

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12831 *Resolución de 9 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Adra a inscribir un testimonio de decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas dimanantes de procedimiento de ejecución hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por doña M.G.C.L., en nombre y representación la sociedad «Aliseda, S.A.», contra la negativa de la registradora de la propiedad de Adra, doña Ana María Rodríguez López, a inscribir un testimonio de decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas dimanantes de procedimiento de ejecución hipotecaria.

Hechos

I

Por decreto dictado el 26 de febrero de 2018 por la Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 y de Violencia sobre la Mujer de Berja, en el procedimiento de ejecución hipotecaria 861/2010, se adjudicaron a la sociedad «Aliseda, S.A.», las fincas 20.267/bis y 20.268 del Registro de la Propiedad de Adra.

Según consta en dicho decreto de adjudicación, el despacho de ejecución se produjo mediante auto de junio de 2012, suspendiéndose la misma en virtud de decreto de 28 de junio de 2013, por haber sido declarado en concurso de acreedores la sociedad «Promociones Inroal, S.L.» –propietaria de las fincas objeto de la ejecución– en auto dictado el 11 de marzo de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería, en el procedimiento concursal 536/2011.

Por auto dictado por el Juez del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Almería el 1 de septiembre de 2014 se abrió la fase de liquidación del concurso; y por auto de 23 de abril de 2015 se aprobó el plan de liquidación.

Mediante auto de 16 de octubre de 2014 por dictado por el Juez del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Almería, las referidas fincas 20.267/bis y 20.268 del Registro de la Propiedad de Adra, fueron declaradas no necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada, tras lo cual el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 y de Violencia sobre la Mujer de Berja acordó la continuación de la ejecución hipotecaria, celebrándose la subasta y adjudicándose las fincas a la sociedad «Aliseda, S.A.», tras haberle sido cedido el remate por Banco Popular Español, S.A., por media del referido decreto de 26 de febrero de 2018.

II

Presentado el título referido en el Registro de la Propiedad de Adra, fue objeto de calificación negativa por la registradora, doña Ana María Rodríguez López, el día 11 de junio de 2020 en los siguientes términos:

«Calificado el documento judicial, que tuvo entrada número 820/2020 y asiento de presentación 460/2020, la Registradora que suscribe ha acordado conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, no practicar las operaciones registrales solicitadas por haberse apreciado circunstancias impositivas que impiden la inscripción y

cancelación registral, que han sido objeto de calificación desfavorable en con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos.

1.º A las diez horas y diecisiete minutos del día catorce de mayo de dos mil veinte fue presentado en este Registro de la Propiedad, testimonio de decreto de adjudicación así como mandamiento de cancelación de cargas firmes dimanantes de procedimiento de ejecución hipotecaria 861/2010 expedido el 26 de febrero de dos mil dieciocho por Doña M. C. P. E., Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número dos y de Violencia sobre la Mujer de Berja, causando el asiento de presentación número 459 del Diario 200.

2.º En el referido procedimiento, se tramita proceso de ejecución hipotecaria a instancia de Banco Popular Español contra Promociones Inroal, S.L y como consecuencia del mismo, tras quedar desierta la subasta, se acuerda la cesión de la adjudicación de las fincas registrales número 20.268 y 20267 / Bis en favor de Aliseda, SAU, así como la cancelación de todas las cargas posteriores.

3.º En el mismo documento, en sus antecedentes de hecho, se expresa que «Mediante decreto de 28 de junio de 2013 se acordó la suspensión de la presente ejecución hipotecaria por estar la entidad ejecutada en concurso de acreedores. ...En fecha 16 de octubre de 2014 se dictó auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería que declaraba que las fincas registrales objeto de la presente ejecución no están afectas a la actividad empresarial de la ejecutada... Continuándose el presente procedimiento.

4.º Y es que, efectivamente, al documento presentado se acompaña testimonio del auto dictado por Don Leandro Blanco García-Lomas, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil Único de Almería de fecha 16 de octubre de 2014 y expedido por Doña M. A. B. R., Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Almería, en el cual se declara que no están afectas a la actividad empresarial de la concursada las fincas registrales número 20268 y 20267 / bis del Registro de la Propiedad de Adra.

5.º Consultados los asientos del Registro se observa que el procedimiento de ejecución hipotecaria, con su consiguiente reflejo registral a través de la nota marginal de expedición de certificación de cargas de 28 de enero de 2013 se inició y se practicó con anterioridad la declaración de concurso necesario, situación subjetiva que fue declarada mediante auto firme de 11 de marzo de 2013.

6.º Sin embargo, si bien el procedimiento de ejecución hipotecaria se inició y quedó en suspenso como consecuencia de la declaración concursal del ejecutado, según resulta de la inscripción 11 mediante auto firme con efectos a partir del día 1 de septiembre de 2014 se procede a la apertura de la fase de liquidación y, posteriormente, dentro de esta fase concursal de liquidación, se declara el carácter "no afecto de los bienes a la actividad concursal" continuándose y concluyéndose el procedimiento de ejecución hipotecaria ante el juez ordinario y no ante el Juez del Concurso. Por tanto:

7.º Al encontrarse la sociedad concursada en estado de liquidación, la competencia del procedimiento ejecutivo corresponde al Juzgado de lo Mercantil de Almería y no al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Berja.

Fundamentos de derecho.

1.º De acuerdo con el artículo 100 RH y, en consonancia con el artículo 8 de la Ley Concursal 22 / 2003 de 9 de Julio, la competencia objetiva para la ejecución de las garantías reales cuando el deudor se encuentra en situación concursal, es materia plenamente calificable por el registrador y, además, de extrema importancia por su carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal, cuya infracción puede provocar la nulidad del acto (artículo 238.1.º de la

LOPJ) tal y como ha recordado la DGSJFP en resoluciones como la de 19 de enero de 2017 y 24 de julio de 2019.

2.º Asentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el presente caso el procedimiento de ejecución hipotecaria se inició con anterioridad a la declaración de concurso, quedó en suspenso y que, posteriormente, resultando que la entidad mercantil «Inroal, S.L» se encuentra en fase de liquidación y con plan de liquidación aprobado, continúa el procedimiento de ejecución hipotecaria al margen del procedimiento concursal ante el Juez Ordinario cuando verdaderamente, tras la apertura de fase de liquidación, solo podría seguirse ante el Juez del Concurso, dada la vis atractiva del procedimiento concursal. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 55, 56, 149 y 155 LC y, muy especialmente, de lo ordenado en su artículo 57:

1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.

3. 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.

3.º La falta de claridad de la legislación concursal en materia de competencia para la ejecución de las garantías reales ha dado lugar a una numerosa jurisprudencia menor. Se debe resolver ahora una situación compleja y no prevista expresamente por el legislador. Lo que debe quedar claro es que no se trata tanto de que no pueda continuarse el procedimiento de ejecución sino que la competencia objetiva del juez ordinario, abierta la fase de liquidación, haya cesado y sea competente el juez del concurso.

4.º Podría pensarse, sin embargo, que el pronunciamiento por parte del Juzgado de lo Mercantil de Almería con fecha de 16 de octubre de 2016 del carácter «no afecto de dichos bienes al ejercicio de la actividad empresarial, fuese causa suficiente para que pueda continuarse este procedimiento al margen del procedimiento concursal. Sin embargo, de una interpretación lógica y tuitiva de la Ley concursal según aclaran la Resolución de la DGSJFP de 19 de enero de 2017:

Abierta la fase de liquidación resulta extraño hablar de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, por la propia finalidad de la liquidación que ya no es mantener la viabilidad de la empresa, que ha devenido imposible, sino la realización de forma colectiva de los bienes para la satisfacción ordenada de los acreedores.

En el presente caso, acreditada la existencia de los presupuestos que podrían pensar que fuese posible esa ejecución separada, es incuestionable que ha de hacerse a través de la citada causa ya abierta, sin más alteración que la competencia, que será la del juez del concurso conforme a lo previsto en el artículo 57.3 Ley Concursal.

En efecto, como señalaban, las Resoluciones de DGSJFP de 19 enero de 2017 y 24 julio de 2019. El acreedor hipotecario no pierde su condición de ejecutante con todos los derechos que la ley procesal le concede, sólo se produciría, en su caso, un cambio del juzgado competente, que pasar a ser el juzgado Mercantil, pero sin cambio de procedimiento (ejecución en pieza separada dentro del concurso), y con la previsión de que el sobrante obtenido de la ejecución, de haberlo, pasará a formar parte de la masa de bienes con que hacer pago a los acreedores concursales. La solución propuesta

equilibra de manera adecuada el carácter universal que supone la liquidación concursal con los derechos del acreedor hipotecario a la ejecución separada de su crédito.

Acuerdo:

Por lo expuesto, suspender la práctica de los asientos solicitados, conforme a los hechos y fundamentos de derecho anteriormente expuestos.

Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación durante un plazo de sesenta días desde la fecha de la notificación conforme los artículos 322 y 323 de la LH.

Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado.

(...)

III

Doña M.G.C.L., en nombre y representación la sociedad «Aliseda, S.A.», interpuso recurso contra la calificación, mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad de Adra el 10 de julio de 2020. En dicho escrito alegó los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. El artículo 56 de la Ley Concursal establece, en sus apartados primero y segundo, establece que desde la declaración de concurso hasta que se apruebe el convenio o transcurra un año sin que se haya abierto la apertura de la fase de liquidación, no podrá iniciarse la ejecución de garantías reales, suspendiéndose por ese mismo plaza las ya iniciadas, siempre y cuando recaigan "sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad empresarial o profesional". A su vez, el apartado 5 de dicho artículo, indica que "corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor."

Por otro lado, el artículo 57.1 de la Ley Concursal establece lo siguiente:

"El ejercicio de acciones que se inicie a se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de este, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."

Como resulta de los artículos citados, la suspensión de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado y su reanudación sometida a la jurisdicción del concurso, se produce únicamente en aquellos casos en los que dichos bienes resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor, de tal forma que aquellas ejecuciones iniciadas antes de la declaración del concurso que afecten a bienes no necesarios, continuaran sustanciándose ante el juez ordinario que conocía de la ejecución, siempre que, naturalmente, el Juez del Concurso haya determinado que dichos bienes no son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado.

Si bien es cierto que esta cuestión fue objeto de cierta controversia doctrinal y jurisprudencial, en la actualidad la competencia del juez ordinario para continuación de las ejecuciones sobre las fincas no necesarias es pacífica en la práctica judicial, al tiempo que muy mayoritaria en la numerosísima jurisprudencia que existe sobre ella (véanse, entre otros, los autos de la Sección 28 de la A.P. de Madrid de fecha 12 de Marzo de 2012, Sección 15 de la A.P. de Barcelona de 22 de septiembre de 2010 y Sección Tercera de la A.P. de Granada, autos de 24 de Junio de 2011 y 26 de junio de 2015).

Es más, las dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en la calificación recurrida (Resolución de 19 de enero de 2017 -BOE de 7 de febrero de 2017- y resolución de 24 de julio de 2019 -BOE de 25 de septiembre

de 2019), así lo reconocen. En concreto, la de 19 de enero de 2.017, manifiesta en su fundamento de derecho 6 (reproducido por el fundamento 5 de la de 24 de julio de 2019):

"Se plantea así, una vez más, la cuestión de la competencia objetiva para la ejecución de las garantías reales cuando el deudor se encuentra en situación concursal (...). A este respecto es necesario advertir, desde un principio, que no se cuestiona en ningún momento la posibilidad de ejecución de la acción hipotecaria. Lo que debe decidirse es si mantiene la competencia para la ejecución separada el juez ordinario, fijada la competencia en el momento de interposición de la demanda de ejecución, o si lo que procedería, en su caso, es la suspensión del curso de las actuaciones pasando la competencia al juez del concurso (...).

En la actualidad, la tesis mayoritaria que se impone entiende que no es cierto que cualquier ejecución hipotecaria sobre bienes integrados en el patrimonio del concursado correspondo al conocimiento del juez del concurso, (...)

El artículo 55.4 de la Ley Concursal exceptúa de la prohibición de iniciación de ejecuciones singulares, o de su paralización en caso de que estuvieren iniciadas, lo dispuesto para las garantías reales en los artículos 56 y 57. La jurisprudencia mercantil ha perfilado el alcance de estos preceptos sosteniendo de manera mayoritaria que la competencia del juez del concurso en esta materia quedará circunscrita a los bienes necesarios. Cuando la garantía real está constituida sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, por lo que quien debería conocer de las correspondientes ejecuciones no habría de ser el juez del concurso sino el competente de acuerdo con las normas extra concursales."

La calificación negativa ignora las manifestaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que acabamos de transcribir y, en su lugar, realiza una interpretación errónea de la doctrina que recogen ambas resoluciones, cuando estudian quien debe ser el juez competente en un proceso de ejecución hipotecaria iniciado ante un juzgado ordinario después de haberse aprobado el convenio de acreedores pero que, antes de solicitar la expedición de la certificación de cargas al Registro de la Propiedad, se ha declarado la fase de liquidación por incumplimiento del convenio.

Las resoluciones de la Dirección General que estamos invocando, parten de la constatación de que se trata de una cuestión compleja y que no está expresamente resuelta por el legislador, para a continuación afirmar lo siguiente:

"Ciertamente, abierta la fase de liquidación resulta extraño hablar de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, para la propia finalidad de la liquidación que ya no es mantener la viabilidad de la empresa, que ha devenido imposible, sino la realización de forma colectiva de los bienes para la satisfacción ordenada de los acreedores. Aunque la Ley no ha previsto hasta cuándo puede solicitarse esta declaración de innecesaridad del bien para permitir la reanudación separada de la ejecución, parece que no tiene sentido que se efectúe una vez aprobado el plan de liquidación.

Sin embargo, estos conceptos tampoco son completamente ajenos a la liquidación como lo corroboran los artículos que prevén reglas especiales supletorias para la liquidación del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor (artículo 149.1 de la Ley Concursal). Y por eso se ha entendido que posible que el plan de liquidación declare la innecesaridad de determinados bienes cuya ejecución hipotecaria extra concursal haya quedado suspendida como consecuencia de la declaración de concurso a los efectos de que el acreedor pueda continuar, la ejecución ante el órgano inicial pues no se ve ventaja alguna en este caso de tener que remitir lo actuado al juez concursal para que continúe la ejecución. Según esta solución podría permitirse continuar, ante el juez ordinario una ejecución iniciada antes de la apertura de la fase de liquidación, siempre que el plan así lo prevea y apruebe."

Como vemos, las resoluciones invocadas por la calificación recurrida, reconocen que es posible que pueda continuarse la ejecución de un bien necesario ante el juez ordinario, incluso una vez abierta la fase de liquidación, siempre que la declaración de innecesariedad de los bienes se solicite antes de la aprobación del plan de liquidación o bien que sea el propio plan de liquidación el que prevea y aprueba que el acreedor pueda continuar la ejecución ante el órgano inicial.

En el supuesto de los bienes adjudicados a mi mandante, hay que decir que la declaración de innecesariedad se solicitó antes de la apertura de la fase de liquidación. A mayor abundamiento, el auto por el que se acordó que ambas fincas no eran necesarias para la actividad empresarial o profesional de la concursada se dicta el 16 de octubre de 2014, esto es, más de medio año antes de que se dictara el auto de 23 de abril de 2015, por el que se aprobó el plan de liquidación.

Así pues, habiéndose declarado la innecesariedad de las fincas antes de la aprobación del plan de liquidación, queda fuera de toda duda que el juez de primera instancia era el competente para continuar la ejecución y no el juez de lo mercantil.

Pero es que además, en este caso nos encontramos con que el plan de liquidación presentado por la Administración Concursal (página 8) establece, para la enajenación de inmuebles con garantía real y ejecución hipotecaria iniciada, lo siguiente:

"2. Enajenación de inmuebles.

Dentro de los inmuebles a liquidar en este proceso, se diferencian dos grupos:

- 1) Bienes inmuebles con garantía real.
- 2) Bienes inmuebles sin garantía real.

2.1 Bienes inmuebles con garantía real.

Estos inmuebles se clasifican a su vez, entre aquellos que cuenten con procesos de ejecución hipotecarias iniciadas y aquellos que no.

2.1.1 Bienes inmuebles con ejecución hipotecaria iniciada.

Se continuarán sus trámites en el juzgado donde se esté conociendo el proceso de ejecución ya iniciado. (...)"

Además, el auto que aprobó el plan de liquidación no solo mantuvo este sistema de liquidación, sino que eliminó del plan el párrafo que preveía el levantamiento de la carga hipotecaria y su enajenación por venta directa, si el deudor no continuaba con la ejecución hipotecaria en el plazo de un mes desde la aprobación del plan, de tal forma que, en la parte dispositiva de dicho auto se acordó lo siguiente:

"(...); y acogiendo las siguientes modificaciones y subsanaciones propuestas por los acreedores de la entidad mercantil Promociones Inroal SL:

1. Debe eliminarse el párrafo siguiente, contenido en el Apartado 2.1.1. del plan de liquidación: 'Para el supuesto de que el acreedor hipotecario no continuase con la ejecución hipotecaria iniciada, en el plazo de un mes desde la aprobación de este Plan, la AC solicitara del juzgado de lo Mercantil que se decreta el levantamiento de la carga hipotecaria, pasando estos bienes a ser liquidados mediante Vento Directa, siguiendo lo expuesto en el apartado 2.2. Vento de inmuebles sin cargo, (...)"

En definitiva y aplicando a este caso la doctrina sentada por la DGRN (hoy DGSJPF) para las ejecuciones hipotecarias previas al concurso que se reanuden abierta la fase de liquidación, el juzgado competente para continuar con la misma sería el juzgado de primera instancia ante el que se inició, al darse las siguientes condiciones:

El juez del concurso declaró los bienes objeto de ejecución como no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada.

La solicitud de que los bienes se declarasen no necesarios se presentó antes de que se abriera la fase de liquidación.

El auto que declare los bienes no necesarios se dicta antes de que se aprobara el plan de liquidación.

El plan de liquidación y el auto que lo aprobó, reconocen que la liquidación de los bienes de la concursada sobre los que hubiera constituida una hipoteca cuya ejecución se hubiera iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, se realizara mediante la continuación de dicha ejecución en el juzgado que la estuviera conociendo».

IV

La registradora de la propiedad emitió informe y, por mantener la calificación impugnada, elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 23 de julio de 2020.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 326 de la Ley Hipotecaria; 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 8, 9, 43, 44, 55, 56, 57, 84, 90, 109, 130, 140, 141, 142, 149, 154, 155 y 176 de la Ley Concursal; 238.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 100 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000, 4 de diciembre de 2012, 9 de abril, 28 de junio y 13 de noviembre de 2013, 2 de junio y 12 de diciembre de 2014, 26 de marzo de 2015 y 4 de junio de 2019, así como los Autos de 14 de septiembre y 14 de diciembre de 2016; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo y 9 de abril de 2010, 27 de febrero, 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012, 22 de febrero, 2 y 7 de marzo, 3 y 8 de abril, 29 de mayo, 24 de junio y 13 de diciembre de 2013, 6 y 24 de octubre de 2014, 8 de junio de 2015, 4 de abril y 4 de julio de 2016, 10 y 19 de enero, 27 de junio, 25 de julio y 13 de noviembre de 2017, 27 de febrero de 2018 y 15 de marzo y 24 de julio de 2019.

1. Son circunstancias relevantes para la resolución del presente recurso las siguientes:

a) Por decreto dictado el 26 de febrero de 2018 por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 y de Violencia sobre la Mujer de Berja, en el procedimiento de ejecución hipotecaria 861/2010, se adjudicaron a la sociedad «Aliseda, S.A.», las fincas 20.267/bis y 20.268 del Registro de la Propiedad de Adra.

La ejecución se produjo mediante auto de 4 de junio de 2012 y se suspendió el 28 de junio de 2013, por haber sido declarada en concurso de acreedores la sociedad propietaria de dichas fincas en auto dictado el 11 de marzo de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Almería, en el procedimiento concursal 536/2011. Por auto de este Juzgado de 1 de septiembre de 2014 se abrió la fase de liquidación del concurso; y por auto de 23 de abril de 2015 se aprobó el plan de liquidación.

Mediante auto de 16 de octubre de 2014 dictado por el Juez del indicado Juzgado de lo Mercantil, las referidas fincas 20.267/bis y 20.268 del Registro de la Propiedad de Adra, fueron declaradas no necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada, tras lo cual el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 y de Violencia sobre la Mujer de Berja acordó la continuación de la ejecución hipotecaria, celebrándose la subasta y adjudicándose las fincas a la sociedad «Aliseda, S.A.», por medio del referido decreto de 26 de febrero de 2018.

b) La registradora funda su negativa a la inscripción solicitada en que, a su juicio, la competencia del procedimiento ejecutivo corresponde al Juzgado de lo Mercantil y no al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, al encontrarse la sociedad concursada en estado de liquidación.

c) La recurrente, por el contrario, defiende la competencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción ante el que se inició el procedimiento ejecutivo, por darse las siguientes condiciones:

El juez del concurso declaró los bienes objeto de ejecución como no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada.

La solicitud de que los bienes se declarasen no necesarios se presentó antes de que se abriera la fase de liquidación.

El auto que declaró los bienes no necesarios se dictó antes de que se aprobara el plan de liquidación.

El plan de liquidación y el auto que lo aprobó reconocen que la liquidación de los bienes de la concursada sobre los que hubiera constituida una hipoteca cuya ejecución se hubiera iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, se realizaría mediante la continuación de dicha ejecución en el juzgado que la estuviera conociendo.

2. Como cuestión procedimental previa, debe advertirse que no puede ser tenido en cuenta el referido plan de liquidación y el auto aprobatorio del mismo, por tratarse de documentos que se han presentado por primera vez con el escrito de interposición del recurso. Como tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en Sentencia de 22 de mayo de 2000, el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación registral, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias: en primer lugar, que sólo son objeto de recurso aquellos concretos pronunciamientos que sean impugnados (por todas, Resolución de 23 de marzo de 2010); en segundo lugar, que los documentos aportados con el escrito de recurso no pueden tenerse en cuenta por no haber sido presentados al Registrador en el momento de la calificación, debiendo resolverse el recurso sólo a la vista de los documentos que fueron aportados originariamente en tiempo y forma al solicitar su calificación (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), y sin perjuicio de la calificación que hayan de merecer en caso de nueva presentación en el Registro de la Propiedad junto con el documento principal a que complementan (por todas, Resolución de 9 de abril de 2010). En definitiva, el objeto del recurso queda delimitado en el momento de su interposición y resulta constreñido tanto por la documentación presentada como por el contenido de la calificación negativa del Registrador

3. También como consideración preliminar, debe tenerse en cuenta que la cuestión de la competencia objetiva para la ejecución de las garantías reales cuando el deudor se encuentra en situación concursal es materia plenamente calificable por el registrador (ex artículo 100 del Reglamento Hipotecario) y de extrema importancia por su carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal, cuya infracción puede provocar la nulidad del acto (artículo 238.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), tal y como ha recordado este Centro Directivo en reiteradas ocasiones (cfr., por todas, las Resoluciones de 10 y 19 de enero de 2017).

4. Hechas las precedentes aclaraciones, es necesario advertir que no se cuestiona en ningún momento la posibilidad de ejecución mediante ejercicio de la acción hipotecaria.

Lo que debe decidirse es si mantiene la competencia para la ejecución separada el juez ordinario, fijada la competencia en el momento de la interposición de la demanda de ejecución (anterior a la declaración del concurso), o si -como afirma la registradora- debe entenderse que, una vez abierta la fase de liquidación y reanudada la ejecución hipotecaria (por haberse declarado no necesarias las fincas hipotecadas innecesarias para la actividad profesional o empresarial de la concursada), la competencia corresponde al juez del concurso, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

5. En el sistema legal vigente las ejecuciones de garantías reales tras la declaración de concurso del titular del bien o del derecho sobre el que se hubiera

constituido la garantía se rigen por un conjunto de reglas especiales (artículos 56, 57 y 155 de la Ley Concursal), que, tras sucesivas reformas legislativas (Ley 38/2011, de 10 de octubre, Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, Ley 17/2014, de 30 de septiembre, Ley 9/2015, de 25 de mayo; y, actualmente, artículos 145 a 149, 151, 209 a 2011 y 430 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo), con las matizaciones introducidas por una muy rica jurisprudencia menor, pueden sintetizarse en las siguientes: La primera de esas reglas es aquella según la cual, desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos. La segunda, aquella según la cual, desde la declaración de concurso, las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedarán suspendidas, si no lo hubiesen sido ya como consecuencia de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta. La tercera regla se refiere a que los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el que era originariamente competente para tramitarla. La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal. Naturalmente, la previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias. La cuarta regla se refiere al fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes. Según esta regla, los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada; o desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación. Y la quinta regla, que es la que más directamente interesa considerar ahora, tiene como objeto determinar los efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales: la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto.

La pérdida del derecho de ejecución separada en caso de apertura de la fase de liquidación se extiende a todas las acciones reales no ejercitadas, afecten o no a bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la sociedad deudora. Es indiferente el carácter del bien o del derecho: lo que tiene trascendencia para el ejercicio de la acción antes de ese concreto momento procesal (artículo 56.1, párrafo primero, de la Ley Concursal; actuales 145.1, 147.2 y 148) carece de ella cuando se ha iniciado la fase final de concurso de acreedores. La apertura de la fase de liquidación de la masa activa unifica el tratamiento de unos y otros

bienes. Es indiferente que esa fase se haya iniciado inmediatamente después de la fase común o inmediatamente después de la fase de convenio, o, incluso, en el propio auto de declaración de concurso o durante la fase común; y es indiferente que esa fase se haya abierto a solicitud del deudor, del acreedor o del administrador concursal o se haya abierto de oficio. Lo único que toma en consideración la Ley es el hecho mismo de la apertura de la fase, cualquiera que sea el momento en que se produzca durante la tramitación del procedimiento concursal.

El acreedor no pierde el privilegio sustantivo: seguirá siendo acreedor con privilegio especial (artículo 90.1. 1.º de la Ley Concursal; actual 270.1.º del texto refundido), pero pierde el privilegio procesal. Los acreedores hipotecarios y pignoratícios tendrán que esperar, para obtener satisfacción, a que el bien sobre el que recae el derecho real de garantía se enajene conforme a las reglas imperativas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación de esta clase de bienes (artículos 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal; actuales 421, 214 y 209 y siguientes) a las que necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación. Se ha dicho que el sistema legal vigente privilegia al «ejecutante madrugador», esto es, aquél que hubiera iniciado la ejecución antes de la declaración de concurso o inmediatamente después de que transcurriera un año a contar desde esa declaración sin que hubiera tenido lugar la apertura de la fase de liquidación. Pero la coherencia del sistema es absoluta. El complejo régimen de liquidación de la masa activa durante la fase específicamente destinada a esa finalidad exige necesariamente que, en un procedimiento de carácter universal como es el concurso de acreedores, no existan más excepciones procesales que las indispensables.

No obstante, los acreedores hipotecarios y pignoratícios siguen gozando de una situación particular. No sólo obtendrán satisfacción de los créditos garantizados con el valor de realización de los bienes gravados, como consecuencia de la afección real propia de estos derechos de garantía (artículo 155.5 de la Ley Concursal; actual 430.3), sino que tienen, además, cierta posición de control en la realización de los bienes (artículo 155.4, párrafo segundo, actual 210.3; Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, de 3 de junio de 2015).

6. De las consideraciones anteriores resulta indudable que, abierta la fase de liquidación, no es posible iniciar la ejecución separada de garantías reales (artículo 57.3, i.i., de la Ley Concursal: «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»; o, en términos del actual artículo 149.1 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo: «La apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso»). Pero esta norma implica, «sensu contrario», que durante esa fase se mantiene el derecho del acreedor hipotecario a la ejecución separada de su crédito si esta se ha iniciado antes, como ocurre en el presente caso.

El Tribunal Supremo en su Sentencia 5408/2014, de 12 de diciembre de 2014, expresó lo siguiente:

«Esta norma [referencia al artículo 84.4 de la Ley Concursal] responde a la lógica de que si el concurso de acreedores entra en la fase de liquidación, haya una única ejecución universal de todo el patrimonio del deudor concursado, para que pueda asegurarse el pago de los créditos conforme a las reglas legales de preferencia de cobro, previstas para acreedores tanto concursales como contra la masa.

Las únicas excepciones serán las ejecuciones administrativas o laborales que sobre bienes embargados antes de la declaración de concurso no se hayan visto afectadas por la paralización prevista en el art. 55 LC, y las ejecuciones de garantías y las acciones de recuperación asimiladas que se hubieran iniciado antes del concurso o antes de la liquidación (caso de haberse visto afectadas por la suspensión o la paralización).

Lo que resulta claro es que una vez abierta la fase de liquidación no cabe abrir apremios administrativos o ejecuciones separadas.

(...) En realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en que se levantan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC). Así como el impago de los créditos concursales provocaría la rescisión del convenio y la apertura de la liquidación (art. 140 LC), el impago de los créditos contra la masa daría lugar a su reclamación de pago y, si fuera necesario, la preceptiva ejecución. Sin perjuicio de que también pudiera justificar una acción de incumplimiento del convenio y de apertura de la liquidación.

Sin embargo, una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del art. 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del art. 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS».

Por tanto, del conjunto de la normativa y de la jurisprudencia expuesta resulta que la apertura de la fase de liquidación constituye un límite para la iniciación «ex novo» y al margen del proceso liquidatorio de procedimientos ejecutivos, ya sean estos de carácter administrativo, ya de carácter judicial, ya en cumplimiento de un crédito concursal, ya de un crédito contra la masa, pero en modo alguno afecta a aquellas ejecuciones de garantías cuya iniciación se ha producido antes del concurso o antes de la liquidación (caso de haberse visto afectadas por la suspensión o la paralización).

Es la norma relativa a la reanudación de estas ejecuciones (artículo 57.3 de la Ley Concursal; actualmente, art. 149 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) la que plantea en casos como el presente dudas interpretativas respecto del órgano competente para ello. Esta Dirección General en sus Resoluciones de 19 de enero de 2017 y 24 de julio de 2019 afirmó lo que a continuación se transcribe:

«(...) la falta de claridad de la legislación concursal en materia de competencia para la ejecución de las garantías reales ha dado lugar a una numerosa jurisprudencia menor. En la actualidad, la tesis mayoritaria que se impone entiende que no es cierto que cualquier ejecución hipotecaria sobre bienes integrados en el patrimonio del concursado corresponda al conocimiento del juez del concurso, de conformidad con el principio general del artículo 8.3 de la Ley Concursal que atribuye a dicho juez competencia exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». El artículo 55.4 de la Ley Concursal exceptúa de la prohibición de iniciación de ejecuciones singulares, o de su paralización en caso de que estuvieran iniciadas, lo dispuesto para las garantías reales en los artículos 56 y 57. La jurisprudencia mercantil ha perfilado el alcance de estos preceptos sosteniendo de manera mayoritaria que la competencia del juez del concurso en esta materia quedaría circunscrita a los bienes necesarios. Cuando la garantía real está constituida sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, por lo que quien debería conocer de las correspondientes ejecuciones no habría de ser el juez del concurso sino el competente de acuerdo con las normas extra concursales. La modificación de este artículo 56 realizada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, se justifica en la exposición de motivos para «limitar los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real aquellos que resulten necesarios para la

continuidad de la actividad profesional o empresarial». Se reconoce así la intención del legislador de que la suspensión no alcance a los bienes que no tengan esta condición de ser necesarios.

Resultando evidente la relevancia que tiene la calificación como necesarios de los bienes afectos a la garantía real, será el juez del concurso, en cualquier caso, el único competente para decidir si el bien contra el que se sigue o se pretende seguir una ejecución hipotecaria es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 56.5 de la Ley Concursal). La atribución de la competencia para la apreciación de estas circunstancias en favor del juez Mercantil se justifica porque así se compagina el principio de universalidad de la masa activa del concurso con estas excepciones que posibilitan ejecuciones separadas al margen del concurso. A salvo del supuesto específico previsto en el artículo 76.3 de la Ley Concursal para los titulares de créditos privilegiados sobre los buques y las aeronaves, las ejecuciones separadas al margen del concurso amparadas por la legislación concursal presuponen siempre una previa declaración del juez del concurso por la que se declare el carácter no necesario del bien (vid. artículos 55 y 56 de la Ley concursal). Adviértase que, aunque se haya reconocido de manera mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia la competencia del juez ordinario para la ejecución de las garantías reales cuando recaen sobre bienes no necesarios, lo cierto es que desde la fecha de declaración de concurso, sea o no firme, también éstas resultan afectadas por la suspensión, aunque ya estuvieren publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, pues sólo se alzarán y se ordenará que continúen cuando se incorpore al procedimiento testimonio del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios.

(...) Ciertamente, abierta la fase de liquidación resulta extraño hablar de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, por la propia finalidad de la liquidación que ya no es mantener la viabilidad de la empresa, que ha devenido imposible, sino la realización de forma colectiva de los bienes para la satisfacción ordenada de los acreedores. Aunque la ley no ha previsto hasta cuándo puede solicitarse esta declaración de innecesariedad del bien para permitir la reanudación separada de la ejecución, parece que no tiene sentido que se efectúe una vez aprobado el plan de liquidación.

Sin embargo, estos conceptos tampoco son completamente ajenos a la liquidación como lo corroboran los artículos que prevén reglas especiales supletorias para la liquidación del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor (artículo 149.1.^a de la Ley Concursal). Y por eso se ha entendido que es posible que el plan de liquidación declare la innecesariedad de determinados bienes cuya ejecución hipotecaria extra concursal haya quedado suspendida como consecuencia de la declaración de concurso a los efectos de que el acreedor pueda continuar la ejecución ante el órgano inicial, pues no se ve ventaja alguna en este caso de tener que remitir lo actuado al juez concursal para que continúe la ejecución...».

Según esta interpretación podría permitirse continuar ante el juez ordinario una ejecución iniciada antes de la apertura de la fase de liquidación, siempre que en el plan de liquidación se declare la innecesariedad de los bienes objeto de ejecución para la actividad profesional o empresarial del concursado (es esta declaración sobre el carácter necesario o innecesario de los bienes la que puede contener el plan de liquidación y no la atribución de competencia objetiva para la ejecución de las garantías reales, pues el citado artículo 57.3 de la Ley Concursal es de carácter imperativo y no puede ser desconocido por dicho plan).

El Tribunal Supremo, en Auto de 14 de septiembre de 2016 (con criterio confirmado por otro Auto de 14 de diciembre de 2016) afirmó lo siguiente en la interpretación de los artículos 8.3, 56 y 57 de la Ley Concursal, en su redacción originaria (por aplicación de la disposición transitoria novena de la Ley 38/2011):

«Los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC son los propios de las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad profesional o empresarial, que son los que han resultado suspendidos o paralizados por la declaración de concurso.

Sin embargo, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, de forma que la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones será del órgano judicial - o extrajudicial- que las hubiera iniciado».

Este criterio ha sido recientemente confirmado por el artículo 146 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, según el cual «Los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla».

Debe concluirse, por tanto, que el último inciso del artículo 57.3 de la Ley Concursal (actual art. 149.2 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) no es aplicable a la reanudación de la ejecución de las garantías reales cuando se trate de bienes innecesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado, de modo que únicamente en caso de que fueren necesarios, abierta la fase de liquidación «las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada».

En el presente caso, el juez del concurso declaró que las fincas hipotecadas no eran necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada. Por ello, no puede confirmarse el criterio de la registradora.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 9 de octubre de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.