

4. NO PUEDE EXTENDERSE UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE QUIEBRA, SI LA FINCA ESTÁ INSCRITA YA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL QUEBRADO EN EL MOMENTO DE PRESENTARSE EL MANDAMIENTO, NI SIQUIERA COMO REFERIDA EXCLUSIVAMENTE A LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA FECHA A QUE SE RETROTRAYERON LOS EFECTOS DE LA QUIEBRA, AUN CUANDO EN TAL FECHA SÍ FIGURASE INSCRITA LA FINCA A NOMBRE DEL QUEBRADO. LA NOTA CALIFICADORA, CONFIRMADA POR LA DIRECCIÓN, ESTIMÓ SUBSANABLE EL DEFECTO.

Resolución de 24 de enero de 1979 (B. O. del E. de 21 de febrero).

Antecedentes de hecho.—En virtud del auto del Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Mula, de fecha 9 de febrero de 1977, se declaró en estado de quiebra necesaria a don Francisco Sánchez Espín, mayor de edad, casado, industrial y vecino de Barcelona, con domicilio en Conde de Güell, 42, ordenando la inscripción de la declaración de quiebra en el Registro de la Propiedad en el libro de inscripciones, con expresión de la fecha señalada provisionalmente para la retroacción, y al mismo tiempo la anotación preventiva de la declaración de quiebra referida en las hojas registrales relativas a determinadas fincas del quebrado, si es que figuraban a su nombre o de la sociedad conyugal en la fecha de retroacción señalada provisionalmente.

Presentado mandamiento del referido auto en el Registro de la Propiedad de Mula, a los efectos de hacer constar la anotación preventiva de referencia en relación con determinadas fincas reseñadas en el precitado auto, fue objeto de nota de calificación del tenor literal siguiente: «Inscrita la declaración legal del estado de quiebra necesaria de don Francisco Sánchez Espín, e inhabilitación del mismo para la libre administración y disposición de sus bienes, a que se refiere el precedente documento, en el libro 2.º de incapacitados, al folio 7, por su inscripción 8.ª, y suspendida la anotación preventiva de la declaración de quiebra en las hojas registrales de las fincas que en el mismo se relacionan, por observarse los defectos subsanables siguientes: a) aparecer actualmente inscritas las citadas fincas a nombre de persona distinta al declarado en estado de quiebra, y b) no consignarse los linderos de los inmuebles objeto de la anotación. No se ha practicado anotación de suspensión por no haberse solicitado».

Presentado de nuevo mandamiento del referido auto, en unión de escrito adjunto solicitando nueva calificación, el Registrador consideró subsanado el segundo de los defectos consignados en la anterior nota calificadora, confirmando el primero porque, figurando inscritas las fincas a nombre de persona distinta del quebrado, no es posible practicar el asiento de anotación preventiva mientras no se cancelen las inscripciones a favor del actual titular.

El Procurador señor Cantos Galdámez interpuso recurso gubernativo contra la segunda nota de calificación y alegó: que la Sindicatura de la quiebra, de la que ostenta representación, está legitimada para la interposición de recurso, según resulta de los artículos 19 de la Ley Hipotecaria y 111 del Reglamento para su ejecución; que se han cumplido los requisitos de procedibilidad de los artículos 134 y siguientes del Reglamento Hipotecario, así como los relativos al tiempo en que debe ser entablado; que, entrando en el fondo del asunto, indica que la calificación es incongruente, ya que lo que se ordena en el mandamiento no es la anotación de quiebra—inviable si ya o es el quebrado el titular—, sino la anotación preventiva (*) señalada provisionalmente para la retroacción, en los asientos de las fincas que a la sazón estuvieran a nombre del quebrado; que del precitado mandamiento resulta que en la fecha de retroacción figuraban los bienes a nombre del quebrado, y ahora lo están a nombre de otra persona, de lo que se deduce que el quebrado las vendió con posterioridad a la referida fecha de retroacción; que el carácter público de la quiebra no puede rebajarse hasta el extremo de que ni siquiera la fecha de retroacción pueda ser objeto de anotación preventiva; que la constancia registral de la fecha de retroacción no lesiona los intereses del actual titular registral, siendo de utilidad su consignación a efectos de publicidad respecto de quienes puedan tener relaciones jurídicas con las fincas; que la nulidad radical de los actos dispositivos del quebrado entre la fecha de retroacción declarada y la de la declaración de quiebra, pese a la Ley Hipotecaria y a la buena o mala fe del adquirente, resulta, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958; y que el carácter público de nuestro Derecho concursal abona la tesis de ser viable la constancia registral de la anotación preventiva de la fecha de retroacción, aunque al practicarse no sea ya titular registral el declarado en quiebra.

El Registrador informó: que lo ordenado en el mandamiento es la anotación preventiva de la declaración de quiebra con expresión de la fecha de retroacción, y no la anotación preventiva de la fecha de retroacción, ya que esta última—a diferencia de la primera—no encuentra apoyo en precepto alguno; que no hay incongruencia de la calificación registral respecto del mandamiento judicial, sino suspensión de la práctica del asiento de anotación preventiva y, consiguientemente, no consignación de la fecha de retroacción, ya que tal dato no es susceptible de tener acceso al Registro al haberse suspendido la práctica de la anotación; que el recurrente viene a admitir la realidad de la nota calificadora al excluir en sus alegaciones la práctica de la anotación en el supuesto de que el quebrado no sea ya titular; que las anotaciones de origen judicial que tienen acceso al Registro han de dimanar de procedimiento seguido contra

(*) Suponemos que aquí se han omitido en el texto del *Boletín Oficial del Estado* al menos las palabras: «de la fecha».

quien sea titular registral en el momento en que la anotación se practica, lo que no ocurre en el presente caso, en que el procedimiento se ha seguido no contra el titular registral actual, sino contra un titular anterior, sin demanda, citación ni audiencia del primero en el procedimiento y con clara infracción de las exigencias del principio de tracto sucesivo; que de seguir la doctrina del recurrente, la nulidad de los actos dispositivos del quebrado y, presupuesta la retroacción, alcanzaría a cualesquiera titulares registrales, incluso en el supuesto de que la declaración de quiebra no llegara a anotarse; que la fecha de retroacción fijada en el mandamiento es provisional; que en el dudoso supuesto hipotético de que la adquisición del actual titular registral fuese nula, lo que surgiría sería un supuesto de inexactitud registral, y, en consecuencia, habría que rectificar el Registro; que el Registrador carece de legitimación para decretar la nulidad de una adquisición y la consiguiente cancelación de la inscripción que la refleja, y que en este sentido se manifiesta la Resolución de 28 de febrero de 1977; que la constancia de la fecha de retroacción no puede ser objeto único de anotación preventiva, ya que es un puro dato accesorio dentro de la anotación de quiebra, y que mientras no se cancelen las inscripciones vigentes a favor del actual titular registral, no es posible practicar el asiento interesado en el mandamiento judicial.

El Juez de Primera Instancia informó: que el Registrador en su calificación es congruente con el mandamiento judicial; que el tracto sucesivo obstaculiza, en efecto, la práctica de la anotación, ya que el titular registral vigente no es el quebrado y todo ello resulta del artículo 20 de la Ley Hipotecaria; que no se puede practicar anotaciones sobre inmuebles inscritos a favor de personas no demandadas en juicio; que la nulidad del artículo 878 del Código de Comercio no es tan absoluta como para prescindir de su declaración judicial en proceso contradictorio con intervención de las partes, y agregó a las anteriores consideraciones que si al tiempo de la fecha de retroacción «los bienes sobre los que se pretendía tal anotación figuraban inscritos a favor del quebrado, es indudable que ello suponía, implícitamente, que los tales bienes también figuraban en la actualidad inscritos a nombre del quebrado».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones sustancialmente similares a las expuestas por éste.

El Procurador, señor Cantos Galdámez, interpuso recurso de apelación con relación al auto—confirmatorio de la nota del Registrador—del Presidente de la Audiencia, añadiendo a sus anteriores argumentaciones, que a pesar del carácter impropio de la anotación de la fecha de retroacción de la quiebra, es viable su constancia registral, ya que la anotación propugnada ni determina una carga real ni produce efectos de cierre del Registro.

Y la Dirección General (1) acuerda confirmar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—El problema planteado en el presente recurso consiste en determinar si puede extenderse una anotación preventiva de declaración judicial de quiebra en el supuesto de que las fincas sobre

(1) VISTOS los artículos 878, 2.º, del Código de Comercio; 20, 42, 73 y 82 de la Ley Hipotecaria; 142, 166, 4.º, y 174, 3.º, del Reglamento para su ejecución; la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958, y las Resoluciones de este Centro de 14 y 31 de diciembre de 1960 y 28 de febrero de 1977.

las que haya de practicarse estén inscritas a nombre de persona distinta del quebrado, al resultar de los libros del Registro que es otro el titular registral en el momento de presentación del mandamiento judicial; y mas concretamente, si en el anterior supuesto es posible entender que la fecha de retroacción de la quiebra tiene entidad suficiente para poder ser objeto exclusivo de una anotación preventiva, de suerte que fuera viable su práctica en estas condiciones.

El acceso de la declaración judicial de quiebra al Registro de la Propiedad se halla facilitado por los artículos 142 y 166, párrafo 4.º, del Reglamento Hipotecario, precepto este último que se refiere expresamente a las resoluciones judiciales declarativas del estado de quiebra.

En el momento de presentar el mandamiento en el Registro las fincas inscritas aparecen a nombre de persona distinta del que ha sido declarado en estado de quiebra, por lo que a la práctica se interfiere el artículo 20, 2, de la Ley Hipotecaria, que cierra los libros del Registro en los casos en que su titular sea persona distinta—como ocurre en el presente caso—de la contemplada como sujeto directamente afectado por la anotación.

A mayor abundamiento, la anotación preventiva de declaración judicial de quiebra aparece tratada en la Ley Hipotecaria como un subtipo de las anotaciones de incapacidad, y en estos supuestos y otros análogos el artículo 73 de la Ley Hipotecaria presupone la previa inscripción a favor de la persona directamente afectada por la anotación, en este caso el quebrado, sin que conste que el titular registral que proclaman como actual los asientos del Registro haya sido demandado, citado ni oído en el procedimiento, lo que no guarda paralelismo con las normas básicas procesales.

Por consiguiente, la práctica de la anotación de declaración de quiebra aparece obstaculizada por la mencionada interferencia del principio de tracto sucesivo registral, de suerte que su práctica exigiría la cancelación de la inscripción actualmente vigente y la inscripción a nombre del quebrado de las fincas afectadas, con lo que la congruencia procesal e hipotecaria de la mentada anotación no encontraría ningún obstáculo para su extinción en el Registro.

Al poner en relación los principios hipotecarios con el artículo 878, punto 2.º, del Código de Comercio, trae consigo que este último precepto no pueda ser interpretado en su sentido más radical, pues ello llevaría a cancelar automáticamente los asientos posteriores a la fecha de retroacción y relativos a actos dispositivos del quebrado; pero a la práctica de la referida cancelación se oponen preceptos que—como los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3.º, del Reglamento para su ejecución—minimizan los efectos de la retroacción en el caso que nos ocupa, al no ser firme la resolución, por lo que resulta registralmente inadecuada la postura maximalista en el supuesto discutido.

No obstante, el verdadero problema planteado en forma alternativa en el recurso es la posible práctica de una nueva y autónoma anotación preventiva, cuyo objeto exclusivo sería la sola constancia de la fecha de retroacción.

Hay que tener en cuenta que la fecha de retroacción es un mero elemento accesorio dentro de la sustantiva anotación de declaración de quiebra, por lo que no sería en sí viable su práctica, aparte de que su admisibilidad se hallaría obstaculizada por el criterio de *numerus clausus* en

materia de anotaciones preventivas, criterio avalado por el artículo 42, número 10, de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 y 31 de diciembre de 1960.

COMENTARIO.—I. El recurrente, Procurador de la Sindicatura de la quiebra, inicia el recurso sin gran entusiasmo; parece convencido de antemano de que no es posible practicar una anotación preventiva plena y normal de la declaración de quiebra en las fincas que ya no figuran inscritas a nombre del quebrado, e incluso llega a afirmar que el mandamiento no ordenaba tal cosa, a pesar de que del resultando primero parece desprenderse que se ordenó inscribir la declaración de quiebra en el Libro de incapacitados (aunque el *Boletín Oficial* diga Libro de inscripciones), con expresión de la fecha señalada provisionalmente para la retroacción, y anotar preventivamente la declaración de quiebra, con igual expresión, en los folios registrales de las fincas que figurasen inscritas a su nombre (o de su sociedad conyugal) en la indicada fecha de retroacción. Convencido, un tanto prematuramente, de que es imposible practicar la anotación de la declaración de quiebra, el recurrente pretende únicamente que se anote la fecha señalada provisionalmente para la retroacción en las fincas que estuviesen inscritas a nombre del quebrado en tal fecha, alegando el carácter público de la quiebra, que tal anotación no lesiona los intereses del titular registral y la utilidad de tal consignación a efectos de publicidad, habida cuenta de la Jurisprudencia sobre nulidad radical de los actos dispositivos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción (2).

La tímida y pesimista posición del recurrente facilita mucho el informe del Registrador, que se limita a mantener, con razón, que si la anotación de la declaración de quiebra no procede, mal puede proceder hacer constar la fecha de retroacción, y añade como argumentos, para reforzar su nota, entre otros: el principio de tracto sucesivo, puesto que el procedimiento no se ha seguido contra el titular registral; la provisionalidad de la fecha de retroacción; que si se anotase tal fecha con los efectos del principio de publicidad, la nulidad de los actos dispositivos del quebrado alcanzaría a cualesquiera titulares registrales sin anotación de la quiebra, y, por último, la doctrina de la Resolución de 28 de febrero de 1977, aunque se refiera a ella en forma poco precisa.

También el Juez mantiene que es el principio de tracto sucesivo el que obstaculiza la práctica de la anotación, que no se pueden practicar anotaciones sobre fincas inscritas a favor de personas no demandadas en juicio, e incluso llega a interpretar el mandamiento en el sentido de limitarse a las fincas que figurasen inscritas a nombre del quebrado en la actualidad (o sea, al expedirse o al presentarse en el Registro el mandamiento), interpretación que estimo poco segura, a la vista del resultando primero, a pesar de ser un tanto auténtica (3).

II. El primer considerando separa dos cuestiones a decidir: si cabía extender la anotación preventiva de la declaración de quiebra sobre fincas inscritas ya a nombre de persona distinta del quebrado en el momento de la presentación del mandamiento; y si, no siendo esto posible, cabía, no obstante, practicar una anotación especial dedicada exclusivamente

(2) En el escrito de apelación insiste en la posibilidad de anotar la fecha de retroacción, aunque la anotación tenga carácter impropio, porque ni determina carga real ni produce efectos de cierre.

(3) El Presidente de la Audiencia, por razones similares a las del Registrador, confirma la nota.

a hacer constar la fecha de retroacción. En rigor, la primera de estas cuestiones estaba ya decidida por ser coincidentes las opiniones del Registrador y del recurrente y, sin embargo, la mayor parte de los considerandos van dedicados a esta primera cuestión, para remachar la imposibilidad que el recurrente mismo reconocía. Dado este reconocimiento, los considerandos segundo al sexto se limitan a: citar la normativa de la publicidad registral de la declaración de quiebra (segundo); indicar la interferencia del artículo 20, 2, de la ley que cierra el Registro cuando la finca no está inscrita a nombre del afectado por la anotación (tercero); recordar la doctrina recogida por el artículo 73 de la ley, como consecuencia de la necesidad de que el procedimiento se haya seguido contra el titular registral (cuarto); insistir en el obstáculo que el principio de tracto representa, en tanto que no fuese cancelada la inscripción vigente y renaciase la inscripción a favor del quebrado (quinto), y, en fin, la imposibilidad de tal cancelación a favor del titular actual por impedirlo los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3.º, del Reglamento, que obligan a minimizar los efectos de la retroacción e impiden, en el caso contemplado, interpretar el artículo 872, 2.º, del Código de Comercio en sentido tan radical que produjese una cancelación automática de los asientos posteriores a la fecha de retroacción sin resolución judicial firme que determine tal cancelación (sexto).

Pero dando por supuesto el recurrente, y con él, también el Centro Directivo, que la anotación de la declaración de quiebra no era posible, tampoco resultaba muy complicado el resolver que no cabía practicar una anotación innominada y especial, expresa y únicamente dedicada a hacer constar la fecha de retroacción. Tal nueva y autónoma anotación preventiva (séptimo) no es viable, porque la fecha de retroacción es un mero elemento accesorio de la declaración de quiebra, y por el criterio de *numerus clausus* en materia de anotaciones, avalado por el artículo 42, 10, de la ley y las Resoluciones de 3 y 14 de diciembre de 1960 (4). No cabe, por tanto, ni anotar la declaración de quiebra ni hacer constar en el Registro la fecha de retroacción en las fincas que han sido inscritas a favor de persona distinta del quebrado al momento de la presentación del mandamiento.

III. Casi toda la argumentación del Centro Directivo para rechazar una cosa y otra descansa en el principio de tracto sucesivo (art. 20, apartado 2.º, de la ley). No estoy seguro de que sea este principio el directo y preferentemente aplicable al caso. En mi opinión, el estricto sentido

(4) Las dos Resoluciones de 1960, citadas en el vistos, sirven para robustecer la doctrina del *numerus clausus* en materia de anotaciones preventivas a la que recurren los dos últimos considerandos.

En la Resolución de 14 de diciembre de 1960 el Registrador suspendió la anotación ordenada para hacer constar la adjudicación a un padre fiduciario, y titular registral en tal concepto, de los derechos eventuales que como fideicomisario le correspondían a su hijo en la herencia de su abuelo, adjudicación efectuada como consecuencia de un ejecutivo seguido por el padre contra su hijo y en cumplimiento de la sentencia de remate y del auto de adjudicación. La suspensión se basó en no estar inscritos previamente los derechos del nieto fideicomisario y en no proceder la anotación como de embargo, y la Dirección confirmó la nota por no poderse anotar como derecho hereditario por no haber herencia indivisa, no estar definidos y ciertos los derechos del fideicomisario, no ser viable como anotación de embargo ni como cualquiera otra de ninguno de los restantes números del artículo 42 de la Ley, porque no han de practicarse otras anotaciones distintas de las establecidas concretamente, de una manera expresa en las disposiciones legales.

La Resolución de 3 de diciembre de 1960 (y no del 31 como por error consta en el *Boletín Oficial*) dispuso que no puede anotarse en base al número 10 del artículo 42 de la Ley un mandamiento expedido por un Juzgado militar especial, para garantizar los intereses del Estado, sin fundarse en una disposición específica de la Ley hipotecaria o de otra Ley que confiera el derecho a exigirla y en tanto no exista demanda contra el titular registral ante la jurisdicción ordinaria.

del principio formal de tracto sucesivo es el de exigir que conste previamente inscrito *ya* el derecho (acaso más bien el título) del transmitente; el requisito de que conste inscrito el derecho del transmitente *todavía*, por no haberse inscrito (o presentado) otro título contradictorio, debe ser reconducido al principio de prioridad formal (art. 17 de la ley) (5).

Lo que ocurre es que muchas veces los artículos 20 y 17 se solapan de manera que no es posible saber si el transmitente ha dejado *ya* de ser titular registral o si falta la registración de un título que le haga ser titular registral (otra vez), y entonces resulta indiferente rechazar la inscripción en base al artículo 17 o en base al 20 (5 bis). Pero en ciertos supuestos debe ser importante saber si el obstáculo está en el tracto sucesivo, cuyo automático juego no tiene otra válvula de escape que el artículo 103 del Reglamento, o está en la ruptura de la prioridad formal, porque ésta decae ante otros principios superiores mediante resolución judicial, y a veces mediante la propia decisión del Registrador, ante el principio de prioridad material. Creo que al resolver la cuestión en base al principio de tracto sucesivo, siempre adjetivo y formal, sin acordarse para nada del principio de prioridad, se despreció en demasía las varias fechas que habían de intervenir al plantearse el problema en torno a los principios de prioridad material, inoponibilidad y fe pública registral; en especial resulta extraño que no se aclare siquiera la cuestión de si la escritura de enajenación efectuada por el quebrado era anterior o posterior a la fecha a la que debían retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra, pues el recurrente se limita a deducir que el quebrado vendió las fincas con posterioridad a la fecha de retroacción, del hecho de que el mandamiento las suponga inscritas a nombre del quebrado en la fecha de retroacción y lo estén a nombre de otra persona al llegar el mandamiento al Registro (6).

Si planteamos el problema del recurso viendo la colisión, a resolver por el principio de prioridad, entre una resolución judicial compleja y muy especial referente a la incapacidad relativa de un titular registral, con un título traslativo del dominio otorgado por el relativamente incapaz, parece que, desde el punto de vista de la prioridad formal, deberá darse preferencia excluyente al traslativo de dominio inscrito (presentado) antes; pero si tenemos en cuenta que la declaración de quiebra lleva consigo un pronunciamiento especial y excepcional consistente en la posible

(5) En otras ocasiones he opinado que muchas veces la literalidad de la Ley no es concluyente para resolver el caso concreto prescindiendo de los principios que la informan. Concretamente el artículo 20 de nuestra Ley hipotecaria es insuficiente, en su texto, para averiguar si nuestro sistema registral establece un tracto sucesivo de derechos o un tracto sucesivo de títulos, y si impide la inscripción sólo cuando el transmitente no tiene inscrito todavía su derecho o sirve igual para rechazar la inscripción cuando el transmitente ha dejado de tener inscrito su derecho por transmisión o transmisiones distintas de la que se pretende inscribir.

(5 bis) La circunstancia de que el Registrador suspendiese la inscripción en vez de denegarla no nos demuestra que el apoyo legal estuviese en el principio de prioridad o en el de tracto sucesivo, porque la segunda nota nos demuestra que la calificación de subsanable la conecta con la posibilidad de que fuesen canceladas las inscripciones a favor del titular registral del momento de calificar. No entraremos en si esta solución era correcta o si con este criterio desaparecerían como fuentes de defecto insubsanable todos los principios registrales formales por haber una sentencia judicial que haga desaparecer el obstáculo.

(6) Aunque los supuestos son totalmente distintos y se trata de dos Resoluciones recaídas en supuestos anormales (casi patológicos) las, en parte contradictorias, de 18 de octubre de 1955 y 26 de mayo de 1965 confirman que en materia de colisiones entre un negocio traslativo y declaraciones judiciales de incapacidad o prohibición de disponer del transmitente, similares a la de nuestro caso, más que el automático juego del principio de inscripción previa del disponente es el principio de prioridad formal, en ciertos casos templado por la intervención del de prioridad material, el que procede aplicar.

determinación de una fecha, anterior a la iniciación del proceso, a partir del cual van a resultar nulos, con nulidad radical e *ipso jure*, según autorizada doctrina, los actos dispositivos del quebrado (art. 878, 2.º, del Código de Comercio), es imprescindible estudiar hasta qué punto la prioridad sustantiva, así modalizada, puede influir o prevalecer sobre la mera prioridad formal. La cuestión básica del recurso estaba, por tanto, en si la retroacción de la quiebra, que por los matices de Derecho público de este proceso excepciona gravemente los principios de prioridad y fe pública registral, ha de conducir también a una actuación especial del principio de prioridad formal que permita el asiento cautelar de anotación preventiva de la suspensión de pagos con constancia de la fecha de retroacción, aun contra el titular registral adquirente del quebrado. Dada la excepción que la retroacción de la quiebra representa en los principios hipotecarios, ¿es seguro que deba rechazarse la anotación de la quiebra si la fecha de retroacción es anterior a la inscripción y acaso a la escritura de transmisión efectuada por el quebrado? Parece que la contestación afirmativa es la correcta si la retroacción de la quiebra hubiera de detenerse en todo caso ante el tercero subadquirente, pero no es tan indudable si tenemos en cuenta la vacilante doctrina y jurisprudencia, que hace dudoso si la nulidad radical derivada de la retroacción no se detiene en el acto otorgado por el quebrado, sino que alcanza al subadquirente, que, en principio, habría de quedar protegido por la fe pública registral.

El considerando quinto parte de la idea de que es imprescindible cancelar la inscripción a favor del adquirente del quebrado para poder practicar la anotación de la declaración de quiebra, y como aquella cancelación automática sin acto o resolución expreso consintiéndola u ordenándola no es posible, tampoco podrá, consiguientemente, tomarse la anotación de la quiebra. Estamos conformes en que el Juez de oficio no podía cancelar la transmisión para que renaciese la inscripción a favor del quebrado; pero el recurrente en ningún momento pretendía esto y si solamente la constancia registral de la fecha de retroacción.

Es verdad que el camino normal para evitar la actuación de la fe pública, inscrito ya el acto del quebrado, sería la anotación preventiva de la demanda entablada contra el quebrado y su adquirente para retornar a la masa la finca enajenada; pero recuérdense las polémicas doctrinales y las vacilaciones jurisprudenciales surgidas en torno a la nulidad de pleno derecho establecida por el artículo 878, 2.º, del Código de Comercio y al procedimiento judicial para conseguir la reintegración a la masa, a falta de allanamiento privado, de los bienes enajenados por el quebrado en el período intermedio. Si, en opinión de la mayoría, tal nulidad *ipso jure* no requiere resolución judicial, ¿cuál será la demanda anotable? ¿No será la anotación de la quiebra misma, no obstante la inscripción del acto del quebrado, el asiento más congruente con tal nulidad absoluta sin necesidad de resolución judicial, para cortar la aparición de tercero protegido contra la actuación absoluta de la retroacción?

En otras palabras, podemos decir que la cuestión está en determinar si como consecuencia de que en caso de quiebra la retroacción de ésta representa una grave excepción al principio de fe pública—porque un tercero que, en principio, tenía que estar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria por adquirir del quebrado cuando aún no es quebrado, deja de estar protegido porque el Código de Comercio admite una espe-

cial resolución judicial que lleva consigo una anormal retroactividad (no obstante ser en principio constitutiva)—, tal grave excepción al principio de fe pública ha de desembocar también en una anormal y excepcional actuación del principio de prioridad formal (o de tracto sucesivo si se prefiere), de tal manera que se admita la anotación de la quiebra a pesar de estar ya inscrito el acto (nulo, con nulidad absoluta) otorgado por el quebrado después de la fecha de retroacción.

Si los principios de prioridad o de tracto deben sufrir excepciones paralelas y congruentes con las que el de fe pública sufre en la retroacción de la quiebra, para que la publicidad registral recobre su equilibrio, el recurrente tenía razón. La publicidad registral de la declaración de quiebra con su fecha de retroacción, efectuada excepcionalmente, a pesar de no estar la finca inscrita y a favor del quebrado, no tendría virtualidad suficiente para cancelar los asientos de las transmisiones del quebrado, aunque éstas sean nulas de pleno derecho, pero sí la tendría para operar sus efectos propios: cortar la actuación del principio de fe pública registral.

IV. En cierto modo, tal posibilidad nos conduce a la vieja polémica entre HERMIDA y ROCA SASTRE sobre los efectos de las inscripciones de incapacidad en cuanto lo más sustancial de tal polémica consistía en si el efecto básico de tales inscripciones debe centrarse en el cierre registral o en el de obstaculizar la actuación de los principios de inoponibilidad y fe pública. La reconducción de esta polémica al tema de la quiebra ya fue profetizada por GINÉS CÁNOVAS.

A primera vista la polémica HERMIDA-ROCA sobre las inscripciones de incapacidad es un ejemplo de bizantinismo jurídico, pues parece que terminan por estar diciendo lo mismo en la práctica. No obstante es imprescindible recordarla porque, en nuestro caso, pueden tener importancia algunas consecuencias que ellos no llegaron a extraer de su controversia. La discusión se centraba en si el efecto básico de la inscripción de incapacidad es cerrar el Registro al acto otorgado por el incapaz o registrar una causa de nulidad del mismo que venga a invertir el juego del artículo 34, impidiendo que aparezca el tercero hipotecario. La insistencia de HERMIDA (7) sirvió al menos para convencernos de que la literatura jurídica sobre las inscripciones de resoluciones judiciales de incapacidad, si no pésima, si ha sido un tanto desafortunada, de que no sólo los hipo-

(7) MARIANO HERMIDA LINARES. Publica su primer trabajo en 1952 en el número de enero, 284, página 20 de esta Revista. En él califica de pésima la literatura jurídica sobre el tema de las inscripciones de incapacidad, y después de enumerar las diversas opiniones sobre el acierto o desacierto del legislador al llevar al Registro de la Propiedad la publicidad de estas resoluciones judiciales, estima incomprensible que ninguno caiga en la cuenta de que la auténtica función de la inscripción y anotación de estas resoluciones no es otra que suspender los efectos del principio de publicidad. En su segundo trabajo (en el núm. 289, junio, pág. 442), también de 1952, hace un análisis más detallado de la reforma del artículo 23 (hoy 32), del que se suprime la referencia que hacía a los artículos 2 y 5 de la Ley, con lo que el principio de inoponibilidad deja de extenderse a las resoluciones de incapacidad (del apartado 4.º del art. 2.º) y se dedica principalmente a impugnar las opiniones de don JERÓNIMO y de cuantos por no puntualizar las diferencias entre incapacidades naturales e incapacidades constituidas por resolución judicial condujeron a la reforma, y a insistir en que la función básica de las inscripciones y anotaciones de incapacidad es excluir la actuación de la fe pública. En 1955, en esta misma Revista (pág. 1 del núm. 320-321), replica extensamente a ROCA con argumentos de consistencia varia, a pesar de lo cual podemos concluir que la discusión queda en tablas porque, en definitiva, el fondo de la cuestión, que no puede desconectarse de los efectos de las varias resoluciones judiciales de incapacidad, no resulta directamente removido. La tesis de HERMIDA puede ser más cómodamente estudiada en las páginas 61 y ss., 69 y ss., 109 y ss., y 224 y ss. de la publicación *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1973, en la que se recogen los principales trabajos de HERMIDA.

tecaristas sino los civilistas descuidan la rica casuística de incapacidades y la separación de las naturales de las que requieren una declaración judicial y dentro de éstas, aquéllas en que la declaración judicial previa y específica es requisito para la nulidad del acto del incapaz y aquellas en que esta nulidad puede declararse aun sin previa incapacitación judicial. También nos demostró que la reforma del artículo 32 en la última reforma hipotecaria fue más trascendental y poco meditada de lo que parece. Pero ROCA SASTRE, con la rapidez y contundencia que en todo momento empleó con cualquier opinión que intentase repriminar el originario artículo 23 de la Ley y su principio de inoponibilidad, y por ello hiciese vacilar su monolítica y unitaria construcción del tercero subadquirente, contestó a HERMIDA en la edición de 1954 con los argumentos que, por sobradamente conocidos, consideramos innecesarios repetir y que él mismo repite sin alteración en la edición de 1968, a pesar de la última insistencia de HERMIDA en trabajo de 1955 (8).

Siendo el estado de quiebra un supuesto de incapacidad relativa (9), parece lógico que en la polémica a que nos referimos se hubiese llegado a plantear nuestro problema, pues precisamente la redacción del artículo 32 antiguo, incluyendo en el principio de inoponibilidad las resoluciones judiciales de incapacidad, proporcionaban un decidido texto legal que podía desvirtuar cualquier interpretación excesiva del artículo 878 del Código de Comercio. Pero HERMIDA no llegó a relacionar claramente su tesis sobre los asientos de incapacidad como obstativos del principio de publicidad o fe pública con la retroacción de la quiebra. En cambio, GINÉS CÁNOVAS sí tuvo un afortunado pasaje en el que parece profetizar la, para los principios hipotecarios, desgraciada sentencia de 17 de marzo de 1958; aquel en que dice que «por falta de claridad en la exposición del problema por don Jerónimo y sus seguidores, se llegó en la última reforma (la del 1944-46) a la supresión, después de ochenta y tres años de vigencia, del artículo 23 de la anterior ley, sin reparar en los perniciosos efectos jurídicos que pudiera acarrear, como el de la retroacción de la quiebra, por ejemplo, del artículo 878 del Código de Comercio (10).

V. Colocándonos de parte de los principios registrales frente a las interpretaciones o posturas que el considerando 6.º llama maximalistas en torno al artículo 878, 2.º, del Código de Comercio, sólo alabanzas debe merecernos la Resolución. Puede decirse que se mantiene en la misma línea de la Resolución de 28 de febrero de 1977, tendente a defender al tráfico inmobiliario y al tercero de los excesos del principio de retroacti-

(8) La impugnación de ROCA a la tesis de HERMIDA puede verse en la edición sexta de su *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 1.º, págs. 108 a 116, cuando estudia los efectos de las inscripciones de las declaraciones judiciales de incapacidad. Pero los pasajes de dicha obra y edición que más directamente afectan al problema de nuestro caso, o sea, a las relaciones de la retroacción de la quiebra y la publicidad de ésta con los principios hipotecarios, principalmente con el de fe pública, son además las páginas 632 y ss. del tomo I y las págs. 878 del tomo II.

(9) No es ocasión de entrar en las discusiones sobre si la quiebra, el concurso y la suspensión de pagos son incapacidades relativas o sólo producen prohibiciones de disponer, a pesar de que probablemente la comparación de legislaciones en este punto nos hubiera clarificado mucho el tema de la publicidad de las resoluciones judiciales de incapacitación y de las dictadas en los procesos de ejecución universal.

(10) Este pasaje de GINÉS CÁNOVAS puede encontrarse en su Comentario en esta Revista de la Resolución de 27 de junio de 1953 (núm. de febrero de 1954, págs. 129 y ss.), comentario muy útil para conocer la situación en que se encontraba el tema de las inscripciones de incapacidad y sus efectos respecto de tercero a raíz de los trabajos de HERMIDA, y nos demuestra las vacilaciones que siempre han existido en torno a esta cuestión.

vidad de la quiebra (11). Lo discutible es que debamos considerar suficientes los considerandos de la Resolución para desvirtuar esa doctrina y jurisprudencia maximalista, que casi puede estimarse dominante, y que no duda en sacrificar y postergar los principios hipotecarios a la supuesta nulidad radical e *ipso jure* de los actos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción, así como también a las adquisiciones de los terceros subadquirentes, en alguna sentencia.

La cuestión planteada en el recurso no puede estimarse resuelta sin partir de lo que deba decidirse sobre el tratamiento que ha de darse a las transmisiones inmobiliarias efectuadas por el que contrató con el quebrado después de la fecha de retroacción cuando no hay publicidad registral ninguna de la situación de quiebra al mometo de realizarse (¿o inscribirse?) tales transmisiones. Es claro que cuando la Resolución impide anotar la quiebra si la finca ya no está inscrita a favor del quebrado, parece estar permitiendo que prevalezcan los principios hipotecarios sobre la retroacción de la quiebra al menos respecto a los subadquirentes. Al mantener el principio de prioridad formal (o si se prefiere el de tracto sucesivo) ordenando rechazar la anotación, parece pretender que no puedan aparecer obstáculos para la protección del principio de fe pública al tercero subadquirente. Pero lo dudoso es que esto deba ser así sin antes erradicar la tendencia jurisprudencial que niega la protección registral del subadquirente frente a la retroacción; bien, en todo caso, cualquiera que sea su título y tenga o no mala fe, como hizo la Sentencia de 17 de marzo de 1958, o bien la concede sólo al adquirente a título oneroso y de buena fe, como hacen otras sentencias y opinan la mayoría de los tratadistas.

Por otra parte, si la protección del subadquirente ha de depender de su buena fe, cabe preguntarse sobre qué ha de versar la mala fe, porque lo decisivo no será conocer la quiebra del transmitente a su transmitente, sino el complejo juego de fechas de la retroacción, del acto del quebrado y acaso de su registración. Y siendo así parece que el medio más idóneo es permitir la publicidad de la quiebra, no obstante resultar inscrita ya la enajenación efectuada por el quebrado, lo que permite la cognoscibilidad legal de la causa que va a originar que la nulidad «ex artículo 878» alcance incluso al subadquirente.

De los preceptos y jurisprudencia citados en el Visto queremos destacar y criticar la referencia a la sentencia de 17 de marzo de 1958, pues en cierto sentido resulta inoportuno su cita (12). En esta sentencia el Tribunal Supremo acogió la postura maximalista y la interpretación más radical del artículo 878, punto 2.º, del Código de Comercio, que precisamente trata de rechazar el considerando sexto de la Resolución. No voy a entrar detalladamente en esta sentencia, minuciosamente analizada por

(11) La Resolución de 28 de febrero de 1977, citada en el vistos, viene a robustecer la tesis del mantenimiento de los principios registrales básicos contra los excesos jurisprudenciales que pretenden extender indiscriminadamente la nulidad absoluta y de pleno derecho de los actos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción incluso frente a cualquier tercero subadquirente de buena fe. Aunque el supuesto de esta Resolución es muy distinto al de la que comento, estimo imprescindible su lectura, y para evitar repeticiones me remito a mi comentario en esta Revista (*).

(12) La cita del artículo 878, 2.º, del Código de Comercio era obligada a pesar de que la Resolución viene a apoyarse en la interpretación de este precepto menos favorable a la retroacción de la quiebra. Menos imprescindible era la referencia al artículo 82 de la Ley y 174, 3.º, del Reglamento porque el recurrente no pretendía obtener la cancelación de la inscripción practicada a favor del adquirente del quebrado.

(*) Número 524, enero-febrero de 1978, págs. 75 y ss. la reseña y 80 y ss. el comentario.

OLIVENCIA (13) y MENCHEN (14) y manejada en mi Comentario a la Resolución de 28 de febrero de 1977. Acaso la cita de esta sentencia en el visto se haga sólo para mantener, con la más desfavorable para los principios hipotecarios, que la cancelación de los asientos posteriores a la fecha de retroacción no puede ser automática y requiere resolución judicial expresa y firme. Pero no se percató el considerando de que esta sentencia, al dejar inerte al tercero subadquirente de buena fe (adquirente del adquirente del quebrado), nos conduce a que sea justo para mantener en lo posible la protección registral, el admitir la anotación de la quiebra y de su fecha de retroacción aun cuando se haya inscrito el título transmisivo otorgado por el quebrado después de esa fecha, precisamente para evitar que otro adquirente (subadquirente) posterior vea anulado su título en base a la retroacción de la quiebra, pero por causa que no consta en el Registro. Y he hablado del tercero subadquirente de buena fe porque parece que tenía este carácter el recurrente vencido en casación según las completas reseñas de OLIVENCIA y MENCHEN, a pesar de que ROCA afirma que la sentencia es correcta en el fondo, aunque no en la expresión literal de su argumentación. Y es que ROCA parte de que estaba anotada la providencia teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos que precedió a la quiebra; pero nada de esto resulta de los considerandos de la sentencia ni del desgraciado considerando cuarto, que hace claudicante la adquisición del tercero subadquirente porque la cancelación de la inscripción de su transmitente (a su vez adquirente del quebrado) «rompe civil e hipotecariamente el tracto sucesivo por pérdida del dominio y cancelación de la inscripción del transmitente» (!!).

Es cierto que otra sentencia de 31 de mayo de 1960, también analizada en detalle por OLIVENCIA, excluye la protección del posterior subadquirente (en el caso, un cesionario del crédito hipotecario constituido por el quebrado) por falta de buena fe, pero lo cierto es que la jurisprudencia, no menos que la doctrina, baraja un tanto confusamente como terceros ante la retroacción al adquirente del quebrado y al subadquirente y creo que no ha pasado el peligro de que la sentencia de 1958 pueda tener alguna «reprise» trágica para la protección del tercero hipotecario.

Para no repetirme me remito a mi Comentario en esta Revista a la Resolución de 28 de febrero de 1977 (15). Allí estudié someramente la doctrina que había de conducir a la exagerada sentencia de 17 de marzo de 1958, que dejó indefenso al tercero hipotecario ante la retroacción de la quiebra; destaqué la falta de coordinación del artículo 878 del Código de Comercio con la normativa de la publicidad registral y la protección del tercero hipotecario, agudizada por incertidumbre doctrinal y jurisprudencial en todas las cuestiones relativas a la retroacción de la quiebra; enumeré algunas opiniones sobre el procedimiento para la declaración de la nulidad derivada del citado precepto del Código de Comercio, sobre el carácter de provisionalidad de la determinación de la fecha de retroacción y sobre el momento en que la fecha fijada ha de estimarse intocable respecto de terceros, etcétera.

(13) MANUEL OLIVENCIA RUIZ: *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963, páginas 104 a 109.

(14) BARTOLOMÉ MENCHÉN: Comentario a la Sentencia de 17 de marzo de 1958 en esta Revista, número 374-375, julio-agosto de 1959, págs. 548 a 560. Ver también los trabajos de JOSÉ DE GIRALT, SOTILLO NAVARRO, JIMÉNEZ ESCARZAGA y F. GORÉ, citados en este comentario de MENCHÉN.

(15) Ver nota 11 (*).

La evolución jurisprudencial de los reflejos de la retroacción de la quiebra en la protección registral de los terceros no es ciertamente muy favorable para los principios registrales básicos, pues en la interpretación del artículo 878 del Código de Comercio se han postergado éstos en exceso. La sentencia de 17 de febrero de 1909, aunque estableció que por virtud del artículo 33 de la Ley, la inscripción no impide la nulidad de la venta otorgada por el quebrado después de la fecha fijada para la retroacción, afirma que sin embargo si existieran posteriores adquirentes con los requisitos del artículo 37, sí estarían protegidos.

Se iniciaba el camino para alterar la norma del primitivo artículo 23 de la Ley, que dejaba inmune al tercero de todo título no inscrito e incluso de las ejecutorias de incapacitación y de modificación de la capacidad civil (al referirse el 23 a todos los títulos del artículo 2.º), pero al menos dejaba firme la protección del tercero subadquirente a título oneroso y sin complicidad en el fraude (art. 36-37 antiguos).

Una doctrina casi correcta, al menos con el principio de fe pública registral, es la de 13 de mayo de 1927; luego cabe citar la de 29 de mayo de 1956 y la de 31 de mayo de 1960. Cualquiera de ellas pudo ser citada mejor que la de 17 de marzo de 1958, porque ésta llega a afirmar que anulado radicalmente el derecho del transmitente (el adquirente del quebrado), queda anulado el derecho del subadquirente sin distinguir ninguno en cuanto a sus circunstancias.

VI. Me he extendido, acaso demasiado, en la situación doctrinal y jurisprudencial de la colisión de la retroacción de la quiebra con los principios protectores del tercero, porque creo que uno de los retos más importantes que el legislador encargado de la modernización de la normativa de quiebras y suspensiones de pagos tiene, es el que dicha colisión plantea. El caso concreto del recurso no es sino un aspecto de la misma, y su correcto planteamiento no puede desligarse de la manera en que aquella colisión se despeje. Por ello carecería de sentido profundizar y opinar más sobre la correcta solución de dicho caso sin partir del régimen definitivo de los efectos de la declaración de quiebra respecto a los actos del quebrado anteriores a la declaración judicial misma, cuestión en la que sólo cabe confiar en que la reforma en marcha acierte con planteamientos que no olviden la institución registral, las muchas posibilidades que la misma ofrece para conjugar la seguridad de los derechos y la del tráfico que es su finalidad específica, así como tampoco las enseñanzas que ofrezca el Derecho comparado en el tema de retroacción de la quiebra y sus paulianas específicas.

T. C. G.