

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias Comentadas

La especial protección de las hipotecas subsumidas
en la Ley del Mercado Hipotecario frente a la
quiebra del hipotecante
(Comentario a la STS, 1.^a, de 12 de diciembre de 1995)

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA
Abogado ICA de Oviedo

M.^a ISABEL HUERTA VIESCA
Profesora Titular de Derecho Mercantil
EU de Estudios Empresariales
Universidad de Oviedo

Reviste particular interés la presente Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade; Aranzadi 1995/9.606), por tratarse de la primera vez, que tengamos conocimiento, en que el Tribunal Supremo se ha ocupado con una cierta extensión —fuera de la Sentencia de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elípe; Aranzadi 1993/6.647) y después del fracaso de la Sentencia de 11 de noviembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; Aranzadi 1993/8.960), en la que habiéndose invocado el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario se obvió toda referencia a dicha Ley especial— de la constitución de hipotecas al amparo de la Ley del Mercado Hipotecario como actos

completamente exentos al efecto de nulidad de los actos de administración y disposición del quebrado realizados en el período de retroacción (1). Período de retroacción cuya vigencia parece que, por fin, enfila su recta final, en espera de que en la ansiada reforma de nuestro Derecho Concursal se suprima dicha figura, tal y como se hace en la Propuesta de Anteproyecto de 12 de diciembre de 1995 de Ley Concursal —curiosamente coincide su fecha con la de la Sentencia que comentamos— redactada en la Comisión General de Codificación por el profesor y vocal de dicha Comisión, Angel ROJO FERNANDEZ-RÍO (2) —Vid. texto del Anteproyecto en Boletín de Información del M.º de Justicia, Suplemento al n.º 1768, 15 de febrero de 1996—.

Recordemos que el núcleo esencial, a los efectos de este breve comentario, de aplicación de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, desarrollada en su Reglamento aprobado por Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo y su modificación parcial por Real Decreto 1.289/1991, de 2 de agosto, viene concretado en el 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 Reglamento («Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades que puedan participar en el Mercado Hipotecario sólo podrán ser impugnadas por causa de quiebra de! 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

(1) Decimos que completamente exentos, por cuanto que se trata de una exención, como veremos, «ministerio legis», no dependiente, por tanto, de interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales, como las que se han venido aventurando para rebajar los muros de la nulidad contemplada en el artículo 878.2 C. Com., tal y como ya hemos expuesto en nuestro trabajo, María Isabel HUERTA VIESCA y Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA «La retroacción de la quiebra: Estados doctrinal y jurisprudencial actuales y perspectivas de evolución futura de la interpretación de la legislación vigente», «Anuario de Derecho Civil» 1995-IV.

(2) Vid. Emilio BELTRÁN, «Una nueva propuesta de Ley Concursal», «Actualidad Jurídica Aranzadi» n.º 237, 14 de marzo de 1996, p. 4, donde llama la atención acerca de que «La Propuesta de Rojo no sólo elimina todo vestigio de retroacción, sino que, además, subordina el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa a la circunstancia de que, en el momento de la declaración de concurso, el pasivo exigible fuera superior al activo real. La razón de ello es el carácter subsidiario propio de la acción rescisoria por fraude de acreedores (artículo 1.111 CC)». Sobre la defensa de la necesidad de eliminar la retroacción como nulidad, por acciones de rescisión por fraude de acreedores, como medio de homogeneizarnos con el Derecho Comparado y satisfacer las necesidades de seguridad jurídica, Vid., por todos, FRANCISCO VICENT CHULIÁ, «Introducción al Derecho Mercantil», «Tirant lo Blanch», Valencia, 1995, pp. 669-670.

quedará a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice del quebrado fraudulento»).

La razón de ser de esta nueva normativa —en relación con la vetusta y agotada regulación concursal española—, a juicio de SASTRE PAPIOL (3), se encuentra en «... facilitar la financiación necesaria para la promoción inmobiliaria con fines que facilitarían 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 (4), 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 (5), por su parte, 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 (6), 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.

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 rigidamente 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

(3) Vid. 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. 8. 716. Anteriormente, en p. 8.694, a cita de MADRID PARRA y SÁNCHEZ CALERO, defendió la misma tesis.

(4) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La reintegración de la masa en los procedimientos concursales», «Librería Bosch», Barcelona, 1986, p. 42.

(5) 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.

(6) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado hipotecario (EEW-España)», Banco Hipotecario de España, Madrid, 1988, pp. 524-526.

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 (7), a los mismos les conviene la permanencia de la garantía hipotecaria que respalda los créditos de cobertura. El mismo MADRID PARRA (8), 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 las 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.
- 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».

Trasladando la concurrencia de los requisitos subjetivos señalados a la Sentencia que venimos a comentar, nos encontramos con que la misma se produce, pues el hecho litigioso se refiere a «la escritura de hipoteca de fecha 15 de noviembre de 1979 otorgada en favor de la “Caja de Ahorros Provincial de Tarragona” ...». Hacemos notar, desde una perspectiva práctica, la relevancia e inseguridad que introduce la retroacción, pues baste pensar que a finales de 1995 todavía se encuentra en el aire la validez o nulidad de una hipoteca constituida más de dieciocho años atrás. Esta circunstancia muestra la utilidad que la nor-

(7) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, p. 1.163.

(8) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, p. 1.169.

mativa especial hipotecaria tiene en esta materia, pues pensando en préstamos hipotecarios multimillonarios, es fácil apreciar el riesgo que para las entidades financieras supone el no poner coto a los efectos de la retroacción de quiebras, al punto de que puede llegar a poner en peligro la misma subsistencia de la entidad prestataria hipotecaria que al cabo de tantos años pueda perder sus garantías hipotecarias para verlas sustituidas por fallidos, dada la concurrencia de una circunstancia (fecha de retroacción anterior a la constitución de la hipoteca) que, en bastantes ocasiones, es muy difícil, por no decir prácticamente imposible, detectar.

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 encuentren 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 será la 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 afectada temporalmente por la retroacción, 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» (9). 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 (10). Por nuestra parte, nos inclinamos a entender que dado que se habla en

(9) Incluso refiriéndose también a «cualquier otra obra», señala MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. 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 ...», ... *ob. 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».

(10) *Vid.* la síntesis que hace MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. 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.

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, que atendiera más que a la finalidad del capital prestado a la propia naturaleza de la hipoteca constituida y de la entidad acreedora hipotecaria. Por su parte, MADRID PARRA (11) estudia el «ite» 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 (ello consideramos que fuera del caso de las hipotecas, que destinadas a financiar la construcción, requieren para que el prestamista vaya realizando los sucesivos desembolsos del capital prestado la acreditación técnica de la ejecución de las distintas fases de construcción). 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 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, cuestión en la que hemos de llegar a la conclusión de que como los acreedores son terceros ajenos a los pactos

(11) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 530-534.

entre el deudor hipotecante, luego quebrado, y el acreedor hipotecario y dada la especialidad de la Ley del Mercado Hipotecario, frente a dichos pactos los acreedores del quebrado serán inmunes, aplicando la Ley del Mercado Hipotecario sólo cuando se cumplan expresamente sus requisitos.

El análisis finalista de la hipoteca cuya nulidad se pretendía en la Sentencia comentada no fue debatido, ni en la segunda instancia (*Vid.* 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 y López; «Revista-General del Derecho», n.º 576, septiembre 1992, pp. 8.932-8.935) ni en la casación que comentamos, aun cuando en la segunda instancia la Sección 113 de la Audiencia Provincial de Barcelona indicó que «... (la hipoteca debatida) no puede considerarse como una prórroga de la anterior hipoteca constituida en el año 1976, para el auxilio a la construcción de todo el bloque compuesto de las plantas antes citadas y 72 viviendas, sino como una novación (artículo 1.203 CC) al variar el objeto de la hipoteca y las condiciones de la misma ...», pero sin concretar si la finalidad (auxilio de la construcción) se había mantenido invariada. Para sostener la aplicación material de la Ley del Mercado Hipotecario hay que presuponer que tal finalidad se había mantenido en la hipoteca litigiosa, pues de lo contrario ya por ese motivo la hipoteca debería considerarse excluida de su «paraguas protector».

En la restante práctica jurisprudencial y registral la escasísima aplicación que se ha hecho del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario no 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 ciertamente, de admisión registral de una concepción amplia de las hipotecas especialmente protegidas por razón sólomente 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 fue, por contra, la posición mantenida 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), al excluir la aplicación de la legislación especial a una hipoteca constituida para hacer frente a una situación de efectos impagados.

Si subsumimos la concepción amplia de las hipotecas sujetas a la Ley especial del Mercado Hipotecario en su protección particular obtendremos que una parte sustancial 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 quiebra de los prestatarios, resultando prácticamente inoperante, en este importante campo, el período de retroacción de dicha quiebra. Lo cierto es que en la Sentencia comentada la Sala no ha prestado atención, por no haber sido planteado el debate, a la interesante cuestión de la finalidad de la hipoteca amparada por la Ley del Mercado Hipotecario.

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 (12), 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, participe 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

(12) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.719.

PAPIOL (13), 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.

Tal condición objetiva concurre en la Sentencia analizada, toda vez que se trataba de una «... hipoteca referida a las fincas registrales números 23.403, 24.601, 24.602 y 24.603 del Registro de Tortosa ...».

De otra parte, 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 1.289/1991, 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 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. Para el cálculo de tales porcentajes, como dice la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993, ya citada, habrá que atender exclusivamente al importe del préstamo, sin tener en cuenta las cantidades de las que responde la finca hipotecada, en concepto de intereses, costas y gastos.

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 (14):

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).

A propósito de la copropiedad de la finca hipotecada y la incidencia de posibles situaciones concursales en alguno de los copropietarios hipotecantes, en la Sentencia que nos ocupa se destaca, confirmando las

(13) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.718.

(14) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.720.

apreciaciones del Juzgador de instancia y de la Sala de apelación, el que las fincas hipotecadas habían sido propiedad en 2/3 partes de sujetos distintos al quebrado, quienes le habían transmitido dichas porciones con anterioridad a la constitución de la hipoteca controvertida.

Al tiempo, se aprovecha para, «obiter dicta», ratificar la doctrina de la instancia, en el sentido de que, aunque no hubiese ocurrido lo antes expuesto, «... la indivisibilidad del derecho de hipoteca, ... llevaría aparejada la nulidad de todo el contrato, si uno de los otorgantes es declarado inhábil para contratar ...».

Trasladando esta doctrina al ámbito de la Ley del Mercado Hipotecario, hemos de considerar que cuando se trate de una hipoteca constituida a su amparo será suficiente con la quiebra de uno de los hipotecantes y constitución fraudulenta por el mismo de tal hipoteca para que toda la hipoteca, dada su indivisibilidad, quede rescindida. Ahora bien, recordemos que tanto el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario como el artículo 25 de su Reglamento, contemplan la protección del tercero que no hubiera sido cómplice del hipotecante quebrado fraudulento, concepto de tercero del que, a nuestro juicio, debe excluirse al comunero cohipotecante no quebrado ni fraudulento, por no reunir tal condición de tercero respecto de la constitución de la hipoteca cuya rescisión se pretenda. Planteada la posibilidad de que se mantuviese la interpretación de que la condición de tercero se entendiese no respecto de la operación hipotecaria sino de la quiebra y fraudulencia en la constitución de la hipoteca por parte del comunero quebrado, habría que romper con la indivisibilidad de la hipoteca, rescindiendo la misma sólo respecto de la cuota del comunero quebrado fraudulento, interpretación que, a nuestro juicio, choca frontalmente con la indivisibilidad de la hipoteca consagrada en el artículo 1.860 CC, por lo que entendemos que debe rechazarse. Consideramos, por tanto, que la condición de terceros debe reservarse para los subadquirentes de buena fe, no sólo por aplicación de la protección registral del tercero hipotecario (artículo 34 LH), sino también por la general protección del tercero subadquirente de buena fe en el marco del ejercicio de la acción rescisoria.

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 posesión 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).

Por último, para concluir con el análisis de los requisitos objetivos de estas hipotecas especialmente protegidas, señala SASTRE PAPIOL (15), 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, la 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 impiden 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 de desigualdad en favor de tales acreedores hipotecarios, que difícilmente se justificaría al margen de los motivos (la finalidad) que condujeron a la aprobación de la tan citada legislación especial del mercado hipotecario.

(15) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, pp. 8.722-8.724, 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 ...», ... *ob. cit.*, pp. 1.173-1.174, donde dectaca la conversión de los tenedores de los títulos hipotecarios en acreedores ordinarios de la quiebra.

Así y todo, si analizamos, por ejemplo, el estudio que hace AGUSTIN MADRID PARRA (16), 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.

En fin, es lo cierto que ni en la Sentencia comentada ni en la de segunda instancia también referida, objeto de casación, se ha hecho un análisis mínimamente detenido de la finalidad de la hipoteca cuestionada, aunque consideramos que ello se debió más que a privar de relevancia a dicha finalidad, al hecho de que se atendió a la cuestión temporal que determinó la inaplicación de la legislación especial.

Las consecuencias (17) que se extraen de esta nueva normativa cara a la retroacción de la quiebra son, pues, las siguientes:

a) Queda claro que la particular eficacia de la retroacción afectada por la Ley del Mercado Hipotecario, requiere una intervención judicial a instancia imprescindible de la Sindicatura de la quiebra, tal y como se confirma, a propósito de la retroacción del artículo 878.2 C. Com. no afectada por la Ley del Mercado Hipotecario, tácitamente en la Sentencia comentada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995, después de haber sido cuestión debatida y resuelta por la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona. De resultar una hipoteca subsumida en la Ley del Mercado Hipotecario su impugnación precisa el ejercicio de la acción correspondiente 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 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 nulidad de las mismas (a diferencia, recordamos, del artículo 878.2 C. Com.), sino que se refieren a su impugnación, se introduce el ele-

(16) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, p. 1.168.

(17) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La reintegración ...», ... *ob. 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».

mento determinante del éxito de tal impugnación: el fraude en la constitución del gravamen hipotecario, lo que supone, como señala muy gráficamente AGUSTÍN MADRID PARRA (18), que «... lo que hace el legislador de 1.981 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 (19) 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.

Por vez primera el Tribunal Supremo, que conozcamos, en la Sentencia comentada admite expresamente esta sustancial modificación legislativa en los efectos de la retroacción que supone la Ley del Mercado Hipotecario, aunque es cierto que lo hace muy tímidamente, pues dice: «Esta disposición (se refiere a la Ley del Mercado Hipotecario) viene a modificar en cierto sentido la legislación y la jurisprudencia mercantil, en la que la nulidad radical opera “ipso legis”, en estos supuestos de retroacción de los efectos de la declaración de quiebra». A nuestro juicio, no es que se modifiquen «en cierto sentido» los efectos legales de la retroacción, sino que se modifican sustancialmente, al sustituir la nulidad de la dicción legal del artículo 878.2 C.Com. por una rescisión especial por fraude de acreedores («ex artículo» 1.291.3 CC). Ahora bien, entendemos que se trata de una rescisión especial en el sentido de que está prevista fuera del ámbito del CC, pero no en cuanto a que no se encuentre sometida a la regulación de la rescisión en nuestro CC y especialmente en lo que se refiere al sometimiento al

(18) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 1.168-1.169.

Crítico con la exigencia de la prueba del fraude se muestra Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», «Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio MENÉNDEZ», Tomo III, «Civitas», Madrid, 1996, p. 3.506, pues «... ni siquiera se exige para el ejercicio de algunas de las acciones rescisorias concursales (v. expresamente, respecto de determinadas hipotecas, art. 880.4 C. de C.) y de la acción revocatoria general (v. art. 1.297 CC)», al tiempo que extrae como consecuencia de este requisito «... que no son aplicables a estas hipotecas las acciones rescisorias contenidas en los artículos 880.4, 881.5 y 882 del Código de Comercio, ni la acción revocatoria general, pues no parece lógico pensar que resulte más fácil rescindir una hipoteca constituida antes de la fecha de retroacción que una constituida con posterioridad.»

(19) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.727.

plazo de caducidad cuatrienal del artículo 1.299 CC (20). De esta forma, toda vez que tal plazo de caducidad tiene como «dies a quo» el momento de la realización del acto impugnado (en este caso la constitución de la hipoteca protegida por la Ley del Mercado Hipotecario cuya impugnación se pretendiera), los plazos de retroacción superiores a cuatro años —e incluso también los inferiores cuando los síndicos no actúen con diligencia y presteza— quedan por completo privados de eficacia respecto de las hipotecas constituidas con más de cuatro años de antigüedad anteriores al momento en que los síndicos de la quiebra ejerciten su correspondiente acción de impugnación o rescisión por fraude de acreedores. Otro criterio que se puede mantener para determinar el «dies a quo» del plazo cuatrienal de caducidad es el sostenido por MASSAGUER (21), para quien tal plazo comienza a computarse desde la toma de posesión del cargo por los síndicos del quebrado, dotándose de esta manera de una mayor eficacia a la acción rescisoria, con lo que se aparta de criterio tradicional en nuestra doctrina, ajustándolo, a nuestro juicio, a la lógica imposibilidad de los síndicos de accionar anteriormente a su toma de posesión. Pero, por nuestra parte, somos partidarios de la primera interpretación enunciada, pues actuando los síndicos en beneficio de la masa de acreedores y teniendo en cuenta que estamos ante una rescisión por fraude en la constitución de estas hipotecas durante el período de retroacción, no vemos porqué hay que hacer de mejor condición a los acreedores del quebrado que a esos mismos acreedores si, en ausencia de quiebra de su deudor, pretendiesen ejercitar una acción ordinaria de rescisión por fraude de acreedores, en cuyo caso el cómputo del plazo cuatrienal se inicia desde la realización del acto fraudulento. El daño a los acreedores se les habrá producido en el momento de conclusión del negocio fraudulento y no en el momento de declaración de la quiebra ni del nombramiento de los síndicos, que como el propio MASSAGUER (22) reconoce, son en este caso representantes de los perjudicados por el negocio del quebrado en fraude de acreedores.

(20) Vid. Luis DÍEZ PICAZO, «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», I, «Introducción. Teoría del contrato», «Civitas», Madrid, 1993, p. 482 y II, «Las relaciones obligatorias», «Civitas», Madrid, 1993, p. 740.

Por lo que se refiere a la aplicación del plazo de prescripción cuatrienal del artículo 1.299.1 CC, en relación con el artículo 37.3 LH, respecto de la acción rescisoria general susceptible de ejercitarse por los síndicos de la quiebra con carácter subsidiario, esto es, cuando no les sea posible el ejercicio de ninguna de las acciones rescisorias concursales, Vid. Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, «Hipoteca...», ... *ob. cit.*, p. 3.505.

(21) Vid. José MASSAGUER, «La reintegración ...», ... *ob. cit.*, pp. 79-80, acogándose a una aplicación analógica del artículo 1.299.2 CC fuera de sus propios términos, y donde además fija como límite temporal la clausura del procedimiento concursal; le cita y sigue, Francisco VICENT CHULIÁ, «Compendio Crítico de Derecho Mercantil», Tomo II, 3.ª edición, «José M.ª Bosch, Editor», Barcelona, 1990, p. 885.

(22) Vid. José MASSAGUER, «La reintegración ...», ... *ob. cit.*, p. 68.

Anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, de forma aún más tímida reconoció que 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 —Vid. una reiteración más reciente de esta tendencia a la corrección del maximalismo del artículo 878.2 C. Com. en la Sentencia de la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de marzo de 1996 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Eduardo Pérez López; «Revista General del Derecho» n.º 620, mayo 1996, pp. 5.678-5.679), frente a la radicalidad de la Sentencia de la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de diciembre de 1995 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón; «Revista General del Derecho» n.º 620, mayo 1996, pp. 5.812-5.813), que proclama que «tal nulidad es de carácter absoluto o de pleno derecho, produciendo efectos contra todos, con independencia de la situación de ignorancia o de buena fe en que se hallare el tercero»—, 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 2/1.981) 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». A pesar de esa mayor timidez es lo cierto que dota de proyección a la Ley del Mercado Hipotecario fuera de su propio marco de aplicación, para considerar tal «mens legis» como un criterio interpretativo, «ex artículo» 3 CC, del artículo 878.2 C. Com. respecto de todos los actos de administración y disposición del quebrado en período de retroacción, en línea con la tesis defendida por VICENT CHULIA (23), que luego fue rebatida por el propio Tribunal Supremo, según ya hemos referido en nuestro trabajo ya citado al comienzo de este comentario.

En la «Jurisprudencia Menor» es aconsejable la consulta, en el mismo sentido, del Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1994 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Rafael Gi-

Se vuelve a utilizar la legislación especial del mercado hipotecario como «fundamento legal» en contra de la nulidad de todos los actos de dominio y administración proclamada en el artículo 878.2 C. Com., por parte de María José MASCARELL NAVARRO, «La denominada retroacción absoluta de los efectos de la declaración de quiebra y el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», «Revista General del Derecho» n.º 619, abril 1996, pp. 3.810-3.812, unido a criterios constitucionales de seguridad jurídica y evitación de la indefensión, cara a reconducir el artículo 878.2 C. Com., a la luz del artículo 1.366 LEC, a un supuesto de rescisión con especialidades: necesidad de previa declaración de quiebra, limitación a los actos de dominio y administración en período de retroacción, ausencia de carácter subsidiario, legitimación activa sólo de la masa pasiva de la quiebra actuando por medio de los Síndicos, suficiencia del concurso objetivo de un perjuicio.

(23) Vid. Francisco VICENT CHULIÁ, «Introducción ... ob. cit., p. 670.

meno-Bayón Cobos; «Aranzadi Civil» 1994/1.043) —con su importante referencia a la Disposición Adicional Séptima-2 de la Ley 3/1994 (Aranzadi 1.994/1.094)— y de la Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 1994 («Actualidad Civil» 1995/1.284).

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 (24), siguiendo a MADRID PARRA (25), 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 (26) 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.

A juicio de MASSAGUER FUENTES (27), 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.

(24) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, pp. 8.724-8.725.

(25) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 477-479, y pp. 1.170-1.172, 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.

(26) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.721.

(27) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La reintegración ...», ... *ob. cit.*, pp. 66-67, haciendo notar, p. 73, que la diferencia entre el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario y el artículo 878.2 C. Com. estriba en 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 síndicos la prueba de la concurrencia de los mismos».

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) —calificada de «muy interesante» en el «Manual de Derecho Mercantil», Manuel BROSETA PONT, 10.^a edición, «Civitas», Madrid, 1995, p. 751; por su parte, José Antonio GARCIA-CRUCES GONZALEZ, «Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», «Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio MENENDEZ», Tomo III, «Civitas», Madrid, 1996, pp. 3.573-3.574, valoró muy positivamente esa Sentencia, atisbando en la misma, junto con una anterior de 12 de marzo de 1993, ya analizada por nosotros también, una nueva doctrina jurisprudencial, que, como ya expusimos en nuestro «La retroacción ...», no se vio confirmada posteriormente, tal y como reconoce también Emilio BELTRAN SANCHEZ, «Hipoteca ...», ... *ob. cit.*, p. 3.499, Nota (67), con cita igualmente de las Sentencias de 11 de noviembre de 1993 y 20 de octubre de 1994, tras mostrar su conformidad con la doctrina de las primeras Sentencias y especialmente con la prevalencia del artículo 34 LH (protección del tercero registral) sobre el artículo 878.2 C. Com.— que, además, es, como dijimos, 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 1.991/3.146), 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.

A pesar de todo lo expuesto, en el caso resuelto por la comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995 no se pudo aplicar la Ley del Mercado Hipotecario porque, siendo la misma de 25 de marzo de 1981, la hipoteca debatida había sido constituida el día 15 de noviembre de 1979. Aplicando la Sala los artículos 9 de la Constitución y 2.3.º CC, se niega eficacia retroactiva a dicha Ley, toda vez que la misma no prevé expresamente tal eficacia retroactiva, al tiempo que, siendo favorable para la entidad hipotecante, es restrictiva de los derechos del resto de los acreedores de la masa, quienes, por su aplicación, se ven privados de eliminar cargas de los bienes integrantes de la masa de la quiebra. Ahora bien, debe quedar suficientemente claro que la fecha decisiva a los efectos de la aplicación temporal de la Ley de 25 de marzo de 1981 debe serlo la fecha de constitución de la hipoteca (esto es de inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad) y no la de la retroacción, que siendo anterior a la de la entrada

en vigor de la Ley de 25 de marzo de 1981, a nuestro juicio en nada empece a la aplicación de la misma a las hipotecas posteriores.

Por su parte, Sebastián SASTRE PAPIOL (28) 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.

Destacar, por último, que, como señaló MADRID PARRA (29), 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, como sigue ocurriendo en la propuesta de Anteproyecto de 12 de diciembre de 1995 y como esperamos que ocurra con la Ley que en su día, confiemos que no tarde mucho una vez casi completada la reforma de nuestro Derecho Societario con el reciente nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996 (B.O.E. de 31 de julio de 1996), se apruebe para regular de nuevo esta materia.

(28) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ob. cit.*, p. 8.726.

En contra, Vid., Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, «Hipoteca ...», ... *ob. cit.*, p. 3.506, pues considera que estamos ante una derogación, para un supuesto particular, del artículo 878.2 C. Com.; igualmente se niega a reconducir el artículo 878.2 C. Com. a un supuesto de rescisión por fraude de acreedores, José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Notas ...», ... *ob. cit.*, p. 3.568, al tiempo que también califica la LMH de norma sectorial que excluye la nulidad radical y absoluta.

(29) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ob. cit.*, pp. 1.172-1.173.