

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**4715** *Resolución de 1 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de El Ejido n.º 1, por la que se deniega la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas.*

En el recurso interpuesto por doña E. R. E., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de «Unicaja Banco, S.A.», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de El Ejido número 1, don Sergio Miguel Velasco Torres, por la que se deniega la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas.

##### Hechos

I

Mediante decreto, de fecha 16 de septiembre de 2013, rectificado por otro, de fecha 26 de septiembre de 2013, expedido por doña M. A. B. R., Secretaria judicial del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería, en el procedimiento de concurso ordinario número 206/2007, se acordó aprobar el remate y adjudicar los bienes a favor de «Unicaja Banco, S.A.», por el precio de 461.746,86 euros. A dicho decreto se acompañaba otro expedido por la misma secretaria judicial, de fecha 15 de octubre de 2013, por el que se acordaba la cancelación de la declaración de concurso sobre la finca descrita, así como la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que existan sobre la referida finca y la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que hubieran podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II

Presentados testimonios de los indicados decretos en el Registro de la Propiedad de El Ejido número 1, fueron objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de El Ejido n.º 1 calificado por Sergio Miguel Velasco Torres, Registrador de la Propiedad de El Ejido n.º 1, provincia de Almería, el título al que se hace referencia en el hecho I de esta nota y tras examinar los antecedentes del Registro, resultan los siguientes hechos I.—Los documentos calificados proceden del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Almería, procedimiento de Concurso Ordinario 206/2007; dichos títulos, referidos a la finca registral 106.650 del término municipal de El Ejido, son: testimonio de decreto de adjudicación de fecha 25 de octubre 2013; resolución judicial de fecha 15 de octubre de 2013 que decreta «la cancelación de la anotación de concurso sobre la finca cuya descripción consta en el antecedente de hecho de esta resolución», «procédase igualmente a la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que existan sobre la referida finca» y «asimismo se decreta la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que hubieran podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 656 de la L.E.C.»; y manifestación de la representante de la entidad adjudicataria, «Unicaja Banco, S.A.», relativa a la situación arrendaticia de la finca adjudicada en subasta de fecha 28 de octubre de 2013, cuya firma consta legitimada notarialmente el día 30 del mismo mes y año. II.—Los documentos descritos fueron presentados en el registro de la propiedad el día 8 de noviembre de 2013, causando los asientos de presentación números 610 y 611 del diario 79; retirados y nuevamente reintegrados el día 26 de noviembre junto con reproducción del edicto para

la subasta de la finca registral 106.650 de El Ejido en el procedimiento de Concurso Ordinario 206/2007. III.—No se demanda la inscripción parcial de los títulos y se ruega que no se despache el decreto de adjudicación sin que se proceda a cancelar la totalidad de las cargas que recaen sobre la finca adjudicada, conforme a lo ordenado en el mandamiento de cancelación de cargas. Fundamentos de Derecho. El documento ha sido calificado desfavorablemente conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, atendiendo a los siguientes: 1.—Se solicita la práctica de los asientos de inscripción y cancelación, que sobre la finca registral 106.650 del término municipal de El Ejido, se disponen en sendas resoluciones judiciales de adjudicación y cancelación de cargas procedentes del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Almería, procedimiento de Concurso Ordinario 206/2007 en fase de liquidación. 2.—La evolución de la situación registral de la finca 106.650 es la siguiente: - Inscripción 1.ª de Agrupación de fecha 26 de junio de 2007, que dio lugar a que quedara inscrita en nuda propiedad a favor de «Envases Forte, S.A.» y en usufructo para dos cónyuges, que posteriormente transmitieron su derecho; la finca resulta de la agrupación de las registrales números 60.134 y 24.875, ambos inmuebles, gravados a su vez con una hipoteca cada uno en garantía de un préstamo a favor de la entidad «Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera», en anagrama «Unicaja». - Inscripción 2.ª de ampliación y modificación de hipoteca de fecha 27 de junio de 2007; conforme a este asiento se modificaron condiciones del préstamo hipotecario y se amplía la cuantía original del mismo de 432.000 euros en 150.000 euros, resultando un total prestado y garantizado de 582.000 euros. - Inscripción 3.ª de Compra del Usufructo de fecha 8 de noviembre de 2007 a favor de la entidad «Envases Forte, S.A.». - Inscripción 4.ª de Compra y Subrogación de Hipoteca de fecha 19 de diciembre de 2007; en la que consta que la finca fue vendida a la mercantil «Recupand Palets, S.L.». En relación al precio de la compraventa, registralmente consta que la entidad compradora retuvo parte del mismo «para hacer frente al pago del capital pendiente de la responsabilidad hipotecaria que grava la finca, subrogándose en cuantas responsabilidades reales y personales se deriven de la misma»; respecto de esta subrogación del comprador no consta registralmente el consentimiento de la entidad acreedora «Unicaja». - Inscripción 5.ª de Hipoteca de fecha 21 de mayo de 2009 a favor del «Banco Santander, S.A.»; hipoteca en garantía de un préstamo concedido a «Recupand Palets, S.L.» por un principal de 235.000 euros. - Inscripción 6.ª de Hipoteca de fecha 29 de enero de 2010 a favor del «Banco Santander, S.A.»; hipoteca en garantía de un préstamo concedido a «Recupand Palets, S.L.», por un principal de 600.000 euros. - Inscripción 7.ª de Reintegración a la Masa Activa, Incidente Concursal, Juicio Verbal 259/2009, de fecha 12 de abril de 2012; dicho asiento se practica en virtud de sentencia firme de 9 de septiembre de 2010, que declaró la ineficacia de la compraventa a favor de «Recupand Palets, S.L.», y la restitución del pleno dominio a favor de «Envases Forte, S.A.», sin que se dispusiera las cancelaciones de las hipotecas, en garantía de los préstamos antes descritos, constituidas por «Recupand Palets, S.L.», a favor del «Banco de Santander, S.A.». Previamente, no existía constancia en el registro de la propiedad de dicho procedimiento. - Inscripción 8.ª de Concurso Voluntario de «Envases Forte, S.A.», de fecha 14 de mayo de 2013; consta del día 21 de mayo de 2013, nota marginal de expedición de la certificación prevista por el artículo 656 de la L.E.C., previa constancia de la fase de liquidación en la inscripción siguiente. - Inscripción 9.ª de Concurso en Fase de Liquidación de la entidad «Envases Forte, S.A.», de fecha 14 de mayo de 2013. 3.—La adjudicación se efectúa en fase de liquidación, disponiéndose en el Decreto de Adjudicación, antecedente de hecho segundo, que con fecha 6 de junio de 2009 se dictó diligencia de ordenación sacando a subasta el bien que se identifica con la finca registral 106.650 del Registro de la Propiedad n.º 1 de El Ejido. Del antecedente de hecho tercero, resulta que llegado el momento de la licitación, asistiendo licitadores y tras sucesivas pujas se llegó a la cifra de 461.746.86 euros, postura ofrecida por «Unicaja Banco, S.A.». El antecedente de hecho cuarto expresa que mediante diligencia de ordenación de fecha 18 de julio de 2013, se dio traslado a la Administración Concursal «a fin de que presentase un tercero que mejorase

la postura al no cubrir ésta el 50% de la tasación, transcurrido dicho plazo, por la Administración Concursal se presentó escrito manifestando al Juzgado que no podía presentar tercero que mejorase la postura». La parte dispositiva del Decreto de Adjudicación acuerda la aprobación del remate y adjudicar los bienes descritos en el antecedente de hecho segundo a favor de «Unicaja Banco, S.A.», por el precio 461.746.86 euros. De lo expuesto, resulta que en la fase de liquidación de la entidad concursada se ha procedido conforme al Título V, Capítulo II, artículos 142 y siguientes de la Ley Concursal, L. 22/2003, de 9 de julio; específicamente las normas relativas a las operaciones de liquidación (artículos 148 a 153 de la Ley Concursal, sección tercera) y al pago de los acreedores (artículos 154 a 162 de la Ley Concursal, sección cuarta). El artículo 149.1.3ª de la Ley Concursal dispone que: «los bienes a que se refiere la regla 1.ª, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155». En dicho ámbito, se ha procedido a la enajenación mediante subasta del bien, conforme a los artículos 655 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos relativos a la subasta de bienes inmuebles en el procedimiento de apremio; y específicamente el artículo 670 de dicho cuerpo legal, que dispone en su número 4, en lo atinente al caso al haberse adjudicado el bien, según el decreto de adjudicación, por una cuantía que no cubre el 50% de la tasación: «Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, podrá el ejecutado, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 por ciento del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de tasación y a la mejor postura. Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Secretario judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. En este último caso, contra el decreto que apruebe el remate cabe recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución. Cuando el Secretario judicial deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente.» Expuesto lo anterior, consta que se aprueba el remate y la adjudicación de la finca por una cantidad inferior al 50% del valor de tasación (más exactamente, si se atiende a la reproducción del edicto de subasta que acompaña el reintegro de los títulos, por un montante que alcanzaría menos de la tercera parte del valor de tasación a efectos de subasta, que fue fijado en 1.504.790 € y el bien adjudicado en 461.746.86 €, si bien dicho documento no puede ser tenido en cuenta dado que no reúne los requisitos exigidos por los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33, 34 del Reglamento Hipotecario), dicha adjudicación por una cuantía inferior al 50% del valor de tasación es admisible únicamente si se cubre al menos la cantidad por la que se ha despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas, lo cual no consta, o bien cuando el Secretario Judicial, conforme al último párrafo del número 4 del artículo 670 de la L.E.C. «oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento

de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. En este último caso, contra el decreto que apruebe el remate cabe recurso directo de revisión ante el Tribunal que dicté la orden general de ejecución». La parte destacada de dicho precepto exige la valoración del Secretario Judicial, que comienza con la necesidad de «oír a las partes», lo cual en este caso de Concurso, se dirigiría al menos al deudor concursado, en la figura de la administración concursal, y la audiencia de los interesados en el bien objeto de subasta que se identificaría, como mínimo, con los acreedores hipotecarios que van a ser satisfechos con la cuantía de la adjudicación y cuya cancelación registral de sus derechos se pretende (sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente), y más específicamente que los mismos hayan sido partes en el procedimiento concursal en su calidad de acreedores concursales o como titulares de derechos sobre la finca excluidos del concurso; esta actuación de oír a las partes interesadas en la ejecución, aunque en el procedimiento concursal no pueda hablarse propiamente de deudor y acreedor como en una ejecución ordinaria, es un trámite de obligada calificación por parte del registro de la propiedad debido a que tales interesados pueden verse afectados por una resolución judicial que ordena, entre otros derivados del remate y adjudicación, la cancelación de asientos relativos a derechos de tales interesados, concretamente derechos de hipoteca; en consecuencia, no consta en la documentación aportada el cumplimiento de dicho trámite que permitiría a las partes alegar lo que a su derecho convenga y, en su caso, recurrir contra el decreto que apruebe el remate en recurso directo de revisión ante el Tribunal competente. Lo expuesto en el párrafo anterior relativo a la necesidad de oír a las partes, que motiva causa de suspensión, es exigido conforme al propio artículo 670 de la L.E.C., previa remisión de los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal (Ley 33/2003, de 9 de julio de 2003), que a su vez resulta concomitante con el principio de tutela judicial efectiva recogido por el artículo 24 de la Constitución Española y 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O. 6/1985, de 1 de julio); así como con el principio de tracto sucesivo registral recogido por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y con el de salvaguarda judicial de los asientos registrales contenido en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria; además, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de septiembre de 2013, al tratar ésta última el supuesto de calificación del cumplimiento de un trámite de audiencia del artículo 155 de la Ley Concursal. Asimismo, el requisito de oír a las partes que contiene el artículo 670 de la L.E.C. está dirigido a recabar elementos de decisión que permitan la aplicación del supuesto limitado de adjudicar el bien por una cantidad inferior al 50% del valor de tasación, que conjuntamente debe decidir el Secretario Judicial a la vista de las circunstancias, la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede (se trata de una situación concursal), las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor (puesto que se obtiene una cantidad inferior al 50% del valor de tasación) y el beneficio que de ella obtenga el acreedor; por tanto, se infiere que la audiencia a las partes que prevé el precepto es un requisito fundamental que debe tenerse en cuenta para valorar la situación y adoptar la decisión de aprobar el remate y adjudicar el bien subastado. 4.—El decreto de adjudicación no especifica, motivando causa de suspensión, si el precio del remate ha satisfecho el derecho de los interesados, entiéndase los acreedores previstos por el artículo 155 de la Ley Concursal; así como si ha existido o no remanente satisfechos los anteriores y que, en su caso, se ha procedido a su retención para efectuar el resto de los pagos, con el requerimiento si procede de los titulares de los créditos posteriores previsto por el número 2 del artículo 672 de la L.E.C.; y finalmente, si procede, la entrega del resto al ejecutado; lo anterior conforme a lo dispuesto por los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal y 674, 672 y 654 de la L.E.C. 5.—En el mandamiento que contiene el decreto de cancelación se hace constar «que se ha demandado y requerido de pago a los sujetos a los que se refiere el n.º 1 del art. 132 de

la Ley Hipotecaria» y «que se llevó a cabo los requerimientos y las notificaciones a las personas indicadas en el n.º 2 del precepto antes mencionado»; tales afirmaciones no son congruentes con el procedimiento de ejecución seguido que no es el procedimiento de ejecución directa de hipoteca sino las disposiciones que regulan el procedimiento de apremio previsto en la L.E.C., conforme a lo dispuesto en los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal, 98 y 100 del Reglamento Hipotecario, motivando causa de denegación.

6.—El mandamiento que contiene el decreto de cancelación ordena que se cancele «la anotación de la declaración de concurso», «la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que existan sobre la finca», «asimismo se decreta la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que hubieren podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 656 de la L.E.C.». Encuadrado en el Título V, Capítulo II que regula éste la fase de liquidación, y específicamente en la Sección 3ª «de las operaciones de liquidación», el artículo 149 de la Ley Concursal, con el encabezamiento «reglas legales supletorias», se entiende de las operaciones de liquidación, dispone literalmente en su número 3 (introducido por el número ochenta y ocho del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal «B.O.E.» 11 octubre, con vigencia desde el día 1 enero 2012): «3. El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90». Sin perjuicio de la remisión que el propio artículo 149 de la Ley Concursal hace en su número 1.3.ª al artículo 155 apartado 4, en cuanto a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, circunstancia esta última que no resulta de la documentación aportada en cuanto si los derechos de hipoteca en garantía de préstamos que constan inscritos en el registro de la propiedad responden a créditos concursales o no; máxime cuando la primera hipoteca y su posterior ampliación está inscrita como deuda por préstamo de la entidad concursada, a diferencia de las dos hipotecas posteriores que figuran como deudas por préstamo contraídas por la sociedad adquirente de la concursada, cuya titularidad decayó como consecuencia del ejercicio de una acción de reintegración a la masa del concurso sin que se impugnaran y se solicitaran las cancelaciones de ambos derechos de hipoteca. Sin perjuicio de la remisión citada al principio, debe entenderse que el artículo 155 se somete al artículo 149, excepto a lo específicamente regulado por el primero de ellos que es lo relativo a la Sección 4.ª del Capítulo II del Título V que regula el pago de los acreedores concursales, tratando el artículo 155 de pago de créditos con privilegio especial, refiriéndose dicho precepto tanto al pago de tales derechos como a las distintas posibilidades de su satisfacción que no tienen que pasar necesariamente por la ejecución del bien; asimismo, debe indicarse que dicho precepto, al igual que el artículo 149, fue modificado por la Ley 38/2011, sin que se añadiera ningún apartado o referencia que contraviniera o complementara lo dispuesto por el número 3 del repetido artículo 149 de la Ley Concursal. El contenido literal del número 3 del artículo 149 de la Ley Concursal limita la competencia del Juzgado Mercantil en dicho ámbito, admitiendo únicamente la cancelación de cargas anteriores a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90, lo que supone, al no regularse de otro modo, que no puede cancelar aquéllas cargas que respondan a créditos no concursales y las correspondientes a créditos concursales que gozan de privilegio especial conforme al artículo 90 de la Ley Concursal. Lo expuesto excluye la cancelación de las garantías reales que se demandan, suponiendo causa de denegación, admitiéndose para la práctica de las mismas su cancelación por pago al acreedor o, si procediere, como consecuencia de una ejecución anterior. Lo expuesto conforme a los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal; 100 del Reglamento Hipotecario en cuanto a la competencia del Juzgado o Tribunal; 1, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la protección que el registro de la propiedad dispensa a través de los asientos registrales. Asimismo, no se determina el carácter concursal o no de las hipotecas que pesan sobre la finca, no resultando del registro de la propiedad el mismo, pero en uno u

otro caso el problema que se plantea es el mismo, que se resume en la falta de competencia para ordenar la cancelación de tales asientos. En relación a esto último, debe tenerse presente que cabe la posibilidad de que en una situación de concurso, los bienes del concursado se encuentren sujetos a derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva, en este sentido el artículo 82 de la Ley Concursal, al regular la formación del inventario y avalúo de la masa activa, dispone tal precepto: «Artículo 82 Formación del inventario. 1. La administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter. 2. De cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación. 3. El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva. 4. Al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales. 5. Los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado». Lo anterior implica que tales cargas y gravámenes deben detrarse del valor de los derechos que constituyen la masa activa para ser respetados, y en consecuencia el ámbito del concurso se extenderá a los derechos del concursado minorado en las cargas antes citadas, siendo tales derechos los únicos que están destinados a satisfacer los créditos que a su vez deban ser tenidos por tales en el procedimiento como créditos contra la masa o concursales privilegiados, ordinarios o subordinados. En consecuencia, el valor de los bienes que van a ser enajenados debe adaptarse al artículo 82 de la Ley Concursal suponiendo una disminución de su cuantía puesto que en su caso supondrá la pervivencia de la carga detrada; o si se considera por la administración concursal actos impugnables por ser perjudiciales a la masa activa, debería haberse procedido conforme a los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal. 7.– Finalmente, el mandamiento de cancelación no especifica conforme a lo exigido por el artículo 674 de la L.E.C., motivando causa de suspensión, que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso, de haberlo superado que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. Acuerdo Se suspende y se deniega la práctica de los asientos solicitados conforme a los hechos y fundamentos de derecho antes expuestos. No se práctica, respecto de los defectos subsanables, la anotación preventiva 42.9 de la Ley Hipotecaria por no haber sido solicitada. Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación durante un plazo de sesenta días desde la última notificación, conforme a lo dispuesto en los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de 10 días. Contra la presente nota de calificación (...) En El Ejido, a 12 de diciembre de 2013.–El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Sergio Miguel Velasco Torres».

## III

Contra la anterior nota de calificación, doña E. R. E., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de «Unicaja Banco, S.A.», interpuso recurso en virtud de escrito, de fecha 13 de enero de 2014, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: «(...) Segundo.—De los motivos de denegación expuestos por el Sr. Registrador de la Propiedad núm. 1 de El Ejido en su calificación. 2.1.—Como ya hemos adelantado, el señor Registrador de la Propiedad número 1 de El Ejido ha denegado la inscripción de los referidos documentos, entre otros motivos, en base a la supuesta falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería ante el que se tramita el concurso de Envases Forte, S.A., para ordenar la cancelación de las cargas afectas a créditos con privilegio especial relativos a la finca registral número 106.650 —titularidad de la concursada—. Pues bien, por medio del presente escrito esta parte viene a recurrir el Punto Sexto de la calificación negativa, esto es, la supuesta —e inexistente— falta de competencia del Juez de lo Mercantil ante el que se está tramitando el concurso de Envases Forte, S.A. —en liquidación— para proceder a la cancelación de las garantías reales que gravan la referida finca registral número 106.650. Los puntos 3.º, 4.º, 5.º y 7.º —excluyéndose los antecedentes, numerados con los puntos 1 y 2— de la calificación negativa no son objeto del presente recurso, toda vez que esta parte procederá a subsanar los referidos defectos solicitando la oportuna adición al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería. 2.2.—Al hilo de lo anterior, y como desarrollaremos a continuación, esta representación entiende que el Punto Sexto 6º de dicha calificación negativa es completamente improcedente —dicho sea con el debido respeto y en estrictos términos de defensa—, toda vez que: (i) El Juez de lo Mercantil ante el que se tramita un concurso de acreedores es el competente para ordenar la cancelación de cargas —entre otras, de las cargas afectas a privilegio especial— y asientos registrales que afecten a los bienes titularidad de la concursada (en este caso, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería es el competente para ordenar la cancelación de cargas y anotaciones sobre fincas titularidad de la concursada, Envases Forte, S.A.). (ii) En este sentido, debemos destacar que la dicción del artículo 155.3 LC prevé que cuando dentro del concurso —incluso antes de la fase de liquidación— se saque a subasta un bien hipotecado, pueda optarse por dos soluciones, esto es, (i) la adjudicación sin subrogación de cargas —y con cancelación de las mismas—, lo que dará lugar a que con el precio alcanzado en la realización del bien hipotecado se satisfagan los créditos garantizados con la hipoteca por orden de prelación —tal y como ha acontecido en el presente caso—; o (ii) la adjudicación con subsistencia de las cargas y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor. Por todo ello, al derecho de esta parte interesa solicitar que por el Sr. Registrador de la Propiedad núm. 1 de El Ejido, se sirva eliminar el punto sexto 6.º de la calificación negativa emitida con fecha 12 de diciembre de 2013, con cuanto más proceda. A los anteriores Hechos, le es de aplicación el siguiente Fundamento de Derecho Único.—De la competencia del juez del concurso para cancelar las cargas y anotaciones anteriores y posteriores a la declaración de concurso sobre bienes titularidad de la deudora concursada. Tal y como hemos manifestado anteriormente, el Registro de la Propiedad núm. 1 de El Ejido ha resuelto que el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería ante el que se está tramitando el concurso de Envases Forte, S.A. (en liquidación) carece, supuestamente, de competencia para cancelar las cargas hipotecarias que gravan la finca registral número 106.600, en base a lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Ley Concursal; en dicho precepto se establece que: «3. El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial» (...) Según el criterio del Sr. Registrador, el contenido literal del artículo 149.3 de la Ley Concursal vedaría la competencia de los Juzgados Mercantiles —en este caso, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería ante el que se tramita el concurso de Envases Forte, S.A.— para ordenar la cancelación de las cargas hipotecarias afectas a créditos con privilegio especial en los términos previstos en el artículo 90 de la Ley

Concursal. En este sentido, entendemos que dicha interpretación es contraria a Derecho –dicho sea con todos los respecto y en términos de dicha defensa– por cuanto que el artículo 155.3 de la Ley Concursal faculta expresamente al Juez del concurso para autorizar la enajenación de bienes titularidad de la concursada afectos a garantías reales libres de cargas; esto es, el precitado artículo 155.3 de la Ley Concursal determina que el Juez del concurso es el competente para ordenar la cancelación de garantías reales que graven los bienes titularidad de la deudora concursada. Al respecto, reproducimos el artículo 155.3 LC: «3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta» (...) A este respecto, podemos traer a colación el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de noviembre de 2007 (AC 2007\2073) en el que se dispone que el Juez competente para ordenar la cancelación de cargas –afectas a privilegio especial– sobre bienes titularidad de una entidad concursada es el Juzgado ante el que se está tramitando el concurso de acreedores; así, dicho Auto (...) dispone al respecto que: «Respecto de las cargas y gravámenes procede la cancelación en los términos solicitados tanto de las anteriores como de las posteriores a la declaración de concurso partiendo de que la liquidación concursal es una ejecución colectiva tal y como reconoce el artículo 57.3 o 155 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748). El planteamiento de las cargas anteriores y posteriores tiene diferente tratamiento: a) Respecto de las cargas posteriores y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución colectiva, conforme se ha dicho, la realización en cualquiera de las formas de los bienes de la masa activa derivadas del concurso conlleva la cancelación de cargas y gravámenes posteriores de conformidad a la normativa rituarial. b) El régimen de las cargas anteriores debe conciliarse en relación al artículo 82.3 de la Ley Concursal que recoge expresamente que: El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva. Es evidente que si no tenemos en cuenta las trabas y embargos que garanticen o aseguren deudas incluidas en la masa pasiva es precisamente porque se someterán al común de la ejecución concursal colectiva derivada de la liquidación. Ello se concilia con lo previsto en el artículo 84 de la Ley Hipotecaria de 1946 (RCL 1946, 886) en relación al artículo 8 de la LC. El primero de los preceptos señala: Será competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva o su conversión en inscripción definitiva el Juez o Tribunal que la haya mandado hacer o aquel a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella. Por virtud de los preceptos de liquidación colectiva señalados en relación al artículo 8 de la Ley Concursal, el juez del concurso viene a ser competente para la cancelación de las cargas anteriores y posteriores derivadas de dichos instrumentos con las particularidades del artículo 155 de la LC en relación a las cargas y gravámenes posteriores y anteriores, atendiendo a las particularidades del convenio, en su caso, o del plan de liquidación aprobado, en el caso presente, o de la autorización de venta fijada conforme a los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal» (...) La meritada resolución no deja lugar a dudas o contradicciones: el Juez que está conociendo del concurso de acreedores es el competente para la cancelación de las cargas –afectas a créditos con privilegio especial– que gravan las fincas titularidad

de la deudora concursada. En igual sentido, podemos citar el artículo publicado en la página web [www.registradoresdemadrid.org/revista/34/Casos-Propiedad/concurso.aspx](http://www.registradoresdemadrid.org/revista/34/Casos-Propiedad/concurso.aspx) en el que se analiza la competencia para ordenar la cancelación de garantías reales respecto de bienes titularidad de una entidad en concurso; dicha publicación acaba concluyendo que, en fase de liquidación, el órgano competente para ordenar la cancelación de las cargas hipotecaria (y del resto de cargas y anotaciones) es, en todo caso, el Juzgado de lo Mercantil ante el que se está tramitando el concurso (...). A tenor de lo expuesto, es evidente que el Juez de lo Mercantil ante el que se tramita el concurso de una mercantil –que, además, se encuentra en liquidación– es el competente para ordenar la cancelación de las cargas hipotecarias que gravan las fincas titularidad de la entidad concursada. Por tanto, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería ante el que se está tramitando el concurso de Envases Forte, S.A. –en liquidación– es competente para ordenar la cancelación de las hipotecas que gravan la finca registral número 106.650 (titularidad de la concursada); y cuyo remate fue aprobado judicialmente a favor de Unicaja libre de cargas. En consecuencia, es evidente que deberá eliminarse el defecto que se contiene en el Punto Sexto de la calificación emitida por el Sr. Registrador de la Propiedad número 1 de El Ejido».

#### IV

El Registrador emitió informe el día 30 de enero de 2014 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 8, 24, 55, 56, 57, 146, 148, 149, 155 y 188 de la Ley Concursal; 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio y 23 de julio de 2013; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de julio, 2 de septiembre y 18 de noviembre de 2013.

1. Se debate en el presente recurso la inscripción de un decreto de adjudicación así como del decreto de cancelación, dictados por la secretaria judicial del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería, ordenados dentro del proceso de liquidación concursal de la mercantil «Envases Forte, S.A.», titular registral de la finca.

Únicamente es objeto de recurso el defecto señalado en el número seis de la nota de calificación que, resumidamente, se refiere al decreto de cancelación cuando ordena que «se cancele «la anotación de la declaración de concurso»; «la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que existan sobre la finca»; «asimismo se decreta la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que hubieran podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 656 de la L.E.C.»», siendo así que el artículo 149.3 de la Ley Concursal determina que «el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90». Este defecto se desdobra en dos: el primero hace referencia a que tratándose de créditos privilegiados, el juez del concurso no puede ordenar su cancelación; el segundo a que las hipotecas no garantizan créditos concursales, por lo que tampoco tiene el juez del concurso competencia para ordenar su cancelación.

Para la adecuada resolución de este recurso, deben tenerse en cuenta los siguientes datos del historial registral de la finca, que resultan de la nota de calificación:

– Inscripción 1.<sup>a</sup> de agrupación de fecha 26 de junio de 2007, quedando inscrita en nuda propiedad a favor de «Envases Forte, S.A.», y en usufructo a favor de dos cónyuges, que posteriormente transmitieron su derecho; la finca resulta de la agrupación de las registrales números 60.134 y 24.875, ambos inmuebles gravados a su vez con una

hipoteca cada uno en garantía de un préstamo a favor de la entidad «Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera», en anagrama «Unicaja».

– Inscripción 2.<sup>a</sup> de ampliación y modificación de hipoteca de fecha 27 de junio de 2007; conforme a este asiento se modificaron condiciones del préstamo hipotecario y se amplía la cuantía original del mismo de 432.000 euros en 150.000 euros resultando un total prestado y garantizado de 582.000 euros

– Inscripción 3.<sup>a</sup> de compra del usufructo de fecha 8 de noviembre de 2007 a favor de la entidad «Envases Forte, S.A.».

– Inscripción 4.<sup>a</sup> de compra a favor de la mercantil «Recupand Palets, S.L.», y subrogación de hipoteca de fecha 19 de diciembre de 2007. En relación al precio de la compraventa, registralmente consta que la entidad compradora retuvo parte del mismo «para hacer frente al pago del capital pendiente de la responsabilidad hipotecaria que grava la finca, subrogándose en cuantas responsabilidades reales y personales se deriven de la misma»; respecto de esta subrogación del comprador no consta registralmente el consentimiento de la entidad acreedora «Unicaja».

– Inscripción 5.<sup>a</sup> de hipoteca de fecha 21 de mayo de 2009 a favor de «Banco Santander, S.A.», hipoteca en garantía de un préstamo concedido a «Recupand Palets, S.L.», por un principal de 235.000 euros.

– Inscripción 6.<sup>a</sup> de hipoteca de fecha 29 de enero de 2010 a favor de «Banco Santander, S.A.»; hipoteca en garantía de un préstamo concedido a «Recupand Palets, S.L.» por un principal de 600.000 euros.

– Inscripción 7.<sup>a</sup> de reintegración a la masa activa, incidente concursal, juicio verbal número 259/2009, de fecha 12 de abril de 2012; dicho asiento se practica en virtud de sentencia firme de 9 de septiembre de 2010, que declaró la ineficacia de la compraventa a favor de «Recupand Palets, S.L.», y la restitución del pleno dominio a favor de «Envases Forte, S.A.», sin que se dispusiera las cancelaciones de las hipotecas, en garantía de los préstamos antes descritos, constituidas por «Recupand Palets, S.L.», a favor de «Banco de Santander, S.A.». Previamente, no existía constancia en el Registro de la Propiedad de dicho procedimiento.

– Inscripción 8.<sup>a</sup> de concurso voluntario de «Envases Forte, S.A.», de fecha 14 de mayo de 2013; consta del día 21 de mayo de 2013, nota marginal de expedición de la certificación prevista por el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previa constancia de la fase de liquidación en la inscripción siguiente.

– Inscripción 9.<sup>a</sup> de concurso en fase de liquidación de la entidad «Envases Forte, S.A.», de fecha 14 de mayo de 2013.

En el presente recurso, se solicita la cancelación de dos hipotecas constituidas por la mercantil concursada «Envases Forte, S.A.», a favor de «Unicaja», y otras dos hipotecas constituidas por «Recupand Palets, S.L.» a favor de «Banco de Santander, S. A.».

2. No consta en el expediente que se haya aprobado un plan de liquidación en el concurso de la mercantil «Envases Forte, S.A.».

Conviene, no obstante, recordar, que como ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2013 «el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el artículo 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el artículo 155 LC».

Como norma supletoria, el artículo 149.1 de la Ley Concursal determina que «de no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas», señalando en su apartado tercero que «los bienes a que se refiere la regla 1.<sup>a</sup> así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155».

Este artículo 155.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según redacción dada por el número noventa y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, determina que «la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar».

Estos preceptos se encuentran en plena armonía con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la misma Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal cuando determina que «abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada».

No consta en el expediente que alguno de los acreedores hipotecarios hubiera ejercitado sus acciones con anterioridad, por lo que perdieron el eventual derecho que pudieron tener de hacerlo en procedimiento separado.

Consecuentemente con todo lo expuesto hasta ahora, el procedimiento de ejecución de estos bienes es el regulado en el artículo 155.4 de la Ley Concursal, por remisión del artículo 149.1.3 de la misma Ley.

3. Pasando al estudio del pago de los créditos con privilegio especial y la cancelación de cargas, el artículo 155.1 de la Ley Concursal dispone que «el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva».

El artículo 149.3 de la misma Ley determina que «el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90».

De una interpretación literal de este precepto parece deducirse que el juez del concurso no puede cancelar las hipotecas, por ser créditos que gozan de privilegio especial. Sin embargo, este apartado tercero del artículo 149, reformado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, debe ser debidamente interpretado en relación con el artículo 155 de la Ley Concursal, puesto que este mismo artículo 155.3 en su apartado primero posibilita que la enajenación se realice, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, pero siempre con consentimiento del acreedor, pues sin su consentimiento no cabe la subrogación de la deuda, como establece el artículo 118 de la Ley Hipotecaria. De aquí se deduce, a contrario, que de no autorizarse la transmisión en estos términos, el precio obtenido se destinará al pago del crédito con privilegio especial, lo que determinará la cancelación de la hipoteca y, consecuentemente, la competencia del juez del concurso para ordenarla.

El artículo 155.3 apartado segundo contiene una norma de especial importancia, para aquellos supuestos de concurrencia de una pluralidad de créditos con privilegio especial, al decir que «si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta». En relación con las hipotecas inmobiliarias, quiere decir que habrá de estarse a la prioridad temporal registral, como regla general.

Consecuentemente, el artículo 155.3, salvo que se acuerde la subrogación en los términos antes expuestos, determina el pago de todos los créditos hipotecarios, conforme a la prioridad temporal registral, siendo el juez del concurso competente para ordenar su cancelación. El registrador, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Hipotecaria, al practicar las cancelaciones de las correspondientes inscripciones de hipoteca, deberá ponerlo en conocimiento de aquellos juzgados en que –en su caso– estuvieran aquellas hipotecas en ejecución. No obstante, como se ha dicho, no consta en el expediente que alguno de los acreedores hipotecarios haya ejercitado sus acciones con anterioridad, por lo que perdieron su eventual derecho a hacerlo en procedimiento separado.

4. En definitiva, no habiéndose ejercitado separadamente la hipoteca (cfr. artículo 57.3 de la Ley Concursal), el pago de los créditos hipotecarios ha de hacerse con cargo a los bienes afectos en proceso de ejecución colectiva (artículo 155.1 de la Ley Concursal); y, no habiendo plan de liquidación (artículo 148 de la Ley Concursal), procede enajenar los bienes conforme al artículo 149.1.3ª y su remisión al artículo 155.4, en este caso mediante subasta; pagándose los créditos con privilegio especial, en la forma prevista en el artículo 155.3, es decir, atendiendo a la prioridad temporal registral, siendo competente el juez del concurso para ordenar la cancelación de las hipotecas, y, en este sentido, debe interpretarse el artículo 149.3, siempre que los acreedores hipotecarios, cuyas hipotecas se pretenden cancelar, hayan sido debidamente notificados (artículos 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132.2 de la Ley Hipotecaria).

5. Es de señalar que respecto de las hipotecas constituidas a favor de «Unicaja», no habrá mayores dificultades en obtener su cancelación, al ser el adjudicatario del inmueble, «Unicaja Banco, S.A.», sucesora por segregación del negocio financiero de la primera, y pueda solicitar la cancelación de las hipotecas por confusión de derechos.

Sin embargo, las hipotecas inscritas a favor de «Banco de Santander, S.A.», fueron constituidas por la mercantil «Recupand Palets, S.L.». Por incidente concursal, juicio verbal número 259/2009, de fecha 12 de abril de 2012, en virtud de sentencia firme de 9 de septiembre de 2010, se declaró la ineficacia de la compraventa a favor de «Recupand Palets, S.L.» y la restitución del pleno dominio a favor de «Envases Forte, S.A.», sin que se dispusiera las cancelaciones de las hipotecas, en garantía de los préstamos antes descritos, constituidas por «Recupand Palets, S.L.», a favor de «Banco de Santander, S.A.». Por lo que respecto de estas concretas hipotecas constituidas a favor de «Banco de Santander, S.A.», la concursada «Envases Forte, S.A.», en principio, tiene la consideración de tercer poseedor de bienes hipotecados. Respecto de ellas hubiera sido plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 56.4 de la Ley Concursal, al disponer que «la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta».

Pero eso no significa que tenga razón el registrador en su nota de calificación cuando señala que los créditos de «Banco de Santander, S.A.», no son créditos concursales, y que no es de aplicación el artículo 149.3 de la Ley Concursal.

Es cierto que la concursada «Envases Forte, S.A.», tiene la consideración de tercer poseedor de bienes hipotecados y, mediante la administración concursal, podría haber ejercido todos los derechos que en tal condición le corresponden. Y el acreedor hipotecario «Banco de Santander, S.A.», habría podido reclamar a la concursada mediante el ejercicio de la acción real e, inicialmente, conforme al artículo 56.4 de la Ley

Concursal, la declaración de concurso no afectaría a la ejecución de su garantía, excluyéndose, en principio, de la suspensión de la ejecución. El hecho de que la Ley autorice a este tipo de acreedor para ejercitar inicialmente su acción hipotecaria, sin suspensión, cuando el concursado tiene la condición de tercer poseedor, tiene como finalidad evitar que cualquier deudor se encuentre en situación de perjudicar la posición del acreedor mediante la simple transmisión de los bienes gravados a un concursado o a una persona cercana al estado de insolvencia.

Ahora bien, la ubicación sistemática del precepto (artículo 56) pone de manifiesto que sólo se excluye la aplicación del régimen sustantivo de la paralización de la ejecución, pero quedando sujeto, no obstante, al régimen del artículo 57.3 de la Ley Concursal, de modo que abierta la fase de liquidación, pierde su derecho de ejecución separada.

En el caso de apertura de la fase de liquidación como es el de este expediente también las hipotecas anteriores y de terceros poseedores quedan sometidas a la posibilidad de cancelación por el juez del concurso.

Lógicamente existe un conflicto entre este acreedor y el resto de la masa pasiva, porque su derecho puede afectar de manera directa a la masa activa. Pero el artículo 82 de la Ley Concursal dice que en el avalúo se tendrán en cuenta las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva, aunque esto no significa que del activo se detraigan estos bienes.

6. El artículo 149.3 de la Ley Concursal autoriza al juez del concurso para cancelar todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Y de una interpretación sistemática, ha de entenderse que dicho precepto lo que pretende es excluir de la cancelación son tan sólo los créditos contra la masa.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 1 de abril de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.