

## Tracto sucesivo y convenio concursal\*

### *Chain of titles and insolvency settlements*

por

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

**RESUMEN:** El convenio concursal produce efectos de indudable trascendencia jurídico-real. De ahí que la LC prevea su publicidad en el Registro de la Propiedad. La cuestión que se plantea es si dicha publicidad es una exigencia de tracto sucesivo para inscribir los posteriores actos dispositivos otorgados por el concursado o bien su publicidad es meramente facultativa a tales efectos. Al defender que el auto declaratorio del concurso impone al concursado prohibiciones de administrar y disponer, resultan coherentemente aplicables los principios de prioridad y tracto sucesivo. En el presente trabajo, la autora intenta aportar argumentos a favor de la previa inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio y del contenido de este con trascendencia jurídico real, sobre la base de los artículos 24.2 y 3 LC; los términos imperativos de los artículos 109.2 y 132 LC, en relación con el artículo 137 LC; el principio de especialidad registral; la necesidad de dar publicidad «*erga omnes*» a la ausencia de prohibiciones de disponer sobre los bienes del concursado integrados en la masa activa, tras la aprobación del convenio; la facilitación de la calificación registral y la falta de coherencia, a su juicio, entre la solución arbitrada por la DGRN y las previsiones del artículo 137 LC. Todo ello, salvo mejor opinión fundada en Derecho.

**ABSTRACT:** *Insolvency settlements have undeniable real legal implications with regard to the assets, and this is why the Insolvency Law requires them to be made public at the Property Registry. The question under examination is whether the said publicity is a requirement of chain of title for the purpose of recording subsequent acts of disposal performed by the insolvent party, or whether it merely facilitates these activities. By arguing that the order declaring the insolvency proceedings imposes prohibitions on the insolvent party's rights to administer and dispose of its assets, the principles of priority and chain of title become logically applicable. In this work, the author seeks to provide arguments in favour of the prior recordation of the judgment approving the settlement and of its contents where these have real legal implications with regard to the assets, on the basis of artículos 24.2 and 3 of the Insolvency Law; the imperative provisions of artículos 109.2 and 132 of the said Law, in relation to artículo 137; the principle of registry determination; the requirement to provide publicity that is universally effective regarding the lack*

---

\* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-83321-P «Tutela de los consumidores y clientes de servicios Fintech», dirigido por la Prof. Dra. Matilde CUEVA CASAS.

*of any prohibitions on disposing of the insolvent party's assets forming part of the insolvency estate, following the approval of the settlement; facilitation of the registrar's approval to register, and the lack of coherence, in the opinion of the author, between the solution provided by the Registries and Notaries Directorate-General (DGRN) and the provisions of artículo 137 of the Insolvency Law. All of this is in the absence of any better understanding grounded in Law.*

**PALABRAS CLAVE:** Tracto sucesivo. Convenio concursal. Menciones de derechos. Principio de especialidad.

**KEY WORDS:** *Chain of title. Insolvency settlement. References to rights. Principle of registry determination.*

**SUMARIO:** I. LA RDGRN DE 27 DE FEBRERO DE 2012. CONVENIO CONCURSAL Y TRACTO SUCESIVO *VERSUS* MODALIDAD DE INSCRIPCIÓN: 1. LOS HECHOS. 2. EL RECURSO DEL NOTARIO AUTORIZANTE. 3. LA SOLUCIÓN DE LA DGRN. 4. CRÍTICA DOCTRINAL A LA SOLUCIÓN DE LA DGRN.—II. LA INSCRIPCIÓN DEL CONVENIO COMO EXIGENCIA DE TRACTO SUCESIVO PARA HACER CONSTAR LOS ACTOS DISPOSITIVOS DEL CONCURSADO CONVENIDO.—III. BREVE REFERENCIA A LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS AL CONCURSADO EN EL CONVENIO.—IV. TRACTO SUCESIVO Y POSIBILIDAD DE NO INSCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS SEGÚN EL ARTÍCULO 137 LC.—V. INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS EN EL CONVENIO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. LA RDGRN DE 27 DE FEBRERO DE 2012. CONVENIO CONCURSAL Y TRACTO SUCESIVO *VERSUS* MODALIDAD DE INSCRIPCIÓN**

La RDGRN de 27 de febrero de 2012 planteó la cuestión de cómo deberá proceder el registrador de la propiedad cuando, teniendo noticia de la existencia de un convenio concursal, se pretenda la inscripción de un acto dispositivo otorgado por el concursado convenido a la vista del artículo 132 LC (que prevé la publicidad registral de la sentencia por la que se aprueba el convenio) y del artículo 137 LC, que prevé la posibilidad de existencia de medidas prohibitivas o limitativas impuestas al concursado en el convenio, así como su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad para perjudicar a todo titular registral posterior e impedir el surgimiento de terceros hipotecarios.

### **1. LOS HECHOS**

La concursada Flonet-97 S.L. verificó el 7 de abril de 2011 una dación en pago de deudas (créditos concursales) a Macarines S.L, sociedad también declarada en concurso, de la finca 23270 del Registro de la Propiedad de Torredembarra. La escritura se presentó a registro el 4 de noviembre de 2011. En el folio registral *del solar de origen* de la entidad resultante de división horizontal (y que era objeto de la dación) constaba la anotación preventiva de la declaración de concurso de

Flonet-97 S.L. (producida por auto de 30 de julio de 2007). También constaba inscrito en dicho folio la sentencia de 7 de julio de 2009 que aprobaba el convenio concursal, pero no el contenido del convenio.

El registrador consideró (y por ello suspendió la inscripción) que siendo obligatoria la publicidad de las situaciones concursales (art. 132 LC), no pueden aplicarse las reglas del convenio *si este no aparece previamente inscrito en el folio de la finca en cuestión*. Por un lado, si no se inscribe tal aprobación, registralmente todo operaría como si la concursada aún estuviese en situación de suspensión o intervención por los administradores concursales (con la consiguiente limitación de sus facultades dispositivas) y por otro lado, *si el convenio contuviere medidas limitativas o prohibitivas de las facultades de administración y disposición, y el concursado las contraviniese en esa dación en pago, se podría inscribir el acto, pero supeditado a la acción de reintegración de los bienes a la masa* (es decir se practicaría una inscripción sujeta a esa restricción de forma indefinida, hasta que se cancelase la inscripción de convenio por su cumplimiento o la terminación de la fase de liquidación). Faltaría tracto en la inscripción que se pretende *por no figurar en el historial de la finca la situación de aprobación de convenio con su contenido, situación que debe constar para dar seguridad jurídica al adquirente, a los acreedores firmantes del convenio (para ejercitar la acción rescisoria correspondiente si la dación en pago no se ajusta al convenio y se ven perjudicados sus derechos) y a los demás posibles terceros afectados*. Para el registrador la característica más destacable de la LC, desde el punto de vista registral, es la intensa y correcta relación entre el concurso, el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil y de Bienes Muebles y los principios que los presiden, pues ello significa la armonización del procedimiento concursal con los principios de seguridad jurídica, y su variante de seguridad del tráfico jurídico y con el derecho a la tutela judicial efectiva. *La previa constancia de la aprobación del convenio concursal con su contenido es lo que permitirá hacer constar en el acta de inscripción y en la nota al pie del título que la inscripción podría quedar supeditada al ejercicio de la acción de reintegración si se infringe el convenio, o no hacerlo constar, si no se infringe*.

## 2. EL RECURSO DEL NOTARIO AUTORIZANTE

El notario interpuso recurso gubernativo contra la calificación registral por apreciar el registrador un problema de tracto sucesivo que impide la escritura de dación en pago (falta de previa inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio concursal y de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en este, en su caso, al concursado convenido).

El notario indica en su recurso que la inscribibilidad a que se refiere el artículo 137 LC de las medidas prohibitivas o limitativas es meramente facultativa, y no obligatoria. Y si bien hay un mandato genérico de publicidad del convenio (arts. 132 y 24 LC), dado lo dispuesto en el artículo 133.2 LC, que señala que desde la eficacia del convenio (por su aprobación judicial) cesan todos los efectos de la declaración de concurso (y en particular, cesan en el cargo los administradores concursales), la inscripción no es constitutiva, produciendo sus efectos el convenio al margen del Registro.

Por otro lado, señala, aunque tales medidas existieran y se inscribieran previamente, ello no impediría la inscripción de la dación en pago, pues al ser tales medidas efecto del convenio y no del concurso, los actos que las contradigan no quedan sujetos a la anulabilidad del artículo 40.7 LC, sino a otras sanciones. Por un

lado, la posibilidad de que se declare el incumplimiento del convenio (art. 137.LC), lo que conlleva la apertura de oficio de la liquidación concursal (art. 143.1.5.º LC) y la consiguiente suspensión del deudor en el ejercicio de sus facultades de administrar y disponer (art. 145.1 LC) y la calificación del concurso como culpable (art. 164.2.3.º LC); y por otro lado, la posibilidad de ejercitar la acción de reintegración de la masa (art. 137.2 LC). No producen, pues, cierre registral a los actos que las contravengan, a diferencia de lo previsto en el artículo 40.7 LC.

La finalidad de la publicidad de estas medidas es posibilitar su conocimiento por terceros, y por consiguiente, que estos conozcan la ineficacia de que pueden adolecer los actos del concursado convenido. Pero su inscripción no es necesaria para su validez y existencia (no es constitutiva). Producen sus efectos desde la aprobación del convenio, pero si no se inscriben, no perjudican a terceros de buena fe (arts. 606 del Código Civil, 13, 32, 34 y 37 LH). El propio artículo 137.2 LC parece presuponerlo así (*a sensu contrario*) cuando señala que, tras la inscripción, perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración que se ejercite.

*Como en el presente caso no consta en el Registro de la Propiedad el contenido del convenio concursal ni, por tanto, unas hipotéticas limitaciones o prohibiciones impuestas al concursado que matizarían el efecto liberador para las facultades del concursado que tiene la aprobación del convenio, y al registrador le consta la aprobación de este (aunque no su contenido), como manifiesta en su nota calificadora, entiende el notario autorizante de la escritura que hay bastante para inscribir dicho negocio, sin referencia alguna en el acta de inscripción a la hipotética infracción de unas medidas limitativas o prohibitivas.* Será el juez del concurso, caso de ejercitarse en el futuro una acción de reintegración de la masa, el que habrá de valorar si alguien ostenta la condición de tercero de buena fe, pero no le corresponde al registrador impedir el surgimiento de este último, imponiendo la inscripción previa del contenido del convenio. Tercero protegido que nunca podría ser Macarines S.L. al tratarse del pago de un crédito concursal, sometido a la regla del artículo 162 LC para el caso de abrirse la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, antes que a la reintegración especial del artículo 137 LC<sup>1</sup>.

### 3. LA SOLUCIÓN DE LA DGRN

La DGRN en su resolución señala que efectivamente una de las cuestiones planteadas por la nota de calificación del registrador y por el recurso del notario es si el convenio concursal debe ser previamente inscrito en el Registro de la Propiedad como exigencia de tracto sucesivo para que pueda a continuación inscribirse la dación en pago. La DGRN considera que, enfocada así la cuestión, procede revocar la nota de calificación, pues aunque la LC prevé la inscripción de la sentencia de aprobación del convenio y la inscripción de las medidas de prohibición o limitación de disponer, no lo hace como un asiento previo indispensable para mantener la cadena del tracto sucesivo. Sin embargo, sí que considera correcto el planteamiento del registrador, cuya calificación confirma en este extremo, en cuanto a la necesidad de aportar el convenio para calificar si existen en él limitaciones o prohibiciones de administración o disposición a efectos de consignarlas, en su caso, como *modalidad del contenido del asiento, conforme al artículo 137.2 LC. La presentación del convenio es pues necesaria para determinar el contenido y alcance de la inscripción de transmisión, es decir, para definir la modalidad de asiento a practicar (art. 434.6 RH)*<sup>2</sup>, en relación con la constancia de las limitaciones del artículo 137.2 LC, caso de que existieran.

Señala la DGRN que una interpretación sistemática de los artículos 132.2 y 137.2 LC llevaría a la conclusión de que siempre que proceda la inscripción de una sentencia aprobatoria del convenio, debería aportarse este para evitar que la publicidad registral sea incompleta, es decir, reflejando, caso de que existan, las medidas del artículo 137.2 LC. Pero sin que ello suponga exigencia de tracto sucesivo para inscribir actos que sean consecuencia del convenio. Al no constar en este caso el contenido del convenio por no haberse aportado, se desconoce si existen o no medidas del artículo 137.2 LC y por lo tanto, no resulta posible, sin más, inscribir la dación en pago, ya que en otro caso quedaría inscrita la dación «sin advertencia alguna sobre si el contenido del convenio afecta o no a la reintegración de la misma, lo que forzosamente repercute en la “modalidad” del asiento a practicar, pues a los efectos de la acción de reintegración, no es lo mismo practicar una dación en pago con o sin limitaciones (según resulten o no del convenio), y tampoco sus consecuencias visto lo dispuesto en el artículo 137.2 LC, cuyo objetivo no es solo dar a conocer a los terceros las medidas prohibitivas o limitativas, sino evitar que pueda llegar a surgir un tercero del artículo 34 de la LH que impidiese el ejercicio de la acción de reintegración que resulta del 137.2 de la ley citada».

#### 4. CRÍTICA DOCTRINAL A LA SOLUCIÓN DE LA DGRN

El notario autorizante de la escritura de dación en pago, que interpuso el recurso gubernativo contra la calificación del registrador ante la DGRN, formuló una crítica doctrinal a la solución de la DGRN que pasamos a resumir a continuación.

Para CABANAS TREJO, aprobado judicialmente el convenio concursal, momento de su eficacia, cesan todos los efectos de la declaración de concurso (arts. 40 y 43 de la LC), de manera que el deudor recupera sus facultades de administración y disposición sobre la masa activa del concurso. A pesar de la exigencia de publicidad registral del artículo 132 LC, *no sería necesaria la previa constancia registral del convenio para legitimar la actuación del concursado, siendo sus actos eficaces pese a tal falta de inscripción, por no ser esta constitutiva*<sup>3</sup>. *Discrepa así del defecto de tracto sucesivo apreciado por el registrador que emitió la calificación.*

No obstante, señala, *resulta más coherente exigir la previa inscripción del convenio y de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el mismo que la solución dada por la DGRN*, que pretende que el perjuicio a cualquier titular registral se produzca no por la publicidad registral de las medidas en asiento independiente y previo sino por la vía de practicar un asiento (el del adquirente del concursado) sujeto a limitaciones, al amparo del artículo 434.6 RH, y en el cual se haga *mención* de las derivadas del artículo 137.2 LC, siendo esta una indicación que no es reproducible en los asientos de posteriores subadquirentes. Por esta vía, la causa de resolución (rescisión, en este caso) del acto del adquirente del concursado no se puede decir que conste explícitamente en el Registro como exige el artículo 34 LH y en asiento independiente como exige el artículo 137 LC<sup>4</sup>.

*Para el autor, el criterio de la DGRN contradice el artículo 137.2 LC porque obliga a hacer constar las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en convenio, cuando la LC las considera de inscripción facultativa y porque no respeta el tipo de asiento para tal constancia*, que según dicho precepto es un asiento de inscripción propio y previo al asiento por el que se inscribe el acto vulnerador de las medidas. Siendo tal asiento propio y previo el que perjudica a cualquier titular registral. Literalmente indica: «La DGRN se ha encerrado en su propio

laberinto al querer potenciar la función calificadora del registrador, por encima de la función de publicidad del mismo registro. La entrada del laberinto está en los artículos 132 y 137 LC, que no han dispuesto la inscripción simultánea de las medidas prohibitivas o limitativas con ocasión de inscribir la sentencia aprobatoria del convenio, sino que admite claramente que esta figure en el registro, sin que se recojan aquellas. Más aún, acepta que nunca se lleguen a registrar. La forma fácil y rápida de evitar el enredo hubiera sido exigir la inscripción coetánea de la sentencia y de las medidas, pero la LC no lo permite, y la DGRN tampoco ha osado ir tan lejos, aunque considere que es la conclusión a la que conduce una interpretación coordinada y coherente de las normas. *La pretensión del registrador de exigir una inscripción previa del contenido del convenio, pero en asincronía con el asiento anterior que recoge la sentencia de aprobación del convenio<sup>5</sup>, salva la exigencia del tracto, pero desprecia la situación de quien presenta su título en el registro, cuando en el mismo no constan esas medidas. En apariencia se respeta el texto del artículo 137.2 LC, pero con grave alteración de las reglas generales que gobiernan la publicidad registral, y sobre todo del principio de prioridad [cva. ntra.]. Pero la solución final que fuerza la DGRN... choca abiertamente tanto con las normas concursales como con las registrales. Con la LC, porque el artículo 137.2 presupone una inscripción previa e independiente de tales medidas, que no se cumple por su mera consignación en un asiento ajeno. Con las normas registrales porque opone al titular registral una circunstancia ausente del registro al tiempo de presentar su título. Encerrada en su propio laberinto la DGRN se niega a reconocer que la única salida posible pasa por inscribir el negocio con arreglo a lo solicitado, o mejor, según el contenido de los asientos registrales existente al presentar el título.*

*Y lo que es peor, puede que al final su prevención tampoco sirva de gran cosa, pues una interpretación rigurosa del artículo 137.2 LC en conexión con los artículos 32 («debidamente inscritos»), 34 («causas que no consten») y 37 LH («causas que consten explícitamente»), ha de llevar a que los posteriores subadquirentes no se vean perjudicados por una causa que no constituye el objeto principal de un asiento de inscripción, pues, como señala el artículo 29 LH, «la fe pública registral no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial», y en este caso lo que pide la LC como condición de aquel perjuicio es una inscripción independiente de las medidas» (cva. ntra.)<sup>6</sup>.*

## II. LA INSCRIPCIÓN DEL CONVENIO COMO EXIGENCIA DE TRACTO SUCESIVO PARA HACER CONSTAR LOS ACTOS DISPOSITIVOS DEL CONCURSADO CONVENIDO

Parece que la solución a la problemática puesta de manifiesto por el caso que dio lugar a la RDGRN de 27 de febrero de 2012 pasa por la defensa de la inscripción previa de la sentencia aprobatoria del convenio y del contenido de este con trascendencia jurídico real, como requisito de tracto sucesivo para la inscripción de los actos dispositivos realizados por el concursado en fase de convenio. Podrían aportarse los siguientes argumentos:

### 1. LA NECESIDAD DE TRACTO SUCESIVO SE APOYA EN LOS ARTÍCULOS 24.2 Y 3 LC

Un argumento a favor de esta inscripción previa puede verse en los artículos 24.2 y 3 LC. Si tratándose del historial jurídico de un deudor inscribible

en el Registro Mercantil o de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público (p.e, una fundación), la LC señala que es preciso inscribir las resoluciones judiciales que van marcando las diferentes fases del concurso de acreedores y, concretamente, *la sentencia que aprueba el convenio*, «así como cuantas resoluciones dictadas en materia de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa», en virtud de mandamiento dictado por el secretario judicial (art. 24.5 LC) que se remitirá telemáticamente desde el juzgado al registro (art. 24.6.1.º LC), o no siendo posible, se entregará al solicitante del concurso para la práctica inmediata de los asientos (art. 24.6.2.º LC), *hay que pensar que tales resoluciones judiciales deben ir constando en el Registro de la Propiedad, dando lugar a un tracto continuado que vaya publicitando todas aquellas resoluciones concursales con trascendencia jurídico real, y que pondrá el historial registral de la finca en concordancia con el procedimiento concursal y los efectos que este va produciendo sobre los bienes integrados en la masa activa del concurso.*

2. LOS TÉRMINOS IMPERATIVOS DE LOS ARTÍCULOS 109.2 Y 132 LC, A DIFERENCIA DE LOS DEL ARTÍCULOS 111 Y 112 DE LA LC, ABONAN LA EXIGENCIA DEL TRACTO SUCESIVO

Por otro lado, los términos del artículo 109.2 LC, relativos a la inscripción de la sentencia que aprueba el convenio anticipado, son imperativos, pudiendo pensarse que el precepto establece la inscripción no como voluntaria, sino como obligatoria, o por lo menos, entendemos nosotros, *como un requisito de tracto sucesivo*<sup>7</sup>.

Lo mismo cabría decir del artículo 132 LC, relativo a la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio alcanzado en fase de convenio<sup>8</sup>.

Y todo ello a diferencia del auto que ordena la apertura de la fase de convenio (arts. 111 y 112 LC), en relación con el cual solo se prevé su notificación al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, precisamente por no tener efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor<sup>9</sup>.

3. LA INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA APROBATORIA DEL CONVENIO PERMITE LA Oponibilidad *ERGÁ OMNES* DE LA AUSENCIA DE LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO UNIVERSAL AÚN NO CONCLUIDO

El convenio concursal, que vincula a la totalidad de los acreedores ordinarios y subordinados del deudor respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso, aunque por cualquier causa no hubieran sido reconocidos (art. 134 LC), es un negocio jurídico de tipo transaccional que puede consistir en un convenio de novación objetiva modificativa de los créditos existentes (art. 136 LC)<sup>10</sup>, o bien puede consistir en un convenio normativo que regule la celebración de futuros contratos con ciertos acreedores o con terceros (*cfr.*, arts. 100.2.3.º y 4.º; y 100.3 y 5 LC), obligando entonces a la celebración de tales contratos, so pena de incumplimiento del convenio, y a respetar en su celebración los acuerdos establecidos en aquel (*arg., ex* arts. 138 a 140 LC)<sup>11</sup>. Esta eficacia del convenio concursal, que se produce desde la fecha de la sentencia que lo aprueba (art. 133.1 LC), sería una eficacia meramente obligacional.

Junto a ella, el artículo 133.2; 3 y 4 LC prevé otros efectos (cese de todos los efectos de la declaración de concurso regulados en el Título III de la LC, salvo el deber de colaboración e información del art. 42 LC) que incluyen el cese de la administración concursal y por lo tanto, la recuperación por el deudor de sus facultades de administración y disposición. Este es ya un efecto de indudable trascendencia jurídico real (art. 7 RH), y de ahí la inscribibilidad de la sentencia aprobatoria del convenio.

Sin publicidad de esta sentencia, no hay publicidad registral de la recuperación por el deudor de sus facultades dispositivas (extinción de las prohibiciones judiciales de disponer y de administrar impuestas por el auto de declaración de concurso y publicitadas mediante la anotación/inscripción de la declaración de concurso, con arreglo al art. 24.4 LC). La inscripción de la mencionada sentencia permite la oponibilidad *erga omnes* de la ausencia de limitaciones patrimoniales del concursado, en el marco del procedimiento universal aún no concluido.

Señala GUTIÉRREZ GILSANZ que «si la declaración del concurso tiene una relevancia extraordinaria en el mercado y resulta lógico que se procure su conocimiento por medio de los periódicos oficiales y se busque la publicidad que otorgan los registros públicos, *no es menos relevante que se apruebe un convenio que evita la liquidación del patrimonio del deudor concursal y es una cuestión de seguridad jurídica que especialmente los interesados, aunque también el público en general, puedan acceder a su conocimiento*» (cva. ntra.)<sup>12</sup>.

PAU PEDRÓN considera que «no es necesaria la previa inscripción del convenio para inscribir un negocio celebrado durante esa fase del concurso. Ni la inscripción es constitutiva ni lo exige el principio de tracto sucesivo... El registrador deberá, en cumplimiento de su función calificadora, examinar el contenido del convenio y comprobar su coherencia con el negocio que se pretende escribir, pero no podrá exigir la previa inscripción del convenio». Ahora bien, siguiendo la doctrina más matizada de la RDGRN de 18 de abril de 2012, añade que si al registrador le consta la existencia del convenio *puede solicitar su aportación*, no para su inscripción previa y separada o por la obligatoriedad de esta, sino para comprobar si se articularon medidas prohibitivas o limitativas. Y que *puede verificar la inscripción de la sentencia aprobatoria y, además, de las medidas adoptadas en el convenio, para que la publicidad registral sea íntegra, siempre que se solicite la inscripción de aquella sentencia* (art. 132 en relación con art. 137, interpretados sistemáticamente)<sup>13</sup>.

También en contra de la necesidad de previa inscripción del convenio para poder inscribir los actos realizados por el concursado en la fase de convenio, GÓMEZ GÁLLIGO, quien señala que si el convenio es de quita o espera, al inscribir la enajenación realizada por el concursado en fase de convenio no se arrastra el concurso como carga y se cancela la anotación de concurso (si bien se podrán ejercitar acciones revocatorias sobre la base del art. 37 LH). En cambio, si el convenio contiene medidas prohibitivas o limitativas de las facultades dispositivas del concursado, el concurso si se arrastra como carga en la inscripción de la enajenación «de manera que el adquirente queda afectado por ella. *Lo que está claro es que para inscribir en el Registro de la Propiedad las transmisiones de los bienes del concursado o la constitución de derechos reales sobre los mismos, que cumplan los requisitos legales para ello, no es necesario inscribir previamente el convenio (RDGRN de 18 de abril de 2012). Basta con tener conocimiento del contenido del convenio para poder calificarlo, pero no se puede argumentar el principio de tracto sucesivo y exigir que esté previamente inscrito, pues ya hemos argumentado que*

*el concurso es una circunstancia relativa a la capacidad de la persona, donde no rigen los principios propios de los derechos reales (prioridad o tracto sucesivo)*»<sup>14</sup>.

Pero, salvo mejor opinión fundada en Derecho, pensamos que otros argumentos podrían abonar la exigencia de inscripción previa.

Así, podría ocurrir que, según lo que conste en el Registro (por la anotación o inscripción de concurso), este esté cerrado al acto dispositivo realizado con posterioridad a la aprobación del convenio y que pretenda su acceso registral (*arg. ex. art. 17 LH, art. 145 RH y art. 40 LC*)<sup>15</sup>.

Por otro lado sería posible que no hubiera identidad entre el derecho inscrito (sujeto a la carga de la prohibición de disponer derivada del auto declaratorio del concurso) y el derecho que se pretende inscribir (ya no sujeto a tal carga, extinguida extrarregistralmente por efecto de la aprobación del convenio), *si no consta previamente inscrito el levantamiento de tal carga (arg. ex art. 17 LH a sensu contrario)*. El principio de tracto sucesivo presenta un aspecto material que orienta la conducta del registrador en el sentido de que «*el derecho que se pretende inscribir ha de coincidir con el derecho previamente inscrito (transmisión del derecho)*» o ha de estar contenido en él (constitución de un derecho real limitado), *debiendo extenderse la identidad a todos los elementos del derecho*» (cva. ntra.)<sup>16</sup>.

Además, si se considera que la limitación patrimonial del concursado impuesta en el auto declaratorio del concurso afecta a la capacidad de obrar del titular registral, no habrá identidad entre el titular registral que figura en el folio (afecto a limitación en su capacidad dispositiva) y el titular del derecho que según el título inscribible otorga el acto en fase de convenio.

Por otro lado, si, según la RDGRN de 18 de abril de 2012, caso de presentarse para su inscripción la sentencia aprobatoria del convenio, debería solicitarse este para que *la publicidad registral fuese completa* en relación con posibles medidas limitativas o prohibitivas impuestas al concursado<sup>17</sup>, del mismo modo cabe argumentar que *para que la publicidad registral sea completa, a lo que atiende el principio de tracto sucesivo*, sería necesario hacer constar en el Registro, el efecto producido por la sentencia aprobatoria del convenio sobre los efectos producidos por el auto declaratorio del concurso que consta registralmente (art. 132 en relación con los arts. 133.2 y 24.4 de la LC), antes de inscribir los actos dispositivos otorgados por el concursado durante la fase de convenio<sup>18</sup>.

También el principio de especialidad se vería afectado por la falta de inscripción previa de la sentencia aprobatoria del convenio pues, anotada en el Registro la situación concursal (con sus consecuencias de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor) e inscrito luego un acto dispositivo otorgado sin la intervención de los administradores concursales, el Registro estaría publicando dos situaciones aparentemente contradictorias, e incidiendo con ello en la exigencia de claridad en los pronunciamientos del Registro y de concordancia de este con la realidad extrarregistral derivadas del principio de especialidad.

#### 4. LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA APROBATORIA DEL CONVENIO TAMBIÉN FACILITA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Es posible que como consecuencia del convenio deban realizarse daciones en pago, para las cuales ya no es precisa la autorización judicial (arts. 43, 100.3.2.º, 134, 147 y 155.4 LC). Si el convenio figura previamente inscrito, hay publicidad previa de tal circunstancia y constará p.ej., que el crédito hipotecario que grava el

bien puede extinguirse por dación en pago al acreedor hipotecario en los términos del convenio, lo que facilita la labor calificadora del registrador.

Hay que tener en cuenta también que el comienzo de la eficacia del convenio supone el fin de la paralización de las ejecuciones (arts. 55, 56.1 y 57 LC). Así por ejemplo, cabría ejecutar bienes para el cobro de créditos privilegiados (con privilegio general) no afectados por el convenio y podrían reanudarse las ejecuciones de garantías reales sobre bienes necesarios para la actividad profesional (siempre que el convenio no las afectase, *arg., ex art. 56.1 LC en relación con el art. 134.2 y 3 LC*; *la afectación podría darse por decisión del acreedor privilegiado o por arrastre*). Resulta evidente, pues, que la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio (y el correspondiente contenido del convenio) es requisito *sine qua non*, para poder inscribir (o no) el testimonio del decreto por el que se apruebe el remate o la adjudicación en las ejecuciones seguidas contra bienes del concursado sobre los que conste anotado o inscrito el concurso de acreedores.

Igualmente, de acuerdo con lo señalado por la STS de 3 de mayo de 2017 que se apoya en los artículos 133.2 y 50 LC en relación con los artículos 143.2 y 141.3 y 4 y 147 del mismo cuerpo legal «el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los artículos 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio de temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio». Ello implica que si la anotación preventiva de demanda se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad una vez anotada la situación concursal y sin que conste inscrita la sentencia aprobatoria del convenio, el registrador de la propiedad, sobre la base del artículo 100 RH y 8.4.º LH debe denegar la inscripción, si procede el mandamiento de órgano judicial diverso del juez del concurso<sup>19</sup>. Y como solo puede acceder al Registro aquello que es posible según lo que en el mismo Registro consta (*arg., ex art. 17, 20 y 38 LH*), la inscripción previa de la sentencia que aprueba el convenio se presenta como requisito imprescindible para el acceso o apertura del Registro (art. 17 LH *a sensu contrario*) a tales anotaciones preventivas de demanda<sup>20</sup>.

Lo que no implica que deba cancelarse la anotación preventiva o la inscripción de concurso, pues este continúa abierto hasta su conclusión, y muchos efectos del Título III de la LC continúan produciéndose durante la fase de convenio<sup>21</sup>.

##### 5. LA SOLUCIÓN DADA POR LA DGRN NO PARECERÍA SER DEL TODO CONFORME CON EL ARTÍCULO 137 LC NI CON ALGUNOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Finalmente, cabe indicar que la manera de operar señalada por la DGRN en sus resoluciones de 27 de febrero de 2012, 18 de abril de 2012 y 13 de diciembre de 2013 (solicitar el convenio para la calificación del acto dispositivo a inscribir, otorgado por el concursado en fase de convenio, y practicar un asiento sujeto a las limitaciones del art. 137.2 LC, con mención de las medidas limitativas impuestas en el convenio en el asiento), introduce cierta opacidad en la institución registral, pues los terceros subadquirentes que compran el bien quedarán confusos en cuanto al alcance de la limitación del asiento de su transmitente, *al no figurar previamente inscritas en el Registro, en asiento especial e independiente, las medidas prohibitivas o limitativas impuestas al concursado. La constancia en*

el asiento de su transmitente (que según CABANAS TREJO, no puede arrastrarse como carga por constituir una mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial) no puede perjudicarles (art. 29 LH, en el sentido de imposibilidad de afección de lo meramente mencionado a terceros<sup>22</sup>) y, por consiguiente, no impediría el surgimiento de un tercero hipotecario del artículo 34 LH, que es lo que precisamente persigue el artículo 137.2 LC. De igual modo, el simple arrastre del concurso como carga (la anotación preventiva o inscripción del art. 24.4 LC) en el asiento del adquirente del concursado (caso de existir limitaciones o prohibiciones en el convenio), tampoco solucionaría el problema, pues el subadquirente ignorará el alcance de la carga, por no figurar previamente inscritas en asiento independiente las prohibiciones o limitaciones derivadas del convenio, lo que afectaría al principio hipotecario de especialidad<sup>23</sup>. Incluso, si se considerase que la limitación mencionada en el asiento del adquirente del concursado constituye una suspensión a la fe pública registral semejante a la de los artículos 28 o 207 LH, pero establecida en beneficio del concurso, limitación que se haría constar en el acta de inscripción y en toda forma de publicidad registral durante la vigencia de dicha limitación, el problema radicaría también en que esta no parece ser la forma de suspender la actuación de la fe pública prevista por la LC, que supedita el perjuicio a todo titular registral al hecho de la inscripción previa, separada y especial de las medidas limitativas o prohibitivas de las facultades dispositivas del concursado impuestas en el convenio (art. 137.2 LC).

### III. LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS AL CONCURSADO EN EL CONVENIO

Cuestión discutida por la doctrina es la naturaleza de las medidas limitativas o prohibitivas que pueden imponerse al concursado en el convenio. Si constituyen prohibiciones de disponer o administrar, o si no son más que meras obligaciones impuestas al concursado<sup>24</sup>.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del TS califican al convenio concursal de negocio *sui generis*, semejante a una transacción, pero con un marcado carácter público, evidenciado por la necesaria intervención judicial.

Fijándonos en el carácter transaccional del concurso de acreedores, cabría pensar que las limitaciones o prohibiciones impuestas en el mismo al concursado por convenio de masa son *meras obligaciones*, y no genuinas prohibiciones de disponer que supongan una limitación para las concretas propiedades del concursado afectadas por la prohibición, teniendo presente, por un lado, los artículos 26.3.<sup>a</sup> y 27 LH, y por otro, la opinión de ALBALADEJO, el cual, partiendo de tales preceptos, considera que «queda, pues, excluida, la posibilidad de establecerlas [las prohibiciones] en *actos onerosos*... En estas hipótesis cabe, sin embargo, que *se asuma la obligación de no disponer*; en cuyo caso, el propietario, *conserva el poder de disponer, aunque si incumple su obligación, habrá lugar a los efectos del incumplimiento de estas*» (cva. ntra.)<sup>25</sup>.

Ahora bien, incluso en este supuesto, previendo la LC en su artículo 137 la inscribibilidad, podría pensarse que considerando la LC que son meras obligaciones desea su oponibilidad *erga omnes* mediante la inscripción (excepcional) de las mismas<sup>26</sup>. En cuyo caso, su infracción no solo daría lugar al incumplimiento del convenio (art. 137.1 LC), sino a la reintegración del bien salido indebidamente de la masa activa, haya habido o no perjuicio a la masa o fraude a los acreedores (art. 137.2 LC), pues tales medidas, en nues-

tra opinión, también pretenden proteger el cumplimiento estricto del contenido normativo del convenio.

Desde otra perspectiva, teniendo presente la necesaria intervención judicial para la aprobación del convenio, podría pensarse que tales prohibiciones tienen su origen en la resolución judicial que las aprueba y que, por lo tanto, podrían encuadrarse en el artículo 26.2.<sup>a</sup> LH como prohibiciones de disponer con eficacia real (si bien el asiento a practicar, en este caso, sería el de inscripción por exigencias de la ley especial concursal y no el de anotación preventiva)<sup>27</sup>.

En todo caso, sea una u otra la naturaleza de estas medidas, que estarán vigentes hasta el término indicado en el artículo 141 LC, su finalidad es evitar que en la enajenación de bienes se produzca cualquier perjuicio a los acreedores<sup>28</sup>, determinando la inscripción de las mismas su oponibilidad *erga omnes*.

Su falta de inscripción (si la medida tiene mera naturaleza obligacional), implicará, en caso de infracción, incumplimiento del convenio, pero no afectará a la validez ni firmeza del acto realizado con un tercero ajeno al mismo (ni tampoco al subadquirente posterior), salvo lo dispuesto en el artículo 37.4.<sup>o</sup> LH y 73 LC. Esta naturaleza de las medidas abonaría aún más la necesidad de tracto sucesivo (previa inscripción del convenio y su contenido, para poder inscribir el acto dispositivo posterior), pues dicho tracto facilitaría la oponibilidad *erga omnes*.

Si las medidas tienen naturaleza real y no constan inscritas, su infracción supondrá incumplimiento del convenio y además, afectará a la firmeza del acto realizado por el concursado con el tercer adquirente, pues tal acto infractor, *por el hecho de serlo*, será rescindible y claudicante (si bien no nulo, ni anulable y por ello inscribible). Pudiendo surgir un tercer subadquirente amparado por los artículos 34 y 37 LH, frente al cual no cabría la reintegración en beneficio de la masa del concurso (art. 140.4 LC).

La inscripción de estas medidas, sea una u otra su naturaleza, no produce cierre registral para el acto contrario (lo que supone una excepción al art. 145 RH). Pero la acción de reintegración que en tal caso puede ejercitarse perjudicará a todo titular registral (incluso al que ignoraba la existencia de las medidas en el momento de otorgamiento de la escritura y tuvo un conocimiento posterior al asentarse antes en el Registro, por exigencia del tracto sucesivo, la sentencia aprobatoria del convenio y las medidas impuestas (arts. 132 y 137 LC).

La existencia de un asiento que publica estas medidas tampoco implica el cierre registral para embargos que se anoten por créditos contraídos por el concursado después de la aprobación del convenio o por ejecuciones derivadas de créditos privilegiados no sujetos a convenio. Si bien, estos acreedores podrían solicitar la apertura de la liquidación en el supuesto indicado en el artículo 142.2.II LC<sup>29</sup>.

#### IV. TRACTO SUCESIVO Y POSIBILIDAD DE NO INSCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS SEGÚN EL ARTÍCULO 137 LC

Podría pensarse que la exigencia de inscribir la sentencia por la que se aprueba el convenio, con carácter previo al acto dispositivo otorgado por el concursado, supondrá que siempre las medidas prohibitivas o limitativas figurarán en tal asiento y que, por lo tanto, nos alejamos así también del régimen del artículo 137 LC que habla de inscribibilidad, pero parte de la posibilidad de la no inscripción<sup>30</sup>.

Sin embargo, esto no es del todo cierto. Si el registrador solicita la sentencia aprobatoria del convenio como exigencia de tracto sucesivo y el convenio para calificar el acto dispositivo, aun así, tales medidas podrían no inscribirse en el

asiento previo, por ejemplo, por no ser calificadas por el registrador como tales. Siendo calificadas de tales, sí procedería la inscripción (arts. 132 y 137 LC, para que la publicidad registral sea completa). Luego el tracto sucesivo es compatible con el régimen previsto en el artículo 137 LC.

## V. INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS EN EL CONVENIO

La infracción de estas medidas al realizar actos dispositivos constituye, como se ha indicado antes, incumplimiento del convenio, cuya solicitud puede ser solicitada del juez *por cualquier acreedor* (art. 137.1 LC) y *no solo por el acreedor afectado por el incumplimiento* (art. 140 LC). También puede ser solicitada, *si así se previó en el convenio*, por el órgano previsto para la supervisión y vigilancia de su cumplimiento o por los administradores concursales, que han dejado de actuar como tales, pero a los que se ha encomendado la autorización de determinados negocios jurídicos, no ya como órganos del concurso, sino como mandatarios de los acreedores<sup>31</sup>. Según GUTIÉRREZ GILSANZ, la declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.4 LC) y la apertura de oficio de la liquidación concursal (art. 143.1.5.º LC) no conllevan necesariamente la reintegración del bien enajenado en contravención de las limitaciones o prohibiciones impuestas en el convenio. El ejercicio de la acción de reintegración destinado a «declarar la ineficacia del acto contrario a las medidas prohibitivas o limitativas y a restituir el bien salido de la masa, corresponde a la administración concursal, una vez abierta la liquidación, pudiendo solicitar su ejercicio tanto los acreedores como quienes hubieran sido parte en el acto»<sup>32</sup>.

La acción de declaración de incumplimiento del convenio tiene carácter resolutorio del convenio (como negocio jurídico contractual que es). La resolución del convenio supone «el resurgimiento de los créditos, que vuelven al estado que tenían antes de la aprobación judicial del convenio... para poder participar en la liquidación concursal. Ahora bien, la eficacia desaparece solo con respecto a las quitas parciales y a las esperas... En cambio, no desaparecen el resto de negocios contenidos del convenio que tengan que ver con la reestructuración del pasivo [como daciones en pago o enajenaciones a tercero de unidades productivas]...»<sup>33</sup>.

Solo si tales negocios se hicieron en contravención de medidas limitativas de las facultades patrimoniales del deudor concursado, *que son medidas aseguradoras del cumplimiento de los términos del convenio*, podrán ser declarados ineficaces lográndose la reintegración de los bienes a la masa activa del concurso.

De manera que no habiéndose establecido tales medidas, si dichos negocios se realizaron en cumplimiento del contenido normativo del convenio (pero incumpliendo sus precisos términos), el adquirente del concursado no podrá verse afectado por la resolución del convenio, pues adquirió el *verus dominus*, *siendo el convenio concursal (que es convenio de masa)*, res inter alios acta.

Se trata de una consecuencia de la relatividad del contrato (sin perjuicio del ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, basada en el fraude, o de la acción rescisoria concursal, basada en el perjuicio).

La única manera, pues, *de que los estrictos términos del convenio, en cuanto al modo y forma en que han de verificarse los contratos previstos en el mismo, perjudique al tercer adquirente (o acreedor adquirente) es imponiendo al concursado prohibiciones y limitaciones a sus facultades patrimoniales aseguradoras de tales términos, y dándoles la correspondiente publicidad registral*, pues de lo contrario,

como hemos indicado antes, podrían surgir terceros hipotecarios frente a las prohibiciones o limitaciones no inscritas (arts. 34 y 37 LH). *De ahí la importancia del tracto sucesivo para hacer realidad las previsiones de publicidad de los arts. 132 y 137 LC.*

## VI. CONCLUSIONES

I. La mención, en el asiento de inscripción del adquirente del concursado, de las medidas limitativas o prohibitivas impuestas al concursado en el convenio no responde al sistema de publicidad y oponibilidad a terceros previsto por el artículo 137 LC para dichas medidas.

II. La exigencia de previa constancia de la sentencia aprobatoria del convenio y del contenido de este con trascendencia jurídico real, para la inscripción de los actos otorgados por el concursado convenido, favorece la seguridad jurídica y la calificación registral, responde a los principios de prioridad y especialidad y permite dar cumplimiento a la exigencia de que al Registro acceda todo lo que es posible según lo que en el mismo Registro consta.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 7 de noviembre de 2017
- STS de 3 de mayo de 2017
- ATS de 24 de enero de 2012
- AAP de Alicante (Sección 8.<sup>a</sup>), de 19 de julio de 2011
- RDGRN de 2 de octubre de 2009
- RDGRN de 13 de octubre de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 27 de febrero de 2012
- RDGRN de 18 de abril de 2012
- RDGRN de 8 de abril de 2013
- RDGRN de 13 de diciembre de 2013
- RDGRN de 8 de junio de 2015

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Barcelona: Librería Bosch, S. L.
- CÁBANAS TREJO, R. (2012). Convenio concursal y Registro de la Propiedad (RDGRN de 27 de febrero de 2012) en *Diario La Ley*, núm. 7883, 1-22 (formato electrónico PDF).
- CANO MARCO F. y MARTÍN MARTÍN, A.J. (coord.). (2016). *Manual de Buenas prácticas concursales y registrales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- CURIEL, F. (2004). *Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad*. Colegio de Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.
- DÍAZ REVORIO, E. (2016). Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 39, 149-200.
- GALEOTE MUÑOZ, M.<sup>a</sup> del P. (2010). El sistema de publicidad de las resoluciones concursales en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, 277-306.

- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2011). *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tomo II. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2016). Derechos reales y concurso de acreedores (1) en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 25, 1-14 (formato electrónico).
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2017) (1). Comentario al artículo 111 LC. Auto de apertura y convocatoria de la Junta de acreedores. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer (1370-1374).
- 2017 (2). Comentario al artículo 132 LC. Publicidad de la sentencia aprobatoria. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer (1485).
- 2017 (3). Comentario al artículo 134 LC. Extensión subjetiva. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer (1496-1504).
- 2017 (4). Comentario al artículo 136 LC. Eficacia novatoria. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer (1507-1510).
- 2017 (5). Comentario al artículo 137 LC. Facultades patrimoniales del concursado convenido. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer (1510-1514).
- 2017 (6). Comentario al artículo 140 LC. Incumplimiento. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer (1527-1535).
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2017). La anotación preventiva de concurso en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm., 763, 2724-2749.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2017). *Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Derechos reales e hipotecario*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- PAU PEDRÓN, A. (2015) (1). Procedimiento concursal y Registro de la Propiedad. <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinaregistralt/estudios/procedimiento-concursal-y-registro-de-la-propiedad/> 1-38.
- 2015 (2). Procedimiento concursal y el Registro de la Propiedad. En: A. Rojo y A. Belén Campuzano (coord.). *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: Liber amicorum*. Vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch, (2299-2359).
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2015). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## NOTAS

<sup>1</sup> Artículo 162 LC: «1. Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. 2. Quienes hubieren recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente».

<sup>2</sup> Artículo 434.6 RH: «Del propio modo, en las notas de despacho se hará constar sucintamente el carácter o modalidad del asiento practicado cuando difiera de lo solicitado o pretendido en el título».

<sup>3</sup> CABANAS TREJO, 2012, 4.

<sup>4</sup> CABANAS TREJO, 2012, 8-12.

<sup>5</sup> Aunque no se hizo constar en la nota simple informativa remitida por el Registro a la Notaría la situación de concurso de la transmitente que hacía la dación en pago, el dato constaba en los libros del Registro por una inscripción anterior (practicada en el folio del edificio en construcción y dividido horizontalmente). Igualmente constaba la aprobación del convenio anticipado de acreedores, el cese de los efectos de la declaración de concurso y de los administradores concursales. El registrador quiso inscribir previamente a la dación en pago de la vivienda, *el contenido del convenio*, por si en este figuraban medidas prohibitivas o limitativas impuestas al concursado (CABANAS TREJO, 2012, 15).

<sup>6</sup> CABANAS TREJO, 2012, 13-14.

<sup>7</sup> El artículo 109.2.2.º LC indica que «la sentencia se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento y se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 de esta Ley».

<sup>8</sup> El artículo 132 LC indica que «se dará a la sentencia por la que se apruebe el convenio la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de esta Ley».

<sup>9</sup> Dicho auto cierra la fase común, ordena la formación de la sección quinta, relativa al convenio y/o liquidación, la convocatoria de la Junta de acreedores o que se proceda a la tramitación escrita del convenio (*Vid.*, GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (1), 1370-1374). Artículo 112 LC: «Declarada la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común del concurso en el título III de esta Ley». Así, los artículos 40 y 43 LC. En la doctrina, GARCÍA GARCÍA ha defendido la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio como obligatoria, considerando que el registrador (aunque no lo exija la Ley), debe pedir la aportación del convenio a efectos registrales para comprobar la existencia o no de medidas prohibitivas o limitativas y proceder a su inscripción conforme al artículo 137.2 LC (GARCÍA GARCÍA, 2011, 4144; citado por CABANAS TREJO, 2012, nota 11).

<sup>10</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (4), 1509-1510.

<sup>11</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (3), 1497.

<sup>12</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (2), 1485.

<sup>13</sup> PAU PEDRÓN, 2015 (1), 13.

<sup>14</sup> GÓMEZ GÁLIGO, 2016, 6. *Vid.*, sobre la naturaleza jurídica de las limitaciones impuestas al concursado por el auto declaratorio del concurso y la inaplicación del principio de prioridad, *op.*, *cit.*, 2-4).

<sup>15</sup> En nuestra opinión, las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de disponer y administrar (JIMÉNEZ PARÍS, 2017). Considerando que la declaración de concurso afecta a la situación subjetiva del titular registral y que la anotación de concurso es similar a la inscripción de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 LH, *vid.*, RDGRN de 26 de enero de 2012 y STS de 7 de noviembre de 2017.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 114.

<sup>17</sup> Aunque esta RDGRN hace dicha declaración, lo cierto es que su tenor general sigue la línea marcada por la RDGRN de 27 de febrero de 2012 en cuanto a no ser precisa la previa inscripción del convenio registral para la inscripción de una dación en pago posterior al convenio. Señala literalmente la resolución «...se plantea la cuestión de si el convenio debe ser previamente inscrito en el Registro de la Propiedad como condición previa para que pueda seguidamente inscribirse la dación en pago, debe partirse, según lo indicado en el fundamento jurídico anterior, de la existencia del convenio aprobado [reseñado en la escritura] pero sin que conste cual sea su contenido. Enfocada así la cuestión, es decir, como un problema de previa inscripción del convenio o tracto sucesivo, no procede confirmar el defecto. La Ley Concursal prevé la inscripción de la sentencia de aprobación del convenio y la inscripción de las medidas de prohibición o limitación de disponer, pero no como un asiento previo indispensable para mantener la cadena del tracto sucesivo. Es, en cambio, acertado el planteamiento de la nota de calificación del registrador, cuando parte de la necesidad de la calificación del convenio y las limitaciones de las facultades de administración y disposición que puedan afectar a la dación en pago. De la escritura calificada se desprende la situación concursal de la sociedad transmitente así como que la misma se encuentra en la fase de convenio, por lo que plantea la nota calificadora la necesidad de aportación de la sentencia por la que se aprueba dicho convenio y del testimonio de este último para su calificación

simultánea con la escritura de dación en pago, a fin de determinar el contenido y alcance de la propia inscripción de la transmisión, es decir, para definir la «modalidad de asiento» a practicar a que hace referencia el párrafo sexto del artículo 434 del RH; en este caso, en relación a la constancia o no de las limitaciones a que se refiere el artículo 137.2 de la Ley Concursal, caso de que existieran, una vez calificado dicho convenio. La Ley Concursal menciona la inscripción del convenio en dos preceptos que son los artículos 132.2 y 137 de la misma. En el primero de ellos se prevé la publicidad registral de la sentencia aprobatoria del convenio y en el segundo la publicidad de las medidas prohibitivas o limitativas del convenio. *Una interpretación coordinada y coherente de ambos preceptos llevaría a la conclusión de que siempre que proceda la inscripción de una sentencia aprobatoria del convenio, debería aportarse este para evitar que la publicidad registral sea incompleta, reflejando en su caso, es decir, en el caso de que existiesen, las medidas prohibitivas o limitativas a que hace referencia el artículo 137.2, y no solo la sentencia aprobatoria del convenio.* En el caso que nos ocupa el notario hace constar en la escritura que ha tenido a la vista «testimonio de los convenios aprobados sin que en ninguno de ellos exista ningún acuerdo relativo a las fincas objeto de la escritura». Ni el testimonio de la sentencia ni el del convenio aparecen trasladados a la copia presentada. Tampoco consta el contenido del convenio en la diligencia de constancia a que se refiere el anterior fundamento jurídico de esta resolución. Aquella escueta reseña que hace el notario autorizante no puede considerarse ni testimonio por exhibición ni siquiera testimonio en relación, sino mera referencia de los documentos que se le han exhibido, y que no permiten al registrador ejercitar su función calificadora respecto al contenido del convenio. El registrador tiene que calificar si existen o no medidas prohibitivas o limitativas que pudieran afectar al ejercicio de la acción de reintegración respecto de la dación en pago, y de existir tiene que reflejarlas en el asiento respectivo. En otro caso, quedaría inscrita una dación en pago sin advertencia alguna sobre si el contenido del convenio afecta o no a la reintegración de la misma, lo que forzosamente repercute en la «modalidad» del asiento a practicar, pues a los efectos de la acción de reintegración, no es lo mismo practicar una dación en pago con o sin limitaciones (según resulten o no del convenio), y tampoco sus consecuencias visto lo dispuesto en el artículo 137.2 de la Ley Concursal, cuyo objetivo no es solo dar a conocer a los terceros las medidas prohibitivas o limitativas, sino evitar que pueda llegar a surgir un tercero del artículo 34 de la LH que impidiese el ejercicio de la acción de reintegración que resulta del 137.2 de la ley citada. *Procede en consecuencia no atender los argumentos del registrador relativos al tracto sucesivo y compartir los que recoge respecto a la constancia registral, previa calificación en su caso, de sus medidas prohibitivas y limitativas en relación con la modalidad de asiento a practicar a efectos de terceros y de la acción de reintegración del artículo 137.2 de la LC; y concretamente sobre la necesidad de aportación del convenio, no para su inscripción previa o separada o por la obligatoriedad de esta, sino para la comprobación de si se articularon medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración o disposición; y, por tanto, para su constancia registral solo en el supuesto de que tales medidas prohibitivas o limitativas resultaran del convenio (sin que de existir tales medidas impidan la inscripción, sin perjuicio de modalizar el contenido de la inscripción que ha de hacerse de la misma, según lo indicado).*»

<sup>18</sup> Esta idea puede apoyarse en el AAP de Alicante (Sección 8.ª), de 19 de julio de 2011, que revoca la resolución del Juzgado Mercantil. Este había desestimado la solicitud de las concursadas por la que se instaba al Juzgado a librar mandamiento al Registro de la Propiedad con el fin de anotar en determinadas fincas registrales la sentencia aprobatoria del convenio. El Juzgado se había negado a tal solicitud por entender que aún no había concluido el concurso y que inscrito el convenio y, por lo tanto, desinscritas las limitaciones impuestas al concursado por el auto declaratorio del concurso, ante una enajenación de las fincas podría surgir un tercero del artículo 34 LH que no fuese afectado por la resolución del convenio en caso de incumplimiento. *La Audiencia revoca esta resolución por entender que el artículo 132 LC ordena dar la misma publicidad establecida en el artículo 24.4 LC para el auto declaratorio del concurso, que así la publicidad registral de los bienes de las concursadas concuerda con la situación procesal del concurso donde se ha aprobado el convenio; y porque anotada la declaración de concurso en las fincas registrales, «tiene sentido que se publique la aprobación del convenio pues con el mismo, según el artículo 133.2 LC, desaparecen los efectos*

de la declaración de concurso (entre ellos la limitación de las facultades de administración y disposición de las concursadas) y se produce la cesación en el cargo de los administradores concursales pues no consta en el convenio que se hubiera encomendado a aquellos la realización de determinadas funciones hasta su íntegro cumplimiento». Por otro lado, indica la sentencia, el riesgo del surgimiento de un tercero hipotecario frente a la resolución del convenio, *«puede evitarse mediante el establecimiento en el convenio de medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, las cuales serían inscribibles en el Registro de la Propiedad como expresa el artículo 137 LC. En nuestro caso, al no haberse establecido en el convenio ninguna medida prohibitiva o limitativa a las concursadas no puede el Juez de oficio impedir que se inscriba la sentencia de aprobación del convenio en los folios correspondientes a las fincas registrales para tratar de evitar lo que los acreedores pudieron haber establecido en el convenio y no lo hicieron»*.

<sup>19</sup> Cfr., RDGRN de 2 de octubre de 2009.

<sup>20</sup> Como señalan SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, la exigencia de tracto del artículo 20 LH debe entenderse referida no solo a la inscripción o anotación de títulos sino a la registración de cualquier acto inscribible, ya sea voluntario, ya sea emanado de un procedimiento judicial o administrativo (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 114-115). Como señala PAU PEDRÓN, con cita de la RDGRN de 8 de abril de 2013 y del ATS de 24 de enero de 2012, aprobado el convenio es posible practicar anotaciones de embargo ordenadas por Juzgados o Administraciones diversos del juez del concurso (PAU PEDRÓN, 2015 (1), 27-28). Pero la práctica de tales anotaciones de embargo también requeriría la previa apertura del Registro por la inscripción de la sentencia que aprueba el convenio.

<sup>21</sup> Apoya esta idea la RDGRN de 13 de diciembre de 2013 que, aparte de seguir la línea marcada por las RRDGRN de 27 de febrero de 2012 y 18 de abril de 2012, señala igualmente que *«aprobado el convenio por sentencia, y practicada su inscripción, no procede la cancelación por mandamiento judicial de la anotación de concurso, ni a fortiori una actuación de oficio del registrador en tal sentido*. Pues la existencia de un convenio aprobado no pone fin al procedimiento que solo finaliza cuando así lo declare el propio juez de lo mercantil por auto en el que se declare su cumplimiento (art. 176 LC). Además, vigente el convenio puede instarse la acción de incumplimiento (art. 140 LC), lo que puede conllevar su resolución y la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143 LC). Por otro lado, incluso en ausencia de medidas limitativas o prohibitivas del artículo 137 LC, algunos de los efectos de la fase común del concurso previstos en el Título III de la LC subsisten y se extienden a la fase de convenio, algunos de ellos con indudable trascendencia registral (así, puede continuar la paralización de la ejecución si se estableció en el convenio y fue aceptado por el acreedor hipotecario), las ejecuciones hipotecarias que se reanuden siguen siendo competencia del juez del concurso en tanto no conste la conclusión del concurso (art. 57 y 176 LC). Igualmente continúan otros efectos como la suspensión del devengo de intereses (art. 59 LC), la interrupción de la prescripción de las acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración, que según el artículo 60.1 LC se extiende desde la declaración de concurso hasta su conclusión o las limitaciones respecto a las daciones en pago que impone el artículo 100.3 LC durante la fase de convenio. Por todo ello, la aprobación del convenio no puede comportar la cancelación de la anotación o inscripción de la declaración de concurso (RDGRN de 13 de octubre de 2011).

<sup>22</sup> Cfr., O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2017, 360. Artículo 29 LH: *«La fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial»*. De acuerdo con el artículo 98 LH: *«Los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada y los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el registrador a instancia de parte interesada»*. Artículo 353.3 RH: *«Las menciones, derechos, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la LH, no se comprenderán en la certificación. A este efecto, se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación, y se practicará mediante extensión de la correspondiente*

*nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquella. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.* Si la solicitud de certificación se realiza por quien no es titular de la finca o derecho, o cuando el asiento a practicar no sea de inscripción, el registrador advertirá al solicitante o presentante antes del despacho de la certificación o de practicar el asiento que estos darán lugar a la cancelación de las cargas caducadas conforme a lo dispuesto en este artículo».

<sup>23</sup> El principio de especialidad exigiría que en el Registro constase algo más que el arrastre de la carga del concurso para que la rescindibilidad del acto contrario al convenio afectase a tercero hipotecario. Con tal arrastre, la causa de rescisión no figura en los libros y el tercero subadquirente podría alegar en tal sentido. En cambio, si la medida prohibitiva o limitativa figura inscrita en asiento independiente, el Registro publica la causa de la resolución (mejor, rescisión) y por ello no puede surgir un tercero hipotecario (arts. 32, 34 y 37 LH).

<sup>24</sup> CABANAS TREJO, 2012, 4-5.

<sup>25</sup> ALBALADEJO, 2002, 274-275.

<sup>26</sup> Al igual que ocurre con el arrendamiento (art. 2.5 LH) o con la opción de compra (art. 14 RH).

<sup>27</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ considera que «su naturaleza puede ser la de verdaderas prohibiciones que afectan a la *eficacia* del acto, igual que ocurre con la suspensión y la intervención. La diferencia con estas últimas está en que el acto contrario despliega sus efectos mientras no se haga valer la ineficacia judicial o extrajudicialmente»... «La inscripción no es necesaria para la validez o existencia de las medidas, pero la falta de inscripción hace que no perjudiquen a terceros de buena fe. En todo caso la inscripción no impide el acceso a los registros públicos de los actos contrarios» [GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (5), 1512].

<sup>28</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (5), 1511-1512.

<sup>29</sup> Tras la aprobación del convenio, el concursado recupera su actividad profesional o empresarial; puede contraer nuevas obligaciones y puede haber ejecuciones por créditos contra la masa o privilegiados no sujetos a convenio. En este sentido se pronuncia la RD-GRN de 8 de junio de 2015. Señala la DGRN que del sentido gramatical del artículo 133 LC resulta que la aprobación del convenio implica la sustitución de los efectos de suspensión o intervención en las facultades del concursado propias de la declaración de concurso por las previsiones establecidas, en su caso, en el propio convenio, las cuales no pueden exceder de quitas, esperas u otras medidas, puesto que las que pudieran afectar a la capacidad o al poder de disposición propio del concursado no suponen un cierre del registro a tenor del artículo 137 LC. Es decir, aprobado el convenio, resulta de aplicación plena y sin las ataduras del concurso la responsabilidad patrimonial universal, aunque sin que ello pueda suponer, en principio, perjuicio alguno para los acuerdos alcanzados en sede concursal, cuyo reflejo registral no se elimina de los bienes inscritos a nombre del concursado. *Por lo tanto, aprobado el convenio, quedan superados los efectos del artículo 55 LC ligados a la declaración de concurso, y de ahí que sea posible practicar la anotación de un embargo tanto por créditos privilegiados no afectados por el convenio como por créditos contraídos con posterioridad a la declaración de concurso, sin perjuicio de la protección del cumplimiento del convenio, que queda reforzada puesto que la práctica de la anotación de embargo no implica la cancelación de la constancia registral de la situación de concurso y de la aprobación de convenio. «De esta manera, las actuaciones o ejecuciones llevadas a cabo, bien cumpliendo las estipulaciones del convenio, bien cuando se amparen en la exclusión del mismo a dicha actuación (como ocurre en el caso de los créditos privilegiados no adheridos al convenio) o cuando se encuentren justificadas por créditos contra la masa nacidos después de la declaración del concurso, son perfectamente válidas y no requieren la intervención del juez de lo mercantil pudiendo llevarse a cabo por vía de apremio ordinario o administrativo dentro de los parámetros normales de competencia judicial o administrativa del órgano ejecutivo que en cada caso corresponda», pudiendo procederse a practicar anotaciones de embargo en el folio de las fincas pertenecientes a la concursada.* Artículo 142.2 LC: «El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. Si el deudor no solicitara la liquidación

durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4. Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 y resolverá el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación».

<sup>30</sup> CABANAS TREJO considera que la acción de reintegración de la masa de que habla el artículo 137.2 LC no es una acción cuyo presupuesto de ejercicio sea la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el convenio, sino la acción de reintegración del artículo 71 LC (que exigiría el perjuicio para la masa) o la acción revocatoria o pauliana del artículo 1111 (que exigiría el fraude). Por eso señala que para que el adquirente del concursado quede afectado por tales acciones, basta la concurrencia *del supuesto de hecho (perjuicio o fraude)* de la correspondiente acción (y no la *mera infracción* de unas medidas limitativas o prohibitivas impuestas en el convenio, *que como tal no le afectan*, al no tener la condición de acreedor concursal (y parte en el convenio) y tener aquellas una naturaleza personal, salvo que consten inscritas previamente (oponibilidad *erga omnes*). Ahora bien, para evitar el surgimiento de un tercer subadquirente posterior, protegido por la fe pública registral (art. 73.2 LC y 34 y 37 LH), sí sería precisa la inscripción de tales medidas, pues la mera constancia registral de la situación concursal (inscripción de concurso del art. 24.4 LC) no bastaría para que las acciones mencionadas pudieran oponérsele, dado «el efecto recuperador de la normalidad gestora que tiene la aprobación del convenio, sobre todo en la perspectiva de la LC de ser un convenio de continuación». Por ello el artículo 137.2 LC señala que la inscripción (facultativa) de tales medidas producirá el efecto de que la acción de reintegración de la masa que, *en su caso*, se ejercite, *si hay perjuicio o fraude*, con independencia de que se hayan cumplido o no tales medidas, perjudique a *cualquier titular registral*. Si tales medidas no se inscriben, entonces habrá que aplicar las reglas generales sobre la situación subjetiva del subadquirente posterior (art. 34 y 37 LH). *El artículo 137.2 LC parte, pues, de la posibilidad de que la publicidad de la situación de convenio no sea íntegra y por lo tanto, que pueda aparecer un tercero protegido por la institución registral* (CABANAS TREJO, 2012, 4-7).

<sup>31</sup> Cfr.: PAU PEDRÓN, 2015 (1), 15 y GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (5), 513.

<sup>32</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (5), 1513. La acción de reintegración podría ejercitarse, vigente el convenio, si se hubiese establecido en aquel un órgano legitimado para ello. Si no existiera, sería preciso promover primero la declaración de incumplimiento del convenio y, una vez abierta la liquidación, que la administración concursal ejercitase la acción de reintegración (Ibidem).

<sup>33</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (6), 1532-1533.