la subasta extrajudicial o notarial de la hipoteca no cancelaría la anotación preventiva de la demanda de impugnación de la hipoteca concertada en el período de retroacción del deudor hipotecante, o mantener una posición más amplia, que consideramos defendible, de estimar que tampoco se cancelará la anotación preventiva de la declaración de quiebra en la que se contenga una fecha de retroacción anterior a la de constitución de la hipoteca, toda vez que se trata de un asiento ordenado por la autoridad judicial (Auto de declaración de quiebra) que pone o puede poner en litigio la vigencia misma de la hipoteca a tenor del artículo 878.2 C. Com. y de la interpretación radical del mismo que se haga.

IX. LA ESPECIAL PROTECCION DE LAS HIPOTECAS SUBSUMIDAS EN LA LEY DEL MERCADO HIPOTECARIO

Especial interés reviste el último objeto de atención del presente trabajo: la situación frente a la retroacción de las hipotecas constituidas de conformidad con la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, ya referida en este trabajo, y en su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo y su modificación parcial por Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, y sujetas, por tanto, a la aplicación del artículo 10 de dicha Ley («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, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando **en todo caso** a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél»), desarrollado por el artículo 25.5 del

(181) Vid. José LÓPEZ LIZ, «El Procedimiento Extrajudicial-Notarial de Ejecución Hipotecaria», «Bosch, Casa Editorial, S.A.», Barcelona, 1993, pp. 371-373.

Reglamento («Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades que puedan participar en el Mercado Hipotecario **sólo podrán ser impugnadas** por causa de quiebra del hipotecante cuando se hubieran formalizado en época posterior a la fecha a que se hayan retrotraído los efectos de la quiebra. La acción de impugnación sólo podrá ser ejercitada por los Síndicos de la quiebra, demostrando la existencia de fraude en la constitución del gravamen. **En todo caso** quedará a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice del quebrado fraudulento»).

La razón de ser de esta nueva normativa, a juicio de SASTRE PAPIOL (182), se encuentra en «... facilitar la financiación necesaria para la promoción inmobiliaria con fines que facilitaran también la adquisición de la vivienda a los ciudadanos», influida, a su juicio, por el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que reconoce el artículo 47 de la Constitución. Por contra, José MASSAGUER FUENTES (183), entendió que la finalidad de la Ley del Mercado Hipotecario tenía por objeto únicamente el fortalecimiento del sector económico de la construcción. Fernando SANCHEZ CALERO (184), defiende ambas finalidades antes expuestas, al considerar que con la Ley del Mercado Hipotecario se buscó tanto «... el impulso del sector de la construcción, que se ha visto especialmente afectado por la crisis económica que padecemos y que repercute en muchas otras actividades industriales que son complementarias» como el dar satisfacción a una «... preocupación de carácter estrictamente político y social, que se articula como un derecho del individuo cual es el referente a disfrutar de una vivienda digna», encuadrando la Ley del Mercado Hipotecario «... dentro de estas normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho ...». Para Agustín MADRID PARRA (185), sintéticamente, cabe hablar de una triple finalidad: objetivo social de dar satisfacción al derecho establecido por el artículo 47 de la Constitución, mediante la canalización de fondos para la financiación de la construcción inmobiliaria, movilización de los créditos hipotecarios y puesta de la función financiera, intrínseca y específica del mercado hipotecario, al servicio de un determinado objetivo económico. Para Tomás

(182) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...» ... *ya cit.*, p. 8716. Anteriormente, como ya vimos, en p. 8694, con cita de MADRID PARRA y SÁNCHEZ CALERO, defendió la misma tesis. Se trata de una norma excepcional, como señala Tomás RUBIO GARRIDO, «La Propiedad Inmueble y el Mercado Hipotecario», «Editorial Montecorvo, S.A.», Madrid, 1994, p. 351, que prevé no la revocación sino sólo la anulación de los negocios que, amparados por la referida legislación, quede fehacientemente probado su fraude.

(183) *Vid.* José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, p. 42.

(184) *Vid.* Fernando SÁNCHEZ CALERO, «El Mercado de Títulos Hipotecarios: Líneas Esenciales de su Regulación en España», «Revista de Derecho Bancario y Bursátil» n.º 7, pp. 572-574.

(185) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 524-526.

RUBIO GARRIDO (185 bis), críticamente, la finalidad de dicha Ley fue la de proteger a las entidades financieras, respecto de las que considera existente «“otro privilegio”», que indirectamente protege a los inversores «“pues la solvencia de la entidad financiera sufrirá mellas si desaparece o se reduce la base objetiva que sustenta la emisión”», a la vez que destaca que indirectamente «“se está sacrificando el interés de otro tercero, que curiosamente ningún autor menciona: los demás acreedores que tiene el quebrado, que ven cómo, por una ígnota razón, cuando conforman la masa pasiva de la quiebra con una entidad de las que participan en el mercado hipotecario, ésta escapa a la aplicación de las normas de retroacción de la quiebra y de reintegración de la masa activa”».

La movilización de los títulos creados dentro del mercado hipotecario (bonos, cédulas y participaciones hipotecarias) con el amparo de las hipotecas constituidas dentro de su marco regulador haría que, de aplicarse rígidamente la tesis clásica de la nulidad radical *ex artículo 878.2 C. Com.* de las hipotecas constituidas durante el período de retroacción de la quiebra del deudor hipotecario, la inseguridad jurídica generada por la retroacción se proyectase sobre las entidades participantes en el mercado hipotecario y, en último, término sobre los tenedores de los señalados títulos hipotecarios, que verían, de esta forma, disminuida la garantía de sus títulos, pues, como señala MADRID PARRA (186), a los mismos les conviene la permanencia de la garantía hipotecaria que respalda los créditos de cobertura. El mismo MADRID PARRA (187), considera que la solución dada por el legislador en esta Ley especial es más equilibrada y más justa que la que dio en 1885, al dotar de mayor protección a los acreedores hipotecarios debido a la mayor seguridad requerida por los participantes en el mercado hipotecario.

Nos encontramos, pues, ante una normativa especial cuya aplicabilidad viene determinada por circunstancias subjetivas, finalistas y objetivas.

A) Así, subjetivamente, los acreedores hipotecarios sólo podrán serlo entidades autorizadas para participar en el Mercado Hipotecario, que conforme al artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario y su desarrollo en el artículo 2 del Reglamento, modificado por el Real Decreto 1.289/1991, de 2 de agosto, ha quedado redactado así: «Las Entidades financieras que pueden participar en el mercado hipotecario son:

a) El Banco Hipotecario de España y las restantes Entidades de crédito de capital público estatal.

(185 bis) *Vid.* Tomás RUBIO GARRIDO, «La Propiedad ...», ... *ya cit.*, pp. 352-353.

(186) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, p. 1163.

(187) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, p. 1169.

- b) Los Bancos privados.
- c) Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros.
- d) La Caja Postal de Ahorros.
- e) Las Entidades de financiación reguladas por el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo.
- f) Las Entidades cooperativas de crédito.
- g) Las Sociedades de crédito hipotecario que cumplan los requisitos exigidos por este Real Decreto.».

B) Desde una perspectiva finalista nos encontramos ante actos del quebrado consistentes en la constitución de préstamos hipotecarios que gravan los bienes del mismo, susceptibles de incorporarse a la masa de la quiebra, que se encuentran comprendidos en el artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario, esto es, «La finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley serán las de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad».

La lectura del reproducido artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario plantea, a nuestro juicio, serias dudas acerca de la delimitación de las hipotecas protegidas por dicha Ley especial, toda vez que cuando se enumera el destino del dinero prestado, garantizado por la hipoteca, en un principio parece claro que se trata de préstamos para financiar la construcción en un sentido lato (ya sean viviendas, obras de urbanización, equipamiento social, etc. ...), pero el precepto termina con un último inciso, cuando menos, enigmático «... y cualquier otra ... actividad» (188). Esa «cualquier otra actividad» puede ser interpretada en un doble sentido, ya como cualquier otra actividad de naturaleza constructiva o bien como cualquier otra actividad *lato sensu*, al margen de la construcción (189). Por nuestra parte, nos inclinamos a entender que dado que

(188) Incluso refiriéndose también a «cualquier otra obra», señala MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... ya *cit.*, p. 471, que dichas palabras finales del artículo 4 de la Ley de Mercado Hipotecario «... presentan un área de indeterminación en las actividades a que se pueden dedicar los préstamos del mercado hipotecario». Ya anteriormente, Fernando SÁNCHEZ CALERO, «El Mercado ...», ... ya *cit.*, p. 576, atisbaba los problemas interpretativos que dicha expresión «cualquier otra obra o actividad» iba a plantear, señalando que «... parece admitirse que el destino del préstamo hipotecario sea el de una actividad diversa de la inmobiliaria».

(189) *Vid.* la síntesis que hace MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... ya *cit.*, pp. 529-530, de las opiniones de José María DE PRADA, BENAVIDES DEL REY, DURÁN HERRERA y SANTILLANA DEL BARRIO acerca de la interpretación extensiva del artículo 4 de la Ley de Mercado Hipotecario, al considerar que dentro de la misma quedarán abarcados cualesquiera préstamos con garantía hipotecaria que, no destinados al consumo, se destinen a financiar cualquier obra o actividad.

se habla en la Ley de «obra o actividad», lo más coherente con la lógica interna de la Ley especial en que se inserta será pensar que debe tratarse de cualquier otra actividad constructiva del prestatario que constituye la hipoteca sujeta a la Ley especial. En este sentido, nos puede servir de iluminación la brevísima especie de Exposición de Motivos del Reglamento de Mercado Hipotecario, que dice «La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, establece una estructura completa para la financiación de **determinadas actividades** ...», donde se puede apreciar que se entiende que la finalidad de la norma es favorecer la financiación sólo de algunas actividades, no de cualesquiera actividades, como se derivaría de mantener una interpretación extensiva del artículo 4 de la Ley de Mercado Hipotecario. Por su parte, MADRID PARRA (190) estudia el *iter* legislativo del artículo 4 en el trámite parlamentario, así como su inserción en la finalidad de la legislación especial del mercado hipotecario, para concluir en que mantener la interpretación abierta del tan citado inciso final del artículo 4 haría la norma totalmente superflua, aunque reconoce que luego, una vez que se hubiese hecho constar expresamente en la Escritura Pública de constitución de la hipoteca que el destino del dinero prestado sería la financiación de la construcción, el prestatario podrá dedicar el capital recibido a cualquier actividad, siendo muy difícil para la entidad prestataria controlar el destino de dicho capital prestado (fuera del caso de las hipotecas, que destinadas a financiar la construcción, requieren para que el prestamista vaya realizando sucesivos desembolsos la acreditación técnica, vía certificaciones de obra, de las distintas fases de construcción que se vayan ejecutando). Además, la práctica nos viene demostrando que, con frecuencia, hipotecas constituidas para obtener fondos destinados no a la inversión en construcción del prestatario, sino a cualesquiera otras finalidades comerciales del mismo se vienen sujetando expresamente por los contratantes (prestatario y entidad de las recogidas en el artículo 2 del Reglamento de Mercado Hipotecario) a la Ley de Mercado Hipotecario, con lo que es claro que la aplicación de la Ley, por sus indudables ventajas para las entidades prestatarias, se ha venido expandiendo fuera del cauce estricto de la construcción en sus diversas facetas. Todo ello nos plantea una duda en relación con la materia objeto de este trabajo, cual es la de si también estas hipotecas sujetas a la Ley especial, ya voluntariamente ya a consecuencia de una interpretación laxa de la «cualquier otra actividad», gozarán también de la protección especial proporcionada por la Ley del Mercado Hipotecario frente a los acreedores del deudor prestatario quebrado.

En la práctica jurisprudencial y registral la escasísima aplicación que se ha hecho del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario no

(190) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 530-534.

arroja demasiada luz sobre su ámbito de actuación. Únicamente apuntar que en la Resolución DGRN de 12 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3.146), si bien se invocó dicho precepto por el Registrador de la Propiedad Número 4 de Barcelona, considerando que la Ley del Mercado Hipotecario no se refería a todas las hipotecas constituidas a favor de las Entidades relacionadas en su artículo 2 (como pretendía el Letrado de la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona»), sino «sólo a las incardinadas a la garantía de una remisión de títulos —artículos 1 y 5 de dicha Ley— y que en este caso no consta en su inscripción que la hipoteca se constituyese con sujeción a esa Ley especial», luego la DGRN no es rotunda en sus afirmaciones, pues se limita a decir que el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario «... enerva los radicales efectos del artículo 878.2 del Código de Comercio en cuanto a los préstamos hipotecarios otorgados por las Cajas de Ahorros ...», con lo que se podría defender una interpretación, forzada, de concepción amplia de las hipotecas especialmente protegidas por razón solamente del acreedor hipotecario (entidad de las comprendidas en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria), de acuerdo con la literalidad, además, del artículo 10 de la tan citada Ley especial.

Restrictiva ha sido la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522), al entender que «“... hemos de partir de que la norma general es el artículo 878.2 C. Com. por lo que los supuestos contemplados en el artículo 4 de la Ley, con la especialidad señalada en el artículo 10, deben ser objeto de interpretación restringida, so pena de incluir en este precepto la generalidad de las hipotecas constituidas por las entidades mencionadas en su artículo 2.”», lo que lleva en el caso concreto enjuiciado a excluir del paraguas protector de la legislación especial del mercado hipotecario a una hipoteca constituida para hacer frente a la situación de efectos impagados y devoluciones del hipotecante y, conforme a la tesis defendida en la propia Sentencia de la nulidad radical y absoluta derivada de la retroacción, declarar la nulidad de la hipoteca constituida con independencia de que hubiese o no terceros de buena fe. Más restrictiva aún es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de julio de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.240), que radicalmente defendió «“Que la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, artículo 10, no se opone a los efectos que se derivan del artículo 878.2 del Código de Comercio ...”», con una argumentación carente, a nuestro juicio, de sentido puesto que sigue haciendo mención a la legitimación del depositario, en tanto no haya Síndicos, para ejercitar la acción de retroacción.

Si subsumimos la concepción amplia de las hipotecas sujetas a la Ley especial del Mercado Hipotecario en su protección particular obtendremos que la mayoría de las hipotecas constituidas en la actualidad (que lo son a favor de las entidades descritas en el artículo 2 del Reglamento del Mercado Hipotecario) quedarían protegidas frente a la quie-

bra de los prestatarios, resultando prácticamente inoperante en este importante campo el período de retroacción de dicha quiebra.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley del Mercado Hipotecario quedan también subsumidas en el mismo las hipotecas inmobiliarias constituidas con arreglo a los demás requisitos exigidos en la propia Ley y en contragarantía del aval prestado por alguna de las entidades ya referidas para garantizar la devolución de préstamos ajenos del prestatario que constituye tal hipoteca, de manera que si el prestatario cumple con su obligación frente a su prestamista, la hipoteca no llega a surgir, pues se considera que se trata de una hipoteca que garantiza una obligación futura (la que nacería frente al avalista) o sometida a una condición suspensiva (incumplimiento de la obligación del prestatario, cumplimiento del avalista y nacimiento, pues, de la hipoteca frente al avalista que cumplió, entidad financiera de las del artículo 2 del Reglamento del Mercado Hipotecario ya referido). Puntualiza además, SASTRE PAPIOL (191), que de conformidad con el artículo 33.2 del Reglamento del Mercado Hipotecario, el préstamo al que sirve de cobertura el aval garantizado con la hipoteca sujeta a esta Ley especial, «... ha de ser “finalista” (artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario y 33.1 del Reglamento del Mercado Hipotecario) concedido por “cualquier intermediario financiero, promotor, constructor persona o empresa, partícipe o no en el mercado hipotecario” (artículo 33.2 del Reglamento del Mercado Hipotecario) —expresión más amplia que en el supuesto de concesión de préstamo hipotecario— y ha de tratarse de una operación de préstamo —y no de un “crédito” como se refiere el propio artículo 33.2 del Reglamento del Mercado Hipotecario, a diferencia del artículo 6 de la Ley del Mercado Hipotecario—».

C) Objetivamente, del antes señalado artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario podemos extraer que sólo se protegen especialmente las hipotecas inmobiliarias, quedando fuera de protección las hipotecas mobiliarias, navales o las constituidas como superposición de garantías de otras obligaciones ya existentes, como señala SASTRE PAPIOL (192), basándose en que todas estas últimas no podrán servir de cobertura a la emisión de títulos en el mercado hipotecario, que regula la propia Ley del Mercado Hipotecario.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley del Mercado Hipotecario y su desarrollo en el artículo 26.1 del Reglamento, en redacción dada por el Real Decreto 1289/1991, el importe del préstamo no puede superar el 70% del valor de tasación del bien hipotecado, salvo para la financiación de la construcción, rehabilitación o adquisición

(191) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8719.

(192) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8718.

de vivienda, en cuyo caso el tope máximo del préstamo se eleva hasta un 80% del valor de tasación, tasación que deberá hacerse de conformidad con lo previsto en los artículos 38 a 40 del Reglamento del Mercado Hipotecario. En la práctica destaca la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil») 1993/2.522) cómo solamente deberá ponderarse el importe del préstamo, sin tener en cuenta las cantidades de las que responde la finca hipotecada en concepto de intereses, costas y gastos.

Por otra parte, el artículo 31 del Reglamento del Mercado Hipotecario excluye de la susceptibilidad de hipoteca los siguientes derechos sobre inmuebles y bienes inmuebles: derecho de usufructo, concesiones administrativas, derechos de superficie, pastos, aguas, leños y semejantes, edificios e instalaciones fuera de ordenación urbana sobre los que se hubieran autorizado obras de carácter provisional.

Finalmente, la hipoteca *per se* debe reunir los siguientes caracteres, que sintetiza SASTRE PAPIOL (193):

a) Debe ser primera hipoteca y recaer sobre la totalidad de la finca, posponiendo o cancelando antes de su constitución cualesquiera otras hipotecas, prohibiciones de disposición, condiciones resolutorias o limitaciones del dominio (artículos 5.1 de la Ley de Mercado Hipotecario y 27.1 de su Reglamento).

b) Si son varios los titulares de la finca o fincas hipotecadas, la hipoteca deberá estar constituida por la totalidad de los comuneros, lo mismo que si fuesen varios los derechos integradores del dominio, en cuyo caso deberán intervenir todos los titulares de tales derechos, para que de esta forma la hipoteca recaiga sobre la totalidad de la finca (artículos 217 RH y 27.2 del Reglamento de Mercado Hipotecario).

c) La finca hipotecada debe estar inscrita en el Registro de la Propiedad sin contradicción alguna y sin limitación por razón de inmatriculación o por tratarse de inscripciones practicadas con arreglo al artículo 298 RH (artículo 25.1 Reglamento de Mercado Hipotecario).

d) Una vez constituida la hipoteca, de existir bonos o participaciones hipotecarias no podrá ponerse en peligro la garantía mediante la posposición de la misma, sin tener consentimiento de los tenedores de bonos, o de todos los partícipes del crédito. Tampoco podrán cancelarse voluntariamente las hipotecas, renunciar o transigir sobre ellas, novarlas, condonarlas o prorrogarlas y, en general, realizar cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca o del crédito (artículo 25.3 y 4 del Reglamento de Mercado Hipotecario).

(193) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8720.

Por último, para concluir con el análisis de los requisitos objetivos de estas hipotecas especialmente protegidas, señala SASTRE PAPIOL (194), siguiendo a MADRID PARRA, que no es necesario que se hubiesen emitido las cédulas, bonos o participaciones hipotecarias que pueden movilizar el crédito territorial para que devenga aplicable el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario, ya que estima que la emisión de títulos y la regulación de un mercado, primario o secundario, de los mismos es una forma de facilitar la obtención del capital necesario para conceder nuevos préstamos, así como porque el juego del artículo 10 se reduce a la quiebra del deudor hipotecante, sin extenderse a la quiebra de la Entidad hipotecaria emisora de los títulos ni a la del transmitente de los mismos en tal mercado.

Dejamos apuntada, además, otra interpretación más extensiva del ámbito de protección de los artículos 10 de la Ley del Mercado Hipotecario y 25.5 de su Reglamento de desarrollo, puesto que si atendemos a su literalidad observamos que sólo se establece una doble condición de aplicación de dicho precepto:

- a) Que la hipoteca se encuentre inscrita. Hay que sobreentender que en el Registro de la Propiedad.
- b) Que el titular de la hipoteca sea alguna de las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario (entidades del artículo 2 de la Ley y Reglamento de Mercado Hipotecario).

Ahora bien, en ningún momento dice ninguno de los tan citados preceptos que las hipotecas deban cumplir los demás requisitos exigidos para que las mismas se consideren constituidas al amparo de la Ley del Mercado Hipotecario, pues hubiera sido muy fácil que el legislador hubiera dicho «Las hipotecas constituidas al amparo de la presente Ley ...», en lugar de «Las hipotecas inscritas a favor de ...», que es lo que dijo. Es cierto que la subsunción de tales preceptos en el marco normativo especial del mercado hipotecario hace suponer que se está tratando de hipotecas sujetas a dicha legislación especial, pero no hay obstáculos que impidan expandir su aplicación a las hipotecas constituidas a favor de las Entidades autorizadas para intervenir en el mercado hipotecario, fuera del que se podría invocar desigualdad en favor de tales acreedores hipotecarios, que difícilmente se justificaría al margen de los motivos (la finalidad) que justificaron la aprobación de la tan citada legislación especial del mercado hipotecario. Así y todo, si analizamos, por ejemplo, el estudio que hace Agustín MADRID

(194) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, pp. 8722-8724, donde además analiza la situación especial de los tenedores de tales títulos frente a la entidad emisora de los mismos declarada en quiebra. Sobre la misma cuestión *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 1173-1174, donde destaca la conversión de los tenedores de los títulos hipotecarios en acreedores ordinarios de la quiebra.

PARRA (195), del artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario, cuando se ocupa de los «elementos o requisitos» del supuesto de hecho del mismo, en ningún momento menciona que la hipoteca especialmente protegida deba reunir los requisitos de las hipotecas sujetas a la legislación especial del mercado hipotecario, sino simplemente que tal hipoteca esté inscrita a favor de las entidades emisoras de títulos hipotecarios.

Las consecuencias (196) que se extraen de esta nueva normativa cara a la retroacción de la quiebra son las siguientes:

a) Queda claro que la eficacia de la retroacción requiere una intervención judicial a instancia de la Sindicatura de la quiebra. Se hace referencia a la necesidad de ejercicio de una acción de impugnación por parte de los Síndicos de la quiebra, siendo el objeto de dicha acción no la nulidad sino la «impugnación» de las hipotecas constituidas al amparo de esta Ley dentro del período de retroacción.

Se despejan de esta forma, en este punto, las dudas que acerca de la operatividad directa de la retroacción como nulidad absoluta ya hemos expuesto que existieron desde GARRIGUES.

b) Es evidente que la retroacción no determina *per se* la nulidad de las hipotecas constituidas al amparo de esta Ley del Mercado Hipotecario dentro del período que medie de la fecha de retroacción a la declaración de quiebra, puesto que, aparte de que ni el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario ni, congruentemente, el artículo 25.5 de su Reglamento de desarrollo, hacen en ningún momento referencia a la nulidad de las mismas (a diferencia, recordamos, del artículo 878.2 C. Com.), sino que se refieren a la impugnación, se introduce el elemento determinante del éxito de tal impugnación: el fraude en la constitución del gravamen hipotecario, lo que supone, como señala muy gráficamente Agustín MADRID PARRA (197), que «... lo que hace el legislador

(195) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, p. 1168.

(196) *Vid.* José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, p. 42. Más adelante p. 73, estima que la novedad del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario frente a su interpretación de la retroacción del artículo 878.2 C. Com., como acción de rescisión por fraude de acreedores con presunción del fraude, estriba en que la primera norma «... no supone más privilegio que el de considerar que en los casos de que se trata los requisitos necesarios para la aplicación de la sanción *ex art.* 878.2 del Código de Comercio no vienen aportados por la propia Ley, correspondiendo al Síndico la prueba de la concurrencia de los mismos».

(197) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 1168-1169.

Destaca, así, la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522) cómo el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario «“...consagra un supuesto, ya no de nulidad sino de rescisión, pues como señala la doctrina ya no se habla de hipotecas que pueden ser anuladas sino impugnadas, precisando la demostración de la existencia de fraude en la constitución del gravamen, fuera de toda presunción, supuesto similar a la rescisión en fraude de acreedores y dejando a salvo el tercero adquirente de buena fe a título oneroso”».

de 1981 es acumular al artículo 878, párrafo 2.º, del Código de Comercio el requisito del fraude, que con carácter general exige el artículo 1.111 del Código Civil para la acción pauliana». Para Sebastián SASTRE PAPIOL (198) el fraude puede consistir en la simulación o suposición de hipoteca o en que el gravamen no se constituya para las finalidades previstas y con las condiciones exigidas por la legislación del mercado hipotecario, en congruencia este último criterio con el de necesidad de subsunción de la hipoteca en el marco de la precitada Ley especial para gozar de la protección del artículo 10 de la misma.

Se hace, pues, abstracción de que nos encontremos ante una hipoteca perjudicial o no para la masa de acreedores, desplazándose el elemento decisivo hacia el fraude en la constitución de tal hipoteca, donde, a nuestro juicio, deben incluirse aquellos supuestos en los que la hipoteca se hubiera constituido para garantizar una deuda del luego quebrado con el acreedor hipotecario inferior a la que en realidad se hizo constar.

c) Se establece con claridad y rotundidad la protección del tercero de buena fe, entendiendo en este sentido la buena fe como la ausencia de participación en el fraude.

Dentro de estos terceros de buena fe cabe incluir, por ejemplo, a los tenedores de los títulos hipotecarios o a los adquirentes de los bienes hipotecados en virtud de la subasta llevada a efecto en la ejecución de la hipoteca constituida dentro del período de retroacción.

Respecto de los tenedores de los títulos hipotecarios señala SASTRE PAPIOL (199), siguiendo a MADRID PARRA (200), que su protección se limita a los mecanismos de restablecimiento de la proporción previstos en los artículos 18 de la Ley y 60 del Reglamento de Mercado Hipotecario.

d) No hay duda de que la quiebra frente a la que resulta, en principio, inmune la hipoteca inmobiliaria, no fraudulenta y sujeta a la Ley especial, es la del hipotecante, pues además así lo establece literalmente el artículo 25.5 del Reglamento de Mercado Hipotecario, integrando la laguna que en este punto presentaba el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario. SASTRE PAPIOL (201) extiende el ámbito de la Ley de Mercado Hipotecario a la quiebra del que transmitió la finca al hipotecante, si bien en tal caso, como el propio autor reconoce, la protección al acreedor hipotecario vendría dada ya por su condición de subadquirente, en aplicación del artículo 34 LH.

(198) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8727.

(199) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, pp. 8724-8725.

(200) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... ya *cit.*, pp. 477-479, y pp. 1170-1172, donde señala con detalle los problemas que se pueden derivar para los tenedores de los títulos hipotecarios como consecuencia de la nulidad por fraude de la hipoteca de cobertura, que incluso puede arrastrar a la quiebra de la entidad emisora.

(201) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8721.

A juicio de MASSAGUER FUENTES (202), en la doctrina, dicha regulación especial del Mercado Hipotecario debe ser en la actualidad extendida a todos los actos realizados por el quebrado dentro del período de retroacción, como ya hemos citado, en aras del respeto al derecho fundamental a la igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, con lo que hoy estaríamos configurando, en todo caso, la acción de retroacción como acción de rescisión por fraude de acreedores.

Esa propuesta de José MASSAGUER FUENTES ha alcanzado plasmación práctica, por vez primera en nuestra Jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647), que, además, es la primera Sentencia del Tribunal Supremo que cita en esta materia el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario. Anteriormente, encontramos referencias a la posible aplicación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario en la defensa de su nota de calificación por el Registrador de la Propiedad Número 2 de Almería, que dio lugar a la Resolución DGRN de 14 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.320), sin que se ocupase de tal argumentación la DGRN, y ya en el cuerpo, incluso en el Fundamento de Derecho independiente (el Tercero), de la Resolución DGRN de 12 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3.146), aunque no lleva a efecto su aplicación práctica, que remite al Juicio en el que se pudiera discutir la validez de una hipoteca otorgada dentro del período de retroacción del deudor hipotecario. En la «Jurisprudencia Menor» se negó la aplicación de la Ley del Mercado Hipotecario en la Sentencia de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Joaquín de Oro Pulido López; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935), por ser los hechos debatidos anteriores a su entrada en vigor, por lo que no se hizo más análisis sobre el juego de la misma y posteriormente en la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; «Aranzadi Civil» 1993/2.193), porque no se estaba debatiendo en el caso la retroacción de un préstamo con garantía hipotecaria sino de una compraventa y un contrato de leasing, sin concretar para nada si el alcance de la Ley del Mercado Hipotecario requería el cumplimiento de más requisitos en el préstamo con garantía hipotecaria para quedar el mismo bajo su paraguas protector. Por su parte, el Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1994 cita, *obiter dictum*, la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 —al tiempo que reconoce que la Sentencia de 11 de noviembre de 1993, que más adelante veremos, se aparta de la misma— para sostener que «“...el le-

(202) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, pp. 66-67.

gislador se ha hecho eco de la inviabilidad de sistema de la nulidad radical de todos los actos de dominio y administración de quien posteriormente quiebra, citándose en la Sentencia de septiembre de 1993 lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, a los que debemos añadir en estas fechas la previsión contenida en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, que atribuye a los síndicos el ejercicio de la acción cuando se demuestre la existencia de fraude en la constitución o afectación de valores y efectivo como garantía de las operaciones de mercado «al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio»». En efecto, la referida Disposición Adicional Séptima.2 de la Ley 3/1994 (Aranzadi 1994/1.094), dispone: «En caso de quiebra de un miembro o de un cliente de los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones, la constitución o aceptación de valores y efectivo como garantía de las operaciones de mercado sólo será impugnabile al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo 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 o afectación de valores y efectivo como garantía de las operaciones del mercado»». Se aprecia, pues, en tal precepto, de un lado, la exigencia de que la producción de efectos propios de la retroacción requiere el ejercicio de acciones judiciales por parte de los síndicos de la quiebra, así como, de otro lado, la proyección de la exigencia expresa del fraude en los actos afectados por la retroacción, que se había contenido anteriormente en la Ley del Mercado Hipotecario. Estamos, por tanto, ante una evolución legislativa en el sentido de exigencia de fraude como presupuesto para la operatividad de la retroacción, camino que habrá que esperar a ver si el legislador se dice a continuar en la reforma legislativa del Derecho Concursal.

Posteriormente, en la Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 1995 («Actualidad Civil» 1995/1.284) excluye expresamente la aplicación de la invocada Ley de 25 de marzo de 1981, basándose en la apreciación de la existencia de fraude en la constitución de préstamo hipotecario, puesto que su «...fraudulencia se infiere no sólo del hecho de que el inmueble hipotecado es, juntamente con otro, el elemento patrimonial más importante del quebrado, sino también de que tal préstamo se concierta por quien presumiblemente conocía la real situación del quebrado (véase la absolución de posiciones del demandado y ténganse en cuenta las máximas de experiencia relativas al funcionamiento bancario ordinario) y cancelando así un anterior crédito de inferior importe (realmente se produce una verdadera novación objetiva)»».

Para dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, el mencionado artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario es la plasmación de la doctrina científica y jurisprudencial que había venido matizando el alcance de la retroacción con la exigencia de que los actos afectados por la misma fuesen perjudiciales para la quiebra, sosteniendo que «... buena prueba del giro que se está produciendo incluso en la *mens legis* es lo dispuesto en el artículo 10 por la Ley de 25 de marzo de 1981 (Ley 2/1981) de Regulación del Mercado Hipotecario sobre el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 878.2.^o del Código de Comercio, lo que nos impele a la adecuación normativa imperada en el artículo 3 del Código Civil».

Se aprecia pues cómo, por vez primera, el Tribunal Supremo viene a emplear el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario como muestra de un cambio en la mentalidad del legislador, acerca de la necesidad de corregir las gravísimas consecuencias derivadas de la aplicación de la retroacción como nulidad absoluta y radical, lo que viene a significar un cambio en el contexto y en la realidad social del tiempo en que se está aplicando actualmente, pasados ya más de cien años, el artículo 878.2 C. Com. de 1885, que motiva la necesidad de proceder a su reinterpretación.

Adicionalmente, hace aplicación dicha Sentencia del artículo 34 LH, que considera plasmación en el ámbito inmobiliario del Principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, respecto de los adquirentes directos del quebrado, pues en el caso debatido en la referida Sentencia se había celebrado una compraventa y constitución de usufructo vitalicio. A nuestro juicio, esta argumentación resulta más discutible y debe entenderse dentro de un razonamiento *ab abundantiam* dado que la ausencia de fraude justifica por sí sola, en aplicación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, la protección de los actos con trascendencia registral en el período de retroacción, algo que opera al margen de la protección del tercero hipotecario que se hace por el artículo 34 LH.

El hecho es que la esperanza en una evolución de la Jurisprudencia que hizo surgir la repetida Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, se ha venido, en parte, abajo con la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993 (203), la cual, lejos de consolidar la evolución apuntada y constituir doctrina jurisprudencial en la materia, ha hecho caso omiso de la invocación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, que se hizo por el recurrente para fundamentar una interpretación más avanzada de la retroacción

(203) Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; Aranzadi 1993/8.960. *Vid.* la puesta de manifiesto de la contradicción señalada en la Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 1995 («Actualidad Civil» 1995/1.290).

hacia su configuración como rescisión por fraude, siendo absolutamente ignorada tal fundamentación del recurso de casación por la Sala enjuiciadora, que ni siquiera razona sobre su inadmisión, para volver a reiterar, como ya hemos visto en este trabajo, la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la retroacción como nulidad absoluta y radical. Es cierto que en el caso debatido en esta última Sentencia citada la cuestión presentaba una más leve conexión con la Ley del Mercado Hipotecario que en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, puesto que se trataba de retrotraer a la masa de la quiebra un pago efectuado por el quebrado en el período de retroacción sin ninguna trascendencia registral, pero lo cierto es que se ha perdido una buena oportunidad para consolidar *obiter dicta* la interpretación expansiva del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario. A nuestro juicio, podemos, en tanto no recaigan nuevas Sentencias que confirmen una línea evolutiva firme, tratar de cohonestar las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre y 11 de noviembre de 1993, en el sentido de considerar que deberá exigirse el fraude para el éxito de las acciones de retroacción contra actos de disposición (ventas, constitución de hipotecas u otros derechos reales) del luego quebrado que hayan tenido trascendencia registral y se hayan otorgado a favor del tercero por el luego quebrado cuando éste resultaba, sin mácula alguna, titular registral del bien inmueble dispuesto, en tanto que cuando se siga tratando de otros actos de disposición sin trascendencia registral (fundamentalmente pagos) se seguirá aplicando la doctrina jurisprudencial reiterada y constante de la retroacción como nulidad absoluta y radical, o, en su caso, matizada con la introducción del requisito del perjuicio para la masa de acreedores.

Sería necesario que la interpretación del artículo 878.2 C. Com. a la luz del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, fuese muy expansiva para que la exigencia del fraude en los actos afectados por la retroacción comprendiese a todos los actos del quebrado, recayesen o no sobre bienes inmuebles y tuviesen o no acceso al Registro de la Propiedad.

Por su parte, Sebastián SASTRE PAPIOL (204) añade otra consecuencia de esta regulación especial en relación con la incidencia que en la misma presenta la retroacción de la quiebra del deudor hipotecante, cual es la de que podrá iniciarse la ejecución sumaria de la hipoteca aunque ya se hubiese declarado la quiebra del deudor hipotecante y señalado la fecha de retroacción en un instante anterior al de formalización de dicha hipoteca.

(204) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8726.

Destacar, por último, que, como señaló MADRID PARRA (205), el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario es una especie de faro que guía la futura regulación de la reintegración de la quiebra en nuestro Derecho Concursal, como de hecho ocurrió en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y como esperamos que ocurra con la Ley que en su día, esperamos que no tarde mucho una vez reformado nuestro Derecho Societario, se apruebe para regular de nuevo esta materia.

(205) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 1172-1173.