

Dos cuestiones prácticas de la retroacción: procedimiento y retroacción frente a la legislación especial del Mercado Hipotecario (a propósito de la STS de 23 de enero de 1997 y su acogimiento en la «Jurisprudencia Menor»)

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA

Abogado ICA de Oviedo
Doctor en Derecho

MARÍA ISABEL HUERTA VIESCA

Profesora titular E. U. Derecho Mercantil
Universidad de Oviedo
Doctora en Derecho

I. SÍNTESIS DEL DEBATE

De nuevo el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con algunos de los problemas prácticos más debatidos planteados por la retroacción de la quiebra. Problemas algunos de ellos clásicos y más que veteranos en nuestra doctrina y jurisprudencia, y otros más recientes, generados por la LMH de 25 de marzo de 1981.

Es claro que, hasta en sus últimas boqueadas, la retroacción sigue generando problemas prácticos de indudable trascendencia económica¹, derivados de la

¹ Vid la supresión de la retroacción en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995, redactada por el profesor Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (*BIMJ*, Suplemento al núm. 1.768, 15 de febrero de 1996) y los trabajos doctrinales aparecidos en relación al mismo, ya referidos en nuestro trabajo, «La especial protección de las hipotecas subsumidas en la LMH frente a la quiebra del hipotecante (Comentario a la STS, 1.ª, de 12 de diciembre de 1995)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, fascículo I, enero-marzo 1996, p. 412. Consigue, pues, Ángel Rojo, plasmar su clásica propuesta de radical supresión de la retroacción absoluta, que si bien se había visto ya suprimida en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (arts. 181 a 184), había ido allí acompañada por la articulación de un sistema de acciones de reintegración de la masa (arts. 185 a 196) dentro del período de retroacción, no absoluta, bianual allí contemplado –al respecto de dicho Anteproyecto de 1983, vid ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», en *Estu-*

indudable oscuridad del artículo 878.2 CCom.² y de la longitud de los períodos de retroacción que, en ocasiones, se fijan por la Justicia española (todavía recién-

dios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 110-111-. Vid también, sobre la referida Propuesta legislativa, PULGAR EZQUERRA, J., «La propuesta de reforma del Derecho Concursal Español de 12 de diciembre de 1995», DS, núm. 6, 1996, p. 469.

Concretamente, el duodécimo criterio básico para la elaboración de una Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, comunicado por el entonces Ministro de Justicia e Interior al Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el día 23 de junio de 1994, fue: «Supresión de la retroacción absoluta del concurso de acreedores, la cual será sustituida por acciones revocatorias especiales ...», lo que pone de manifiesto la existencia de una generalizada conciencia de que nuestra clásica retroacción no es revocación, no es rescisión, pese a aislados intentos en nuestra doctrina mercantilista de corregir el excesivo rigor de la retroacción legal por tal vía interpretativa.

Sobre la propuesta de la regulación de la reintegración de la masa activa, *vid* artículos 90 a 99 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, integrantes del capítulo III («De la reintegración de la masa activa»), del título IV («De la masa activa»).

La intención del Gobierno actual, por boca de su Ministra de Justicia, fue que para finales de 1997 estuviese preparada por dicho Ministerio la nueva Ley Concursal (*vid* respuesta de la Ministra de Justicia a una pregunta de Coalición Canaria, *La Ley. Diario de Noticias*, núm. 14, 8 de mayo de 1997, p. 1), algo que el tiempo, hoy ya a finales de 1998, nos ha demostrado que no ha sido posible.

En el reciente Derecho Comparado, puede apreciarse el mantenimiento del concepto «retroacción» en el artículo 116 de la Ley 24522 de la República Argentina sobre Concursos y Quiebras, sancionada el 20 de julio de 1995 y promulgada parcialmente por Decreto 267/1995, de 7 de agosto (*vid* DN, núm. 73, pp. 71 y ss.), que, llevando por título *Fecha de cesación de pagos: retroacción*, dice: «La fijación de la fecha de iniciación de la cesación de pagos no puede retrotraerse a los efectos previstos en esta sección, más allá de los dos años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo». Ahora bien, no se trata de una retroacción como la nuestra, puesto que incluso al período comprendido entre la fecha de retroacción y la sentencia de quiebra se le denomina «período de sospecha» (art. 116), aparte de que los efectos de la retroacción de la fecha de cesación de pagos no son los de la nulidad de los actos realizados con posterioridad a tal fecha (*vid* los efectos de dicha retroacción en los artículos 118 y 119, concretados en la ineficacia de ciertos actos y de todos aquellos en los que se haya perjudicado a los acreedores, siempre que el contratado con el quebrado tuviese conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor). Por contra, *vid* su supresión en la reforma portuguesa, por Ley de 23 de abril de 1993, GOZALO LÓPEZ, V., «La nueva Ley concursal portuguesa», *RDM*, núm. 208, abril-junio 1993, pp. 624-625, donde se previene un sistema de rescisión extrajudicial en beneficio de la masa, completado por la admisión del ejercicio de la tradicional acción pauliana, facilitándose la prueba de la mala fe.

En nuestra doctrina, *vid* la severa crítica a la proyectada supresión de la retroacción que hace ORIA FERNÁNDEZ DE MUNIAIN, R., «La quiebra internacional», *RGD*, núm. 627, diciembre 1996, pp. 13264-13265, donde defiende que «el instituto de la retroacción, esto es, la declaración de la nulidad radical de los actos del insolvente desde que cesó en los pagos, debería mantenerse y, si acaso, invertir la carga de la prueba: debe ser el quebrado quien tenga que combatir tal nulidad», al tiempo que cita el mantenimiento de la retroacción en los artículos 445 del Código de Comercio Belga de 1851, 107 de la Ley francesa sobre prevención y convenio amistoso sobre dificultades en la empresa de 1984, y en el artículo 152 del Decreto Ley portugués de 1993 sobre procesos especiales de recuperación de empresas y la quiebra, donde incluso se suprimen los privilegios crediticios del Estado y de las instituciones de la Seguridad Social —en contra, *cfr.* la referencia que acabamos de realizar a la reforma portuguesa de 1993—; del mismo autor y en el mismo sentido, *vid* «Reflexiones sobre la quiebra y en especial sobre los créditos privilegiados», *La Ley*, núm. 4.283, 8 de mayo de 1997, p. 2.

² Al respecto dice, por ejemplo, la reciente Sentencia de la Sala I.^a del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo; A. 1998/6271): «Caso absolutamente oscuro es el precepto del artículo 878, que tradicionalmente se interpretó como de nulidad absoluta, pero que no puede seguirse sosteniendo, como abonan las sentencias citadas por el recurrente».

temente veríamos en la prensa el anuncio de un auto de declaración de quiebra en la que se fijaba un periodo de retroacción que abarcaba la friolera de casi once años, entre el 1 de noviembre de 1988 y el 3 de marzo de 1999). En todo caso, conviene advertir que estas últimas boqueadas pueden ser largas por tres factores: la propia duración que pueden tener los trabajos que conduzcan a la reforma de nuestra legislación concursal; la extensión en el tiempo de los procedimientos concursales ya en marcha; y el plazo de *vacatio legis* que puede prever la nueva normativa³.

Concretamente, se plantean en esta *Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997*⁴, diversas cuestiones de evidente interés práctico en relación con la incidencia de la retroacción sobre las hipotecas constituidas por la quebrada en dicho período.

Los hechos que dan origen al litigio se enuncian en el fundamento de Derecho primero y sucintamente expuestos son los siguientes. El deudor hipotecario, un comerciante individual, es declarado en quiebra necesaria por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Córdoba, dado que, a la vez, se había instado la quiebra por un acreedor y se había solicitado por el propio deudor tal declaración concursal. El Auto de declaración judicial de quiebra fijó como fecha de retroacción el 17 de julio de 1990. Con posterioridad a dicha fecha, el día 16 de enero de 1991, el deudor quebrado había constituido una hipoteca a favor de una entidad financiera⁵, entidad financiera que al tiempo de la declaración de quiebra seguía la ejecución de dicha hipoteca por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Córdoba. Intentada repetidamente por el acreedor instante de la quiebra la suspensión del procedimiento judicial sumario anteriormente referido, no consiguió tal paralización, pese a que el Juzgado que conocía de la quiebra remitió diversos exhortos al Juzgado que conocía del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

³.. Baste ver que la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, prevé, en su disposición final primera, su entrada en vigor para el 1 de enero de 1998, fecha ya sobradamente transcurrida. En el Derecho Comparado se tiende a plazos amplios de *vacatio legis*, como es el caso de la *Insolvenzordnung* alemana de 5 de octubre de 1994, cuya entrada en vigor se previno para el día 1 de enero de 1999, influida en ese caso por las dificultades de adaptación de los Jueces de la antigua Alemania del Este. Como advierte Schmidt, K., «El derecho de insolvencia alemán entre la crítica y la reforma», DS, núm. 6, 1996, p. 492, «... habrán de tardar aún diez años en finalizar los últimos procesos seguidos según el anterior derecho de insolvencia».

De otro lado, nos encontramos con que cuatro años después de la redacción de la Propuesta referida, el Gobierno sigue anunciando como uno de sus objetivos legislativos la aprobación de la Ley Concursal (*Vid. Diario ABC*, 25 de enero de 1999 p.37), indicando el Secretario de Estado de Justicia, José Luis González Montes, que el Gobierno tiene previsto remitir a las Cortes el Proyecto de Ley Concursal en el curso de esta legislatura (*Vid. sus declaraciones en La Ley Diario de Noticias*, núm. 31, 8 de enero de 1999, p. 6)

⁴ Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; A. 1997/152.

⁵ Vemos como se trata de un acto del quebrado en ejercicio de su facultad de disposición y administración de su patrimonio. No se incluyen, pues, en los efectos de la retroacción los actos de disposición del quebrado que no deriven de su voluntad sino de una imposición judicial. *Vid. la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998* (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete; A. 1998/6801 a propósito del otorgamiento forzoso, no voluntario, de escritura pública de transmisión de un inmueble en ejecución de una sentencia de remate porque «...el artículo 878 C. Com. no autoriza a la sindicatura a impugnar unos actos que aunque realizados en parte por el quebrado y en época a la cual alcanzaban los efectos de la retroacción -venta del inmueble- no derivan de una facultad de disponer y administrar existente en esa fecha, sino de una imposición judicial, consecuencia de un acto de adjudicación de la finca a un tercero con derecho a ceder tal remate...»).

Paralelamente, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Córdoba se siguió, a instancia del Comisario y Depositario de la quiebra, procedimiento judicial en el que se debatió la nulidad de la antes citada hipoteca ⁶. por causa de

⁶ Sobre la legitimación activa de la Sindicatura de la quiebra y del Depositario, con el requisito de procedibilidad de la autorización del Comisario (art. 1.091 CCom de 1829), para el ejercicio de las acciones de retroacción, vid más en extenso nuestro «La retroacción...», ob. cit., pp. 1579-1583, así como Marcos González, Z. M., «El período de retroacción en el proceso de quiebra», RDProc., 1995, núm. 3, pp. 940, 953-954 y 959, donde se ocupa de resaltar la exclusividad de la legitimación de los Síndicos, lo que determina la exclusión del deudor quebrado y de los acreedores, y además se opone a la legitimación del Depositario, como consecuencia lógica de su teoría de que «las reclamaciones judiciales se iniciarán una vez que la fecha de retroacción esté fijada definitivamente, para lo cual es requisito indispensable el nombramiento de los Síndicos y consecuente cese del Depositario»; vid también, Alcover Garau, G., La retroacción de la quiebra, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 47-49, donde, por contra, y con apoyo en nuestra jurisprudencia, defiende la legitimación del Depositario, como instrumento, además, de dotar de mayor celeridad a la retroacción, permitiendo el pronto ejercicio de la acción, tendente a dotarla de efectos que, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, ciegue la operatividad del artículo 34 LH; de nuevo sobre la legitimación de Depositario, primero en cuanto que administrador de los bienes de la quiebra, y Sindicatura, después, con la autorización del Comisario, vid Sancho Gargallo, I., La retroacción de la quiebra, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, pp. 49, 273-275, pudiendo los acreedores, caso de que los Síndicos no actúen, reclamar el ejercicio de la acción al Comisario, y si éste no les atiende al Juez de la quiebra (art. 1.367 LEC). Atendiendo en particular a la extensión de la autorización del Comisario, vid la Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de noviembre de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Antón de la Fuente; RGD, núm. 630, marzo 1997, pp. 3063-3065) y la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 11 de diciembre de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; AC 1996/2425), esta última interpretando muy flexiblemente el requisito de procedibilidad en el sentido de permitir la aportación a los autos del documento acreditativo de la autorización en el curso de los mismos: «Pero también lo es que esa autorización, que no aportó la Sindicatura con su escrito inicial, aparece justificada mediante prueba documental incorporada con el escrito de réplica; prueba que no fue impugnada de contrario y que ofrece, además, a juicio de la Sala, un grado de credibilidad suficiente para entender cumplido el citado presupuesto procesal no obstante el momento de su aportación al tratarse de documento no fundamental sino dirigido a desvirtuar la excepción formulada de contrario». Mayor aún es la flexibilidad a la que se llega en la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel; RJC 1997-I, pp. 137-142), pues el criterio unánime de la Sala admitió que «al no constar en las actuaciones el cumplimiento del mencionado requisito, se acordó, como diligencia para mejor proveer, en esta segunda instancia, oír al Comisario de la quiebra sobre si había autorizado o, en su caso, autorizaba el ejercicio de las acciones objeto del proceso, a lo que el mismo respondió afirmativamente, en términos suficientemente claros como para considerar que el requisito había quedado cumplido con posterioridad a la interposición de la demanda. La subsanación de los defectos procesales no constituye un principio absoluto, pero sí un instrumento eficaz para la efectividad del derecho de tutela judicial, de modo que se impone a los Jueces y Tribunales como un deber —ex art. 53.1 de la Constitución—, en la medida en que el respeto a dicho derecho fundamental la reclame, cual sucedía en este caso, en que la diligencia practicada ha puesto de manifiesto —arts. 243 LOPJ y art 340.4 LEC— sin merma alguna para el principio de igualdad ni superación de las facultades conferidas, que la autorización necesaria que —según la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1993— puede producirse y, con mayor razón, demostrarse, antes o después de la demanda y cuya falta podía haber provocado la nulidad del proceso y la necesidad de no repetirlo, se había ya concedido anteriormente». Discrepamos de esta última sentencia, puesto que debe observarse que no sólo se admite la autorización posterior a la demanda de retroacción, sino incluso la autorización a instancia judicial, confundiendo, a nuestro entender, lo que es la autorización con lo que sería una ratificación —supuesto no contemplado en nuestra Ley—, lo que

haberse constituido dentro del período de retroacción de la quiebra del deudor hipotecario.

Seguiremos el orden de la propia sentencia para analizar las principales cuestiones controvertidas en la misma, con algunas otras colaterales, que estudiaremos al tiempo.

II. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL JUICIO EN QUE SE DEBATE LA NULIDAD DE LA HIPOTECA E INCIDENCIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTÍCULO 131 LH

En el caso litigioso el juicio sobre la nulidad de la hipoteca constituida en período de retroacción se había tramitado ante un Juzgado distinto al que conocía de la quiebra del deudor hipotecario, tal y como ya hemos expuesto en el precedente breve resumen de los antecedentes fácticos del debate ⁷.

La sentencia de segunda instancia, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, estimó la competencia de tal Juzgado para el conocimiento de la controversia, fundándose en el artículo 1377 LEC. Contra dicha resolución de segunda instancia se alza la acreedora hipotecaria, invocando el motivo de casación 2.º del artículo 1692 LEC, en alegación de la falta de competencia funcional del Juzgado que conoció del litigio, y señalando como norma infringida el artículo 53.2 LEC.

El antes citado argumento legal, de aplicación del artículo 1377 LEC, invocado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto de casación, es rechazado, con acierto, por el Tribunal Supremo, puesto que el citado artículo 1377 LEC está previsto para el conocimiento de las demandas de nulidad o de revocación de los actos del quebrado concertados en fraude de acreedores ⁸. Esto es, el artículo 1377 LEC está previsto para el conocimiento de los litigios relativos a los actos comprendidos en los artículos 880, 881 y 882 CCom, como ha recordado la *Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza*

implica una situación de indefensión para el demandado que, alegando la falta de autorización en su contestación a la demanda, ve cómo en el curso del proceso la autorización deviene en ratificación pero se hace valer como autorización. Más aún, pensemos en el absurdo que podría concurrir en el caso de que iniciado el procedimiento para hacer efectiva la retroacción sin autorización del Comisario de la quiebra, el mismo, en el curso del citado procedimiento, fuese sustituido por un nuevo Comisario que sí autorizase, mejor ratificase, con el grave perjuicio que ello supondría para el demandado, que habría levantado como oposición a la demanda la citada falta de autorización. Sobre la legitimación del Depositario y de la Sindicatura, vid, más sintéticamente, la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 14 de mayo de 1997 (Ponente: Ilma.Sra. D.ª Soledad Serrano Navarro; RGD, núm. 636, septiembre 1997, pp. 11870-11872) y sólo en cuanto a la Sindicatura la ya mencionada Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998.

⁷ En la doctrina, vid la defensa del criterio jurisprudencial en ABRIL-CAMPOY, J. M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, p. 568; también vid SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción ...*, ob. cit., p. 279, remitiéndose al artículo 62 LEC, para la atribución de competencia territorial al Juez «... del lugar del contrato o negocio, o el del domicilio de alguno de los demandados». Por su parte, ALCOVER GARAU, G., «Hipoteca inmobiliaria y retroacción de la quiebra (en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997)», *TJ*, núm. 4, abril 1998, p. 392, es partidario, por razones de economía procesal, de que todas las vicisitudes de la quiebra deberían conocerse por un único juzgador.

⁸ Posteriormente, volvemos a ver invocado como motivo de casación una pretendida infracción del artículo 1377 LEC en la *Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo*

de 6 de noviembre de 1996⁹. Ahora bien, el Tribunal Supremo muestra una argumentación no del todo coherente, puesto que el fundamento de Derecho tercero de la sentencia comentada dice que «... la acción ejercitada debe regirse por la disposición contenida en el artículo 1377 LEC, sustrayendo su resultado del proceso de quiebra...», todo ello después de haber dicho en el fundamento de Derecho segundo que: «La sentencia recurrida, en su fundamento jurídico quinto, no acepta la falta de competencia funcional en razón a lo dispuesto en el artículo 1.377 LEC, pero ello no es admisible...». A nuestro entender, es cierto que para dar efecto a la retroacción no debe estarse a la aplicación del artículo 1377 LEC, porque sencillamente dicho precepto no está previsto para tal procedimiento en particular¹⁰. Por ello, la tramitación de tal procedimiento ha de realizarse a través del juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía de los actos afectados por la retroacción, pero no por la aplicación del artículo 1377 LEC, sino por la ausencia de previsión de un procedimiento específico en nuestra legislación procesal vigente¹¹.

Además, la Sala 1.^a añade otro argumento, éste, a nuestro juicio, de una incidencia secundaria: la no susceptibilidad de acumulación al juicio universal de quiebra del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH (arts. 132 LH y 166 LEC), procedimiento judicial que entiende susceptible de tramitación separada e independiente del juicio concursal, siempre que se hubiese iniciado dicha tramitación con anterioridad a la declaración de quiebra¹².

de 26 de marzo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; A. 1997/2539), si bien en este caso la Sala no entró a analizar el precepto procesal en sí, sino a razonar acerca de la irrecorribilidad en casación del posible incumplimiento de las normas de reparto. En esta Sentencia citada el conocimiento del procedimiento para hacer valer la retroacción correspondió al mismo Juzgado que tramitaba la quiebra.

⁹ Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo; AC 1996/2009. Sobre la incidencia que el distinto procedimiento judicial a seguir tiene en el acceso o no a la casación, *vid* VEGAS TORRES, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 12 de noviembre de 1993», *RGD*, núm. 619, abril 1996, pp. 3893-3894, pues mientras que al seguirse el juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía cabe el acceso a casación, no ocurre lo mismo cuando el trámite que se sigue es el incidental. En este sentido dice Vegas Torres, que «especialmente absurdo es lo que sucede con las acciones de reintegración de la masa activa: las que se fundan en los artículos 879 y 880 del Código de Comercio no tienen acceso a casación; sí pueden tenerlo, en cambio, las basadas en los artículos 881 y 882 del citado cuerpo legal...». Discrepamos de Vegas Torres en el sentido de que el artículo 880 CCom debe considerarse incluido en la remisión del artículo 1377 LEC, pues se aplica ante unos actos que se consideran en fraude de acreedores.

¹⁰ A menos que, como hace SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...*, *ob. cit.*, pp. 278-279, se reconduzca la acción de retroacción a una acción rescisoria, en cuyo caso «... cabría encuadrarla dentro del supuesto de hecho descrito en el artículo 1.377 LEC...».

¹¹ *Vid* nuestro «La retroacción...», *ob. cit.*, p. 1.578, donde seguimos en esta cuestión al profesor SASTRE PAPIOL –también *vid* MARCOS GONZÁLEZ, M., «El período de retroacción...», *ob. cit.*, p. 948 y ABRIL CAMPOY, J. M., «Comentario...», *ob. cit.*, p. 568–, una vez superada la tesis de JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, favorable a la aplicación analógica del artículo 1375 LEC. Se manifiesta partidario de la aplicación del artículo 1377 LEC a las acciones de retroacción ALCOVER GARAU, G., *La retroacción...*, *ob. cit.*, pp. 49-50, e «Hipoteca inmobiliaria...», *ob. cit.*, pp. 391 y 393, calificando la acción de retroacción como acción de anulabilidad; también, como ya apuntamos, SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...*, *ob. cit.*, pp. 51, 278-279, este último entendiendo que estamos ante una acción pauliana.

¹² *Vid*, recientemente, las Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1996 (Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela; A. 1996/6642), de 7 de marzo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; A. 1997/1644) –esta última para diferenciar estos procedimientos de los juicios ejecutivos, que sí deben acumularse al procedimiento de quiebra, iniciados antes o después del Auto

Es preciso destacar, además, que en el caso debatido en la sentencia objeto de este comentario el Juzgado ante el que se seguía el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, para ejecutar la hipoteca concertada en el período de retroacción, denegó la suspensión solicitada de dicho procedimiento judicial, suspensión que se había acordado por el Juzgado ante el que

de declaración de quiebra, haya o no sentencia firme de remate, anterior o posterior a dicho Auto, salvo que ya se hubiese pagado al ejecutante o se hubiese declarado su insolvencia-, y de 4 de diciembre de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela; A. 1997/8726) –con un completo análisis de los juicios acumulables al de la quiebra-, de la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Belo González; RGD, núm. 630, marzo 1997, pp. 3065-3078), que cita también como apoyo legal los artículos 1379 y 1173.3 LEC. Con mayor extensión argumentativa, *vid.*, en la más reciente doctrina procesalista, MASCARELL NAVARRO, M.ª J., «La denominada retroacción absoluta de los efectos de la declaración de quiebra y el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», RGD, núm. 619, abril 1996, pp. 3799-3802 y 3817-3818, y MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 1054-1061, y en la doctrina mercantilista, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3483-3492, todos ellos separando también del juicio concursal los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados después de la declaración de quiebra del deudor hipotecario, con apoyo en los artículos 161.3 y 1.379 LEC; en el mismo sentido, desde una perspectiva diferente, *vid.* CORTÉS, L. J., «La posición del acreedor hipotecario en la quiebra», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3512-3529 y SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...* ob. cit., pp. 96-99, 268-269 y «Operaciones de reintegración de la masa de la quiebra», *Derecho Concursal*, II, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 462-465, este último llamando la atención acerca de que la protección de la masa vendrá por la vía de la anotación preventiva de la demanda de retroacción (art. 42.1.ª LH), pues hasta que no se obtenga por sentencia judicial firme la ineficacia de la hipoteca, que acuerde su cancelación registral, no se podrá suspender el procedimiento sumario como consecuencia de la presentación de la certificación registral expresiva de haber quedado cancelada la hipoteca (art. 132 LH); en la práctica jurisprudencial menor, con síntesis de «jurisprudencia menor», coincide la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 6 de junio de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma; RGD, núm. 631, abril 1997, pp. 4838-4840), con cita de las Sentencias de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 1991 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 1995, con apoyo en los artículos 127, 132 y 135.3 LH, y 166 LEC, arguyendo sobre la base de una aplicación analógica de la regulación de la hipoteca naval y de la hipoteca mobiliaria, así como exponiendo que «... no tendría mucho sentido que si el acreedor ya ha iniciado la ejecución hipotecaria no queda integrado en la masa del concurso o de la quiebra, vaya a darse una diferencia tan sustancial por el hecho de mero oportunismo de no haber iniciado la ágil ejecución hipotecaria para cuando se inicia el farragoso y costoso proceso de ejecución general...»; a propósito de una hipoteca mobiliaria, concertada durante el período de retroacción de la quiebra del deudor hipotecario, *vid.*, en el mismo sentido contrario a la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, aplicando el artículo 85 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, el Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao de 24 de octubre de 1996 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Carmen Keller Echevarría; AC 1996/2076). Distinto es el criterio de ALCOVER GARAU, G., *La retroacción...*, ob. cit., pp. 96-103, en lo que se refiere a su negativa a la admisión de la ejecución hipotecaria iniciada posteriormente a la inscripción registral del Auto de declaración de quiebra, fundándose en la ausencia de un precepto legal paralelo al artículo 918 CCom.

El criterio seguido por el Tribunal Supremo en este caso, de exigencia de anterioridad en la tramitación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH respecto a la declaración de quiebra, es el seguido por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de marzo de 1996 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo García

se seguía el juicio declarativo sobre la nulidad de la hipoteca afectada por la retroacción ¹³.

De lege ferenda nos detenemos un momento en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del profesor Rojo. Conforme a su artículo 124.1.1, dentro de los créditos con privilegio especial se incluye a los «créditos garantizados por hipoteca...» ¹⁴. En primer lugar, los titulares de los créditos especialmente privilegiados que hubiesen iniciado su ejecución antes del concurso, gozan de la posibilidad de levantar la suspensión de sus ejecuciones una vez transcurridos dos meses desde la fecha fijada en la sentencia de declaración del concurso para la celebración de la Junta de Acreedores ¹⁵. Frente a los acreedores especialmente

Manzano; A. 1996/2206), a propósito de la preferencia de los embargos administrativos de bienes del deudor declarado posteriormente en quiebra, haciéndose, además, abstracción, de la retroacción de los efectos de la quiebra.

De lege ferenda, en cuanto a la futura situación de la ejecución en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de Rojo, queda vedada la ejecución separada, como se desprende de los artículos 64, 67 y 196, que analiza, por ejemplo, de forma conjunta Gozalo López, V., «La reforma del Derecho Concursal Español: hacia una nueva ordenación sistemática de los procedimientos concursales», TJ, núm. 5, mayo 1997, pp. 534-535. En cuanto a la ejecución hipotecaria en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (arts. 290 a 293), vid Rojo Fernández-Río, A., «Las opciones...», ob. cit., pp. 116-117.

¹³ Sobre la no suspensión del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por causa de la tramitación del juicio de nulidad de la hipoteca afectada de retroacción, y la posibilidad de acordar en dicho juicio declarativo la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, así como la posibilidad de la adopción de las medidas cautelares previstas en el artículo 132.VIII LH, vid Mascarell Navarro, M.ª J., «La denominada retroacción...», ob. cit., pp. 3.825-3.829 y ALCOVER GARAU, G., «Hipoteca inmobiliaria...», ob. cit., p. 394. Con mayor extensión, vid nuestro «La retroacción...», ob. cit., pp. 1613-1617, donde también referimos la particular posición de RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA Cabrera, para quien sólo no cabe la suspensión del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, cuando el deudor hipotecario ha sido declarado en quiebra, si la garantía hipotecaria no estuviese constituida en el período de retroacción, así como nos detenemos en la no susceptibilidad de acumulación del procedimiento judicial sumario citado al juicio concursal de quiebra, cuestión esta última que confirma la sentencia comentada: «El que el juez que tramita la quiebra conozca de la petición de declaración de nulidad de los actos del quebrado realizados en la fecha (sic.) de retroacción, por aplicación del párrafo 2.º del artículo 878 CCom, no sólo no implica que se tenga que acumular al juicio universal, el de ejecución de la hipoteca, supuestamente afecta por la retroacción, sino que, además, dicha acumulación está vedada por lo establecido en el artículo 132 LH y la impide, igualmente, el artículo 166 LEC, al referirse a la acción ejecutiva cuando se persigan bienes hipotecados...».

¹⁴ Vid la defensa del mantenimiento de este privilegio, por parte de BLASI PUJOL, R. y CASAGRÁN JORDÀ, M.ª D., «Apuntes para la reforma del derecho concursal español», RJC, 1997-2, p. 461: «... pues de otro modo, las entidades financieras restringirían sus créditos hipotecarios o pignoraticios a las empresas y todo el sistema económico se resentiría de ello».

¹⁵ Vid el artículo 67 de la Propuesta y, en la doctrina, BELTRÁN, E., «Una nueva propuesta de Ley Concursal», AJA, núm. 237, 14 de marzo de 1996, pp. 3-4, donde justifica esta situación en la búsqueda de un tiempo para la elaboración de «... un plan de viabilidad, a fin de impedir que dichos acreedores se conviertan en árbitros de la continuación o liquidación de la empresa» y GARRIDO, J. M.ª, «La reforma del Derecho Concursal», RDBB, núm. 64, octubre-diciembre 1996, pp. 928-929, donde concreta que «integrando las disposiciones de la "Propuesta", la suspensión de las acciones ejecutivas puede afectar a los acreedores con privilegio especial durante un período de ocho meses, período que debería ser aprovechado por los órganos del concurso y el propio deudor para encontrar una solución al concurso».

privilegiados que no hubiesen iniciado la ejecución de sus créditos al tiempo del concurso, conforme al artículo 196 de la citada Propuesta, los síndicos del concurso tienen la facultad de optar por satisfacer su importe o por realizar los bienes afectos. Tal opción debe ejercitarse y comunicarse a los acreedores privilegiados dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada en la sentencia de declaración de concurso para la celebración de la Junta de acreedores. Si se opta por el pago, el mismo deberá ser inmediato, con cargo a la masa activa del concurso. Si se opta por la realización de los bienes, el órgano judicial competente es el Juez que conoce del concurso, en la forma prevista en el artículo 196.3, que contempla diversas modalidades aparte de la subasta, incluyendo la venta con subrogación en la carga hipotecaria, aunque se privilegia la subasta, pues es imperativa si así lo exige el titular del crédito hipotecario. En cualesquiera de los casos citados (se haya iniciado o no la ejecución al tiempo del concurso), el artículo 68 de la Propuesta limita los intereses a percibir por tales acreedores especialmente privilegiados a aquellos que no superen el valor de la garantía, mientras que el artículo 70 suspende el derecho de retención.

Para el caso de que la ejecución del crédito hipotecario se hubiera iniciado antes de la declaración de concurso del deudor, el artículo 196.5 de la Propuesta contempla la sumisión al régimen anterior –luego la suspensión de la ejecución judicial por el tiempo antes referido– a menos que, a requerimiento de los síndicos y dentro del mes siguiente a su recepción, los acreedores privilegiados especialmente aceptasen la continuación de la ejecución ante el Juez del concurso. Ello es consecuencia del artículo 64 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, atributivo de una competencia exclusiva al Juez del concurso: «El Juez del concurso es el único competente para acordar ejecuciones y embargos de cualquier clase sobre bienes y derechos integrados en la masa activa»¹⁶.

Ya *ab abundantiam*, la Sala recuerda la reiterada doctrina jurisprudencial atinente a la imposibilidad de debatir acerca de la fecha de la retroacción en los procedimientos en que se trate de hacer efectiva la nulidad que lleva aparejada la retroacción de la quiebra, discusión que, *obiter dicta*, el Tribunal Supremo recuerda que es competencia del Juzgado que conoce de la quiebra¹⁷. Ahora

¹⁶ Vid síntesis del proyectado régimen de ejecuciones de bienes del concursado, en GONZALO LÓPEZ, V, «La reforma del Derecho concursal español: hacia una nueva ordenación sistemática de los procedimientos concursales», *TJ*, núm. 5, mayo 1997, pp. 534-535.

¹⁷ Vid, por ejemplo, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3565-3566, con abundante cita de jurisprudencia al respecto, al tiempo que añade una justificación para tal situación cual es la de que resulta «... del todo razonable ya que no cabe variación de la fecha en los juicios singulares que se sigan como consecuencia de la retroacción porque la fijación de su fecha ha de ser igual para todos –so pena de legitimar discriminaciones injustificadas– en el juicio universal»; recientemente, ABRIL CAMPOY, J. M., «Comentario...», ob. cit., p. 572, al tiempo que reconoce que también es justificada esta situación porque el Juez que tiene a su alcance los datos necesarios para fijar la fecha de retroacción es el que conoce de la quiebra, pone de manifiesto que «... se produce una mengua notable de las posibilidades de defensa del afectado por la retroacción». Ello será cierto sólo cuando el afectado no hubiese accedido al conocimiento de la fecha de la retroacción hasta el momento en que, resultándole temporalmente imposible pretender la modificación de la fecha de la retroacción, hubiera conocido que el contrato concertado con el quebrado estaba incluido en el período de retroacción.

Con mayor extensión, vid nuestro «La retroacción...», ob. cit., pp. 1550-1551; recientemente, también sobre la modificación de la fecha de retroacción, por vía incidental, vid SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...*, ob. cit., pp. 45-47 y 270-273, y ALCOVER GARAU, G., «Hipoteca inmobiliaria...», ob. cit., p. 393.

bien, consecuencia lógica de lo anterior es que si al tiempo que se está tramitando el procedimiento declarativo de retroacción se está siguiendo, ante el Juez de la quiebra, un procedimiento incidental de modificación de la fecha de retroacción, en el primero deba admitirse la excepción de litispendencia (art. 533.5.º LEC). Lo contrario podría llevar a situaciones tan contradictorias y lesivas para el derecho a la tutela judicial efectiva como que se declarase la nulidad de un acto del quebrado en período de retroacción, al tiempo que en otro Juzgado recaer una resolución por la que se modifica la fecha de retroacción, de modo que el citado acto quedase fuera de tal espacio temporal.

En la «Jurisprudencia Menor» no se ha dotado de mayor relevancia a la posibilidad de que conociese del juicio para dotar de efecto a la retroacción el propio Juez que conoce de la quiebra, siempre que la competencia territorial fuese ya de los Juzgados del Partido Judicial del que conoce de la quiebra, pues tiene dicho la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993*¹⁸, 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 siguientes 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...». Tal criterio se ha visto confirmado por la *Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997*¹⁹, que resolvió el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia.

III. PROCEDIMIENTO JUDICIAL HÁBIL PARA HACER EFECTIVA LA RETROACCIÓN

Faltando previsión legal expresa al respecto de establecer un procedimiento en particular como el adecuado, para dar efecto judicial a la retroacción, en cuanto nulidad de los actos afectados por la misma, la Sala reitera que habrán de seguirse los trámites del juicio ordinario que corresponda a la cuantía del procedimiento.

Estamos ante un caso distinto al que concurre, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 1371 y 1375 LEC, en los que se previenen en particular los procedimientos incidental y de interdicto de recobrar, respectivamente, en relación con los artículos 879 y 880 CCom²⁰. En el mismo sentido, *vid* la ya citada *Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de noviembre de 1996*²¹.

¹⁸ Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; TA 1.993-III/1.355.

¹⁹ Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; A. 1997/2539.

²⁰ En la doctrina, incluso en estos casos, admite que se pueda seguir el juicio declarativo ordinario Sancho Gargallo, I., *La retroacción...*, ob. cit., p. 280. A nuestro juicio, sólo desde la perspectiva de que con la tramitación de un juicio declarativo ordinario se permitiese un más amplio debate sobre la cuestión controvertida puede admitirse la tesis de SANCHO GARGALLO, pues la rotundidad de la previsión legal elimina cualquier duda acerca de cuál ha sido el procedimiento elegido por el legislador en cada caso.

²¹ *Vid* con mayor extensión nuestro *La retroacción...*, ob. cit., pp. 1578-1579.

Además, el juicio declarativo que corresponda debe considerarse el más adecuado, por cuanto que permitirá, como dice la Sentencia comentada con acierto, «... dilucidar las cuestiones de la más variada índole...», todo ello en conexión con «la multiplicidad de actos y contratos realizados por el quebrado que pueden quedar afectados por la declaración de nulidad que previene el artículo 878 CCom...».

IV. EL DESTINO DE LAS HIPOTECAS AMPARADAS POR EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DEL MERCADO HIPOTECARIO

La entidad hipotecante afectada por la retroacción buscó cobijar la hipoteca constituida en período de retroacción bajo el paraguas protector del artículo 10 de la Ley de 25 de marzo de 1981, reguladora del Mercado Hipotecario, que, recordamos, dice: «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»²². Nos encontramos, como bien dice la recurrente en la sentencia comentada, ante «... *un principio de especialidad*, respecto de la norma general del artículo 878 CCom» –la cursiva es nuestra²³–, especialidad que implica, al margen de su posterioridad respecto del artículo 878 CCom, su prevalencia respecto de este último precepto²⁴, eso sí, dentro de su propio campo de aplicación, destinado, según apunta nuestra práctica, a proteger no a la entidad acreedora sino a los terceros tenedores de las cédulas emitidas²⁵. A nuestro juicio también se destina a proteger la seguridad del mercado hipotecario en general, que, en épocas de crisis generalizada con abundancia de procedimientos concursales, puede llegar a encontrarse en serio peligro.

²² Precepto llamado a desaparecer, de triunfar la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (*vid* disposición derogatoria 9.º), consecuencia lógica de la proyectada supresión de la retroacción y su sustitución por la revocación de determinadas operaciones del concursado.

²³ En contra, *vid* MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial...*, ob. cit., pp. 1051-1052, donde califica el precepto de «aparentemente especial», pues considera que la LMH protege a todas las hipotecas, sin hacer distinción, inscritas a favor de las entidades financieras que refiere dicha Ley.

²⁴ *Vid* la clara y rotunda Sentencia de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de abril de 1997 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos; *Act. Civil* 1998/10): «Seguramente porque el marasmo conceptual y la arbitrariedad negocial había llegado a un grado escasamente compatible con la seguridad del mercado inmobiliario, la Ley de Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, estableció en su artículo 10 que las hipotecas inscritas a favor de entidades a que se refiere el artículo 2 del propio texto legal sólo podrán ser impugnadas al amparo de lo que dispone el artículo 878.2 CCom, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen.

Que este texto legal es aplicable al presente caso, no nos ofrece la menor duda, pues es la ley posterior que prevalece sobre la anterior y precepto especial que prevalece sobre el general».

²⁵ *Vid* la Sentencia de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de julio de 1998 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López; *AC* 1998/1423).

Es preciso destacar que ya en la «Jurisprudencia Menor» ha existido un importante movimiento tendente a dotar al citado precepto especial de un alcance más general. En este sentido, es muy interesante citar la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 1996²⁶, en la que solamente la sujeción de la misma a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (art. 1.6 CC) le conduce a no seguir su propia interpretación, que expone con detalle y extensión, de que el artículo 878.2 CCom no contempla una nulidad absoluta o radical, sino una rescisión por fraude de acreedores, como establece el artículo 10 de la LMH²⁷. Más aún, en dicha Sentencia, el voto particular del Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos es partidario de seguir, hasta sus últimas consecuencias, la interpretación de la Sala, anteriormente apuntada.

Poco después, la misma Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 27 de septiembre de 1996²⁸, orilla entrar en el antes citado debate, por causa de que estima que el acto afectado de retroacción (una compraventa) se había concertado en perjuicio de la quiebra, pues se había vendido una finca tasada en 74.852.912 pesetas en la suma de 45.000.000 de pesetas, de las que, además, sólo se confesaban recibidas 2.297.669 de pesetas, quedando el resto del precio como cantidad para el pago de las hipotecas, que gravaban la finca vendida, en las que se subrogaba el comprador. A este mismo criterio de perjuicio para la masa, como determinante de la estimación de la retroacción, se está en la Sentencia de la misma Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1997²⁹. En esta última sentencia se declara además que la situación del subadquirente, que había adquirido la posición de arrendatario financiero, no gozaba de protección, puesto que no concurría buena fe en su conducta, a través de la cual había obtenido en la operación jurídica afectada por la retroacción, un sustancioso beneficio.

En esta misma línea, se puede citar la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de noviembre de 1996³⁰, cuando únicamente atiende a la perjudicialidad para la quiebra de la hipoteca constituida en período de retroacción, como criterio determinante de su nulidad, pues consideró que incluso concurría *consilium fraudis*. Ahora bien, la misma Sección y el mismo Ponente se refrenan en dicha línea interpretativa en la interesante Sentencia de 14 de julio de 1997³¹ —«Hay que distinguir en consecuencia una deseable expansión de los casos en que la nulidad absoluta del artículo 878 habría de ser anulabilidad o rescindibilidad, de una interpretación extensiva del artículo 10 de la Ley 2/1981»—, que más adelante referiremos con detalle.

Desde una perspectiva distinta se analiza la perjudicialidad de la hipoteca constituida por la quebrada en período de retroacción a favor de una entidad bancaria —no se discutió la aplicación de la LMH— en la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia

²⁶ Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel; *RJC* 1997-I, pp. 137 y ss.

²⁷ *Vid* un ejemplo de estimación de concurrencia de fraude en la constitución de una hipoteca protegida por la LMH, en la ya referida Sentencia de la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de julio de 1998, pues se había constituido la garantía hipotecaria respecto de una suma en concepto de préstamo de la que, en realidad, el deudor hipotecario, luego quebrado, no había recibido más que una parte.

²⁸ Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; *RJC* 1997-I, pp. 141 y ss.

²⁹ Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; *RJC* 1998-I, pp. 161-166.

³⁰ Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo; *AC* 1996/2009.

³¹ Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo; *RGD*, núm. 643, abril 1998, pp. 5242-5245.

Provincial de Oviedo de 13 de febrero de 1997³², pues, tras acoger la doctrina jurisprudencial de rígida aplicación del artículo 878.2 CCom, suaviza esa tesis, al afirmar que: «Todo acto jurídico subsumible en la órbita del artículo 878.2 ha de presumirse perjudicial para la masa, y por tanto nulo, lo que nos lleva a afirmar que corresponde realizar una prueba concluyente de su carácter no perjudicial al que se oponga a la nulidad, prueba que en el caso enjuiciado no se ha realizado...». Se aprecia, por tanto, cómo esta última sentencia referida invierte la carga de la prueba de la no perjudicialidad, de manera que hace recaer la misma en el acreedor hipotecario que defienda la validez de la hipoteca concertada en el período de retroacción.

También entendemos de interés la consulta de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 27 de septiembre de 1996³³, aunque esta última, aparte de fundarse en la ausencia de *consilium fraudis* para desestimar la demanda formulada por la sindicatura de la quiebra, que solicitaba la nulidad de una compraventa de una finca del quebrado y de la constitución de una hipoteca sobre ella dentro del período de retroacción, incide también en la prevalencia del artículo 34 LH sobre el artículo 878.2 CCom, cuestión que ya trasciende de los límites que nos hemos marcado en este comentario³⁴.

Más dura, en su análisis del artículo 878.2 CCom, es la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de abril de 1997³⁵, cuando, aprovechando que hace aplicación del artículo 10 de la LMH, como ya hemos visto anteriormente, sostiene que «Realmente, sobre el artículo 878.2 CCom se ha dicho ya todo. Mejor dicho, todo menos declarar de una vez anticonstitucional aquella perversa utilización de este precepto consistente en preordenar arbitrariamente una fecha con la indisimulada intención de anular con absoluta indefensión e inaudita parte determinada actuación jurídica, al margen de cualquier referencia objetiva como lo era el artículo 1024 CCom de 1829 y sin más base objetiva que la complacencia del Juzgado que está decretando la quiebra respecto de la fecha que pide el instante»³⁶.

Bien es cierto que sigue extendida la doctrina de rígida aplicación del artículo 878.2 CCom, como en la Sentencia de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de marzo de 1997³⁷, a propósito del negocio nulo de una

³² Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; *TA*, 1.997-XIV, 5938.

³³ Ponente: Ilmo. Sr. Ruiz Ramo; *AP* 1996/2394.

³⁴ *Vid.* a este respecto, como síntesis, el trabajo de BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema)», *RCDI*, núm. 641, julio-agosto 1997, pp. 1407-1426, donde, con un completo estudio doctrinal y jurisprudencial, pretende superar la colisión entre los artículos 878.2 CCom y 34 LH, considerando que tal conflicto no existe sino que ambos preceptos son compatibles. Compartimos el análisis de esta autora en relación con la aplicabilidad del artículo 34 LH, pero discrepamos en relación a que no haya conflicto, puesto que sí que hay conflicto y prueba de ello es que ambas normas colisionan, debiendo solucionarse su colisión, a nuestro entender, no sobre la base de intereses prevalentes (interés de los acreedores *versus* interés de los terceros), sino atendiendo a la especialidad y posterioridad del artículo 34 LH, que, en su ámbito de aplicación, desplaza, como norma posterior y especial, a la primera, al artículo 878 CCom. También *vid.* SANCHEZ GARGALLO, I., *La retroacción...*, ob. cit., pp. 99-112, 254-255, donde hace un completo recorrido jurisprudencial acerca de la relación entre los artículos 34 LH y 878.2 CCom, siempre desde su defensa de la prevalencia del artículo 34 LH, en cuanto que precepto posterior y especial respecto del artículo 878.2 CCom, y, por lo tanto, entendiendo que debe quedar protegido el tercero hipotecario frente a la retroacción.

³⁵ Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos; *Act. Civil* 1998/10.

³⁶ Por contra, *vid.* como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 3 de noviembre de 1997 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Xoan Carlos Montes Somoza; *AC* 1997/2250), reconoce que la retroacción genera inseguridad jurídica, pero entiende que la misma no llega a afectar al derecho fundamental a la tutela efectiva de las personas en el ejercicio de sus derechos.

³⁷ Ponente: Ilmo. Sr. D. Victoriano Jesús Navarro Castillo; *RGD*, núm. 634-635, julio-agosto 1997, pp. 9733-9736.

devolución de pagarés en período de retroacción y como resulta claramente recordado en la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998³⁸ donde se reitera que la nulidad del artículo 878.2 CCom es intrínseca, absoluta, de pleno derecho, actúa *ope legis*, hasta tal punto que, en ese caso concreto, proyecta la misma sobre la eliminación de la responsabilidad en que, caso contrario, hubiera incurrido el Notario autorizante –negligentemente al no haber detectado la necesidad de subsanar la autocontratación aparente en que se incurría a través de la ratificación del consentimiento por la Junta General de la mercantil hipotecante– de una escritura pública, dentro del período de retroacción de la mercantil otorgante, consistente en un reconocimiento deudora y una constitución de hipoteca sobre una finca de su propiedad. Sí vuelve a dejar al margen, otra vez, esta última sentencia citada, la posible aplicabilidad del artículo 34 LH, porque en ese caso no se daba tan siquiera el supuesto de hecho contemplado en tal precepto legal. Por último, esta sentencia, no es tan radical como a primera vista pudiera parecer, pues sostiene que: «Las únicas matizaciones que aquella nulidad admite son las que están fuera de la lógica del precepto: los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa y los que muestran que las operaciones en cuestión no fueron perjudiciales para la masa de acreedores».

De otro lado, es preciso destacar también que el artículo 10 de la LMH no está sólo. A su lado, y siguiendo su mismo criterio se encuentran los siguientes preceptos³⁹: artículo 9.3 de la LMV de 28 de julio de 1988 («El tercero que adquiera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitir no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave»), no modificado tras su reforma por Ley 37/1998, de 16 de noviembre; 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 («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»); disposición adicional tercera, 3 y 4, de la ley 1/1999, de 15 de enero, de regulación de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, dedicado en concreto a la regulación parcial del

³⁸ Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; A. 1998/1280.

³⁹ Vid SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...*, ob. cit., p. 123, y «Operaciones de reintegración...», ob. cit., pp. 485-486, que propugna tales preceptos como base para una reinterpretación del artículo 878 CCom, que permita evitar efectos perturbadores para la seguridad jurídica, de modo que la retroacción sólo opere frente a los actos perjudiciales para la masa.

Pese a este acompañamiento legislativo monocorde, *vid* la crítica, aislada en nuestra doctrina, de ALCOVER GARAU, G., «Hipoteca inmobiliaria...», ob. cit., pp. 394-395, al citado artículo 10 LMH, donde llega a calificar el precepto de «absurdo», dado que colisiona con su teoría de que la acción de retroacción es una acción de anulabilidad, ajena a la idea del fraude. A nuestro juicio, el artículo 10 LMH y la demás legislación especial concorde con el mismo, sí que reconduce la retroacción a sus justos términos, al exigir la concurrencia del fraude, pues las acciones legales revocatorias se proyectan sobre los períodos anteriores a la fecha de retroacción.

factoring, volviendo a suponer una dentellada a la retroacción en cuanto nulidad absoluta, tanto cuando se produce la quiebra del cedente como la del deudor cedido, como instrumento de tutela de las cesiones de crédito que cumplen los requisitos que se prevén en la misma disposición⁴⁰.

De lege ferenda, la disposición derogatoria de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 del profesor Ángel Rojo solamente contempla, en su apartado 12, la derogación de la segunda de las normas citadas, no así de la primera.

El debate en el litigio, que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997, se centra en determinar la capital cuestión de si la hipoteca de la que era titular la entidad financiera era susceptible de incluirse en el ámbito de la LMH, puesto que la Sala enjuiciadora en segunda instancia había entendido que la misma no cumplía con el artículo 4 de la citada Ley especial: «La finalidad de las operaciones 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*» (hemos reproducido en cursiva el inciso final del reproducido precepto, puesto que es sobre dicho inciso sobre el que versa la controversia).

Resulta claro que en esta sentencia el Tribunal Supremo continúa con su doctrina tradicional, que niega trascendencia al artículo 10 de la LMH a los efectos de servir de criterio interpretativo del artículo 878.2 CCom, por lo que encierra el precepto dentro de su propio ámbito de aplicación. Justamente a delimitar ese ámbito de aplicación es a lo que se dedica el Tribunal Supremo seguidamente.

En el caso debatido, el deudor quebrado era un comerciante dedicado al sector de los abonos, afirmando la entidad hipotecante que el destino del préstamo garantizado con la hipoteca era el de financiar dicha actividad, para lo que se había procedido a gravar hipotecariamente la totalidad de los inmuebles en los que se asentaba la actividad mercantil del quebrado.

Está completamente acertada la Sala enjuiciadora cuando razona que «... la aplicabilidad del artículo 10 de la meritada Ley se encuentra condicionada a la finalidad de las operaciones de préstamos a que la misma se refiere y que aparecen relacionadas en su artículo 4...».

Siendo cierto que el artículo 4 de la LMH contiene una enumeración no cerrada⁴¹ de las finalidades a que puede destinarse la hipoteca concertada con una entidad del mercado hipotecario, para que la misma goce de la protección proporcionada por el artículo 10 de la citada Ley especial (de ahí el inciso final del precepto, «*cualquier otra obra o actividad*»), el Tribunal Supremo entiende que debe seguirse una interpretación estricta.

Tal interpretación estricta deviene del carácter de excepción a la regla general prevista en el artículo 878.2 CCom que implica la legislación del mercado hipote-

⁴⁰ Vid. GARCÍA SOLE, F., «La reciente normativa sobre *factoring*», *La Ley*, núm. 4746, de 3 de marzo de 1999, p. 5, para quien como resultado de estas últimas normas el periodo de retroacción deviene en «periodo sospechoso», añadiendo además la cita, en similar sentido restrictivo del ámbito de la retroacción, la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulación hipotecaria.

⁴¹ «Ambivalente» dice la ya mencionada Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997.

cario ⁴², y debe entenderse en el sentido de que la misma no debe llevar aparejada que dichas obras o actividades difieran sustancialmente de las obras y actividades, que, anteriormente, se enumeraron en el mismo artículo 4 de la LMH, obras y actividades todas ellas relacionadas con la construcción, rehabilitación y adquisición inmobiliaria. Criterio interpretativo que ya apuntamos en su día ⁴³, a la luz de la propia exposición de motivos del RMH, aprobado por Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, cuando dice que: «La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, establece una estructura completa para la financiación de *determinadas actividades...*»; de ello se desprende que la finalidad de la especial normativa del mercado hipotecario es favorecer la financiación hipotecaria de sólo algunas determinadas actividades ⁴⁴, actividades que la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997 identifica como «...actividades de construcción en el sentido más amplio, pero siempre dentro de ese sector económico...» y que condujeron a la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de noviembre de 1997 ⁴⁵, a denegar la protección de la LMH a una hipoteca constituida a favor de una Caja de Ahorros para refinanciar una deuda anterior con dicha entidad de los deudores hipotecantes, luego quebrados, ajena, al faltar prueba al respecto, pues la escritura guardaba silencio acerca del objeto de la concesión del préstamo, a las finalidades contempladas en el artículo 4 de la LMH, aun entendiendo que las mismas no están enumeradas de forma casuística o cerrada en dicho precepto legal, pero sin que ello permita olvidarse de que su interpretación ha de hacerse de «... manera restringida, en razón a la especialidad del precepto».

Con esta Sentencia de 23 de enero de 1997 se vienen a salvar, pues, las dudas que habían generado la escasa «jurisprudencia menor» y la doctrina registral

⁴² Vid la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997, y MORA MATEO, J. E., «Efectos de la retroacción de la quiebra sobre hipotecas inscritas a favor de algunas entidades financieras», *RGD*, núm. 645, junio 1998, p. 7100. Recordemos, por nuestra parte, que ya anteriormente nos hemos referido a la especialidad, en esta cuestión, de la legislación hipotecaria.

⁴³ Con satisfacción lo vemos reproducido en la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997 y ratificado por el Ponente de dicha Sentencia, José Enrique MORA MATEO, en su trabajo «Efectos de la retroacción...», ob. cit., pp. 7098-7100.

⁴⁴ Vid una nueva interpretación restrictiva, en nuestra doctrina, que se hace por BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca...», ob. cit., p. 3506, así como por ABRIL CAMPOY, J. M., «Comentario...», ob. cit., pp. 572-573, este último con un cierto regusto amargo, nos parece, por el privilegio que supone para las entidades contempladas en el artículo 2 de la Ley especial del Mercado Hipotecario—recordamos que no en todo caso, como pone de manifiesto MORA MATEO, J. E., «Efectos de la retroacción...», ob. cit., p. 7099, pues no estamos ante una norma generadora de acreedores privilegiados—, pero con la esperanza de apuntar a una solución más satisfactoria en el Anteproyecto de Ley Concursal, que ya indicamos anteriormente: «... que elimina la retroacción absoluta (décimosegundo criterio básico), diferencia el régimen aplicable para los actos onerosos y gratuitos y mantiene la adquisición del tercero de buena fe (cfr. arts. 90 a 99)...». Por nuestra parte, destacamos, con ALCOVER GARAU, G., *La retroacción...*, ob. cit., p. 95, que «lo que la Ley intenta proteger son los títulos emitidos en el mercado hipotecario...», pues, como dice el mismo autor, en su trabajo «Hipoteca inmobiliaria...», ob. cit., p. 395, «... la finalidad de la repetidamente citada Ley no es otra que la de abaratar la financiación de las entidades de crédito y otras para acceder los particulares y las empresas a la propiedad territorial...».

⁴⁵ Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Jover Carrión; *RGD*, núm. 646-647, julio-agosto 1998, pp. 10394-10396.

sobre la aplicación del artículo 10 de la LMH ⁴⁶, pues es la primera vez que el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de tal cuestión en relación con el meritado precepto legal.

En todo caso, de la sentencia comentada podemos extraer que no es necesario que en el propio cuerpo de la escritura de hipoteca se haga constar el destino del préstamo hipotecario y que tal destino coincida con uno de los contenidos en el artículo 4 de la LMH (en el caso debatido, de hecho, no se hacía constar en la escritura de hipoteca tal destino), siendo suficiente con que fácticamente se acredite el citado destino efectivo del préstamo hipotecario, cuestión que por ser de índole fáctica no es accesible a debatirse en casación.

Más aún, es fácil que el pacto de destino contenido en el cuerpo de la escritura de hipoteca se revelará completamente inútil en el caso de que, coincidiendo el mismo con lo previsto en el artículo 4 de la LMH, el destino real difiera de tal destino pactado. Si dicha diferencia entre los destinos real y pactado o formal implicase que el real, distinto del pactado, quedase incluido en el artículo 4 de la LMH, la hipoteca seguirá estando protegida por esta Ley especial frente a la retroacción de la quiebra del deudor prestatario.

El Tribunal Supremo es rotundo al apreciar que, aun cuando se estimase que en el caso controvertido el destino dado al préstamo hipotecario lo fuese el de financiar las actividades relacionadas con el almacén de abonos e insecticidas del quebrado, tal actividad no encaja, ni tan siquiera analógicamente, en las mencionadas en el artículo 4 de la LMH.

Concluyendo, con esta sentencia se abre una lógica vía interpretativa del artículo 4 de la LMH, puesto que no tenemos conocimiento de otras sentencias anteriores de nuestro Tribunal Supremo que se hayan pronunciado al respecto de dicho precepto. Vía interpretativa, como hemos apuntado ya, acogida en la «Jurisprudencia Menor», que se puede sintetizar en el sentido de que las obras y actividades enunciadas en el artículo 4 de la LMH, como destino de las hipotecas dotadas de la especial protección que dicha Ley les proporciona frente a la quiebra del deudor hipotecario, no son *numerus clausus*, pero que su apertura no puede ir más allá de aquellas actividades y obras que guarden, al menos, una analogía clara con las que se enumeran en dicho precepto y que atiendan a la finalidad de la propia Ley en sí. En fin, que sólo los préstamos hipotecarios destinados a obras y actividades relacionadas con inmuebles estarán bajo el amparo de la LMH.

En esta misma línea se encuentra, en la «Jurisprudencia Menor», la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 24 de septiembre de 1996 ⁴⁷, que confirmando la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 ⁴⁸, objeto del recurso de casación resuelto por la sentencia tratada en este comentario, entendió que el préstamo hipotecario, que había tenido por finalidad enjugar el pasivo de la entidad deudora, no se encontraba incluido en ninguna de las finalidades contempladas en el artículo 4 de la LMH, por lo que queda desprovista de la especial protección que dicha Ley proporciona a determinadas hipotecas. En idéntica línea se encuentra

⁴⁶ Vid nuestro trabajo «La especial...», ob. cit., pp. 417-418, donde referenciamos la Sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 y la resolución DGRN de 12 de abril de 1991.

⁴⁷ Ponente: Ilmo. Sr. Sánchez Zamorano; *Act. Civil* 1996/1608.

⁴⁸ AC 1993/2522.

la Sentencia de la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de noviembre de 1996 ⁴⁹, cuando mantiene la misma tesis respecto de una hipoteca concedida para garantizar un pasivo anterior de la entidad deudora-quebrada, pasivo que se anota en la cuenta corriente que se abrió al constituirse la garantía hipotecaria ⁵⁰.

De toda la doctrina jurisprudencial que hemos venido refiriendo resulta que se da satisfacción al espíritu que subyace en la legislación especial del mercado hipotecario en relación con la retroacción. No se trata de privilegiar, sin justificación razonable como dice la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997, a una clase de acreedores (las entidades a que se refiere esa legislación especial) frente al resto de los acreedores –algo que resultaría palmario, por ejemplo, en el caso de un préstamo hipotecario para la renegociación de una deuda contraída en el período de retroacción–, sino que se trata de facilitar la canalización del dinero obtenido a través de los préstamos hipotecarios (que, lógicamente, dado su tratamiento más favorable serán concedidos con mayor facilidad y menor coste por las entidades prestamistas) hacia un determinado sector económico que se considera dotado de una especial relevancia para la economía en general ⁵¹.

Se aprecia, a la vista de lo expuesto, que nuestra práctica jurisprudencial viene interpretando estrictamente el régimen especial protector de ciertas hipotecas afectadas por la retroacción de la quiebra del deudor hipotecante, frente al reiterado empuje de las entidades financieras en pos de lograr la protección integral de sus créditos frente a la quiebra de sus deudores.

Esta es, pues, a nuestro juicio, la situación a que conduce nuestra legislación vigente, situación ciertamente generadora de una importante inseguridad jurídica todavía en amplios sectores de la contratación con empresas en crisis –lo que provoca el aislamiento de las mismas y acelera su crisis total, ante el temor de que la contratación concertada con las mismas se vea afectada por la tan temida retroacción de su quiebra–, en vías de solucionarse si se confirma la reforma de nuestro Derecho concursal, a través de la supresión de la tan discutida, en cuanto a su oportunidad, retroacción de la quiebra.

⁴⁹ RGD, núm. 630, marzo 1997, pp. 3063-3065.

⁵⁰ Éste es uno de los supuestos en el que, además, para ALCOVER GARAU, G., *La retroacción...*, ob. cit., p. 94, concurre una situación fraudulenta en la constitución de la hipoteca: «... en principio sólo puede haber fraude de acreedores en caso de hipoteca constituida para garantizar una deuda preexistente, consistiendo en tal caso el fraude en anteponerse el acreedor que conoce la situación de insolvencia en la graduación en perjuicio de otros acreedores...». El otro supuesto es, lógicamente, el de la simulación de la deuda que se garantiza hipotecariamente. Añadimos, por nuestra parte, el posible incremento ficticio de la deuda garantizada hipotecariamente, que sólo existiese en parte.

⁵¹ Compartimos la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997, que se pronuncia en este sentido. Apunta un dato más esta sentencia que, siendo de interés, no consideramos que claramente pueda estimarse que hubiese estado presente en la mente del legislador a la hora de regular el mercado hipotecario. Nos estamos refiriendo a la afirmación de esa mencionada sentencia del deseo de la legislación de potenciar que el dinero de los préstamos hipotecarios se invierta «... en la ejecución de obra o actividades de construcción o edificación, esto es, materialmente visibles, evaluables, de imposible ocultación, en definitiva, que no permiten una colocación del dinero en favor de un acreedor y perjuicio del resto, con lo que se respeta finalmente la *par conditio creditorum* en la masa pasiva de la quiebra». Reitera su Ponente, José Enrique MORA MATEO, los argumentos que acabamos de referir en su trabajo «Efectos de la retroacción...», ob. cit., p. 7099.

Para concluir, un ejemplo de lo expuesto lo tenemos en la Sentencia, ya referida, de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998. En ese caso se ve afectada por la nulidad de la retroacción la hipoteca, constituida en período de retroacción, para garantizar una deuda que ya tenía contraída la quebrada. En este caso, el Tribunal Supremo deja a un lado que hubiera existido o no *consilium fraudis* entre deudor y acreedor –no importa que la constitución de la hipoteca se haya efectuado de buena fe–, así como que no se había producido un detrimento patrimonial del deudor quebrado –que ciertamente no se había producido, porque la deuda era real y existente, sin que la hipoteca supusiese un incremento de la misma– y se centra exclusivamente, para fundar la nulidad, en que con tal constitución de hipoteca se había alterado el orden de prelación de los créditos, en beneficio del acreedor hipotecario y en ruptura del principio de *pars conditio creditorum*. Todo ello le conduce a estimar la nulidad de la precitada hipoteca y lleva, en la práctica, a que el mejor consejo que haya que dar a cualquier acreedor es no renegociar su crédito dotándole de garantía hipotecaria, sino ejecutarlo lo antes posible, pues si hace lo primero, tratando de beneficiar al deudor, puede encontrarse con que la retroacción de su quiebra le arrastre en un futuro, a veces difícilmente predecible, pues pueden pasar fácilmente varios años. Tal actuación es fácil que, lamentablemente, redunde en la quiebra del deudor, cuando el mismo, quizás, con una renegociación de sus deudas y consiguiente aplazamiento de su pago podría haber salido de la situación de crisis económica en la que se encontraba inmerso.

ABREVIATURAS

A.	=	<i>Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia</i>
AC	=	<i>Aranzadi Civil</i>
Act. Civil	=	<i>Actualidad Civil</i>
AJA	=	<i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i>
AP	=	<i>Audiencias Provinciales</i>
BIMJ	=	<i>Boletín de Información del Ministerio de Justicia</i>
cfr.	=	confróntese
CC	=	Código Civil
CCJC	=	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CCom	=	Código de Comercio
DGRN	=	Dirección General de los Registros y del Notariado
DN	=	<i>Derecho de los Negocios</i>
DS	=	<i>Derecho de Sociedades</i>
La Ley	=	<i>Revista Jurisprudencial Española LA LEY</i>
LEC	=	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMH	=	Ley del Mercado Hipotecario
LMV	=	Ley del Mercado de Valores
RCDI	=	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RDBB	=	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
RDM	=	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RDProc.	=	<i>Revista de Derecho Procesal</i>
RGD	=	<i>Revista General de Derecho</i>
RJC	=	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RMH	=	Reglamento del Mercado Hipotecario
STS	=	Sentencia del Tribunal Supremo
TA	=	<i>Tribunales de Asturias</i>
TJ	=	<i>Tribunales de Justicia</i>
Vid	=	Véase