

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 13556** *Resolución de 19 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Madrid n.º 11, por la que se suspende la inscripción de una certificación de adjudicación en subasta y mandamiento de cancelación de cargas, dictados en procedimiento de apremio administrativo tramitado por la Agencia Tributaria.*

En el recurso interpuesto por don G.E.M., Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, contra la nota de calificación extendida por la registradora del Registro de la Propiedad n.º 11 de Madrid, doña María Belén Merino Espinar, por la que suspende la inscripción de una Certificación de Adjudicación en Subasta y Mandamiento de Cancelación de Cargas, dictados en procedimiento de apremio administrativo tramitado por la Agencia Tributaria.

Hechos

I

En procedimiento de apremio administrativo tramitado por la Agencia Tributaria en ejecución de la hipoteca constituida sobre la finca registral 26.819, propiedad de Registro Centro de Formación SL, hipotecante no deudor, en garantía de deudas tributarias del deudor Registro Prestaciones Informáticas S.A., se adjudica dicha finca a un tercero. Ambas sociedades, deudora y tercera hipotecaria se encuentran en situación de concurso según consulta realizada por la registradora que se dirá al Registro Concursal.

II

Presentada la anterior documentación en el Registro de la Propiedad n.º 11 de Madrid fue objeto de la siguiente calificación: Antecedentes de hecho: Primero: Resolución de fecha 06/02/2020 dictada u ordenada en el procedimiento de referencia, tuvo entrada en este Registro el día 10/02/2020, Entrada 577/2020, causando el asiento de presentación 1173 del Diario 63. Calificado conjuntamente con mandamiento de cancelación presentado el mismo día, entrada 578/2020, causando el asiento de presentación 1174 del Diario 63. Con fecha 22 de mayo se aporta diligencia acreditando la firmeza del Acta de adjudicación. Segundo: Con fecha diez de junio del año dos mil veinte, el documento a que se refiere el apartado anterior ha sido calificado por el Registrador que suscribe en los siguientes términos: Fundamentos De Derecho: 1.–Al proceder al despacho de la documentación de referencia consistente en Certificación de Adjudicación en Subasta y Mandamiento de Cancelación de Cargas, dictados en procedimiento de apremio administrativo tramitado por la Agencia Tributaria en ejecución de hipoteca constituida en garantía de deudas tributarias del deudor Registro Prestaciones Informáticas SA constituida sobre la finca registral 26.456 (sic) propiedad de Registro Centro de Formación SL, como hipotecante no deudor, se consulta el Registro Mercantil a los efectos de obtener las circunstancias personales identificativas tanto del deudor como del hipotecante no deudor. De dicha consulta resulta que tanto el deudor tributario, como el hipotecante no deudor propietario de la finca ejecutada, constan declarados en concurso voluntario. Aun cuando no consta extendida en este Registro anotación de concurso sobre los bienes hipotecados, se realiza consulta al Registro Concursal, de la que se confirma la situación de concurso en fase común, sin que conste publicada ni la celebración de Convenio, ni la apertura de la fase de

liquidación; con los siguientes datos:- Registro Prestaciones Informáticas SA, deudor, declarado en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 28 de julio de 2017 dictado en procedimiento concursal 542/17 ante el Juzgado de lo Mercantil 12 de los de Madrid - Registro Centro de Formación SL, hipotecante, declarado en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 20 de octubre de 2017 dictado en procedimiento concursal 649/17 ante el Juzgado de lo Mercantil 8 de los de Madrid. En estas circunstancias, y no resultando de la documentación calificada dato alguno que acredite la conclusión del concurso en tramitación, resulta aplicable la limitación a las ejecuciones singulares sobre bienes hipotecados establecida en el art. 56 de la Ley Concursal, al establecer: Artículo 56 Paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.... 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán, si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155. 4. 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 5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Será, por tanto, necesario acreditar la preceptiva resolución del juez del concurso del propietario hipotecante no deudor, acreditativa de que los bienes hipotecados y ejecutados no son activos esenciales necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. 2.-En aplicación de lo dispuesto en el art 132 LH, será igualmente necesario certificar que dicho Registro Centro de Formación SL, titular registral de los bienes ejecutados, como hipotecante no deudor, ha sido demandado y requerido de pago en el procedimiento tramitado, circunstancia que no resulta acreditada en la documentación presentada. ... Parte Dispositiva: Vistos los artículos citados y demás disposiciones de permanente aplicación: Doña Belén Merino Espinar, titular del Registro de la Propiedad n.º 11 de Madrid Acuerda: calificar el documento presentado en los términos que resultan de los Antecedente de Hecho y Fundamentos de Derecho señalados; y Suspender en consecuencia el despacho del título hasta la subsanación de los efectos advertidos. ...No se practica anotación de suspensión al no haber sido solicitada al mismo tiempo de la presentación. Esta calificación será El Registrador.- Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María Belén Merino Espinar registrador/a de Registro Propiedad de Madrid 11, a día diez de junio del año dos mil veinte.

III

Contra la anterior nota de calificación, don G.E.M., Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria mediante escrito en el que después de reproducir la nota de calificación alega: «Entendemos, por el contrario, que es posible la ejecución separada de los bienes hipotecados por el propietario no deudor, sin sujeción a las restricciones establecidas en el artículo 56 de la Ley Concursal. Para la comprensión de porqué es ello posible, hemos de partir del reconocimiento y efectos en el concurso de acreedores del desdoblamiento entre la deuda y de la responsabilidad que genera esta situación: 1.–En el concurso del garante no deudor no procede reconocimiento del crédito que la AEAT ostenta frente al deudor tributario, puesto que el garante solamente ha vinculado un bien de su propiedad a un crédito ajeno, sin que esta responsabilidad del bien convierta al acreedor en titular de un crédito concursal a integrar en la masa pasiva del concurso del garante. Si el crédito no puede reconocerse como masa pasiva del concurso del garante no deudor, la solución pasa a actuar en el lado de la masa activa, de forma que la existencia de la garantía real deberá constar únicamente en el inventario, minorando el valor del bien sobre el que se hubiere constituido. En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre con los demás bienes de la masa activa, se puede entender que lo que forma parte de ésta no es el bien, sino la diferencia de valor entre el mismo y la carga hipotecaria. Esta cuestión ha sido reconocida de forma pacífica por las Audiencias Provinciales (entre otras, SAP de Pontevedra n.º 476/2011, de 26 de septiembre, SAP de Burgos n.º 411/2011, de 16 de diciembre, SAP de Murcia n.º 144/2014, de 6 de marzo, SAP de Palma de Mallorca n.º 125/2014, de 22 de abril, SAP de Valencia de 19 de noviembre de 2012, Auto de la AP de Cantabria de 11 de febrero de 2015, SAP de Madrid n.º 67/2015, de 6 de marzo, o Auto de la AP de Girona de 13 de octubre de 2016), y ha sido también avalada de forma indirecta por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de abril de 2014, cuando afirmó que "Por otra parte, no puede accederse a la pretensión de la recurrente en el sentido de que la masa del concurso restituya al acreedor el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, puesto que el origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante". 2.–Por su parte, en el concurso del deudor tributario el crédito de la AEAT se insinuará como crédito tributario, pero no con el privilegio especial derivado de la garantía hipotecaria (puesto que en la masa activa de este concurso no existe el bien sobre el que ejecutar la hipoteca y hacer valer el privilegio), sino con el privilegio general del art. 91 apartado 2 o apartado 4, según corresponda, y el resto como ordinario (a salvo aquellos conceptos que puedan tener el carácter de crédito subordinado). De esta doble dinámica se extrae la conclusión que venimos defendiendo, y es que resulta posible iniciar la ejecución separada de la garantía, aunque el hipotecante no deudor se encuentre en situación de concurso, sin necesidad de recabar una declaración judicial sobre el carácter necesario o no del bien para la continuidad de la actividad del deudor, por los siguientes motivos: 1.–En primer lugar, al no figurar la AEAT como acreedora con privilegio especial en el concurso del garante no deudor, sino solamente como titular de una garantía real, no le es aplicable el art. 55 párrafo segundo, ni los artículos 56 y 57, pues tales preceptos solamente están contemplados para los "acreedores" con garantía real, no ostentando la AEAT tal condición. Por el mismo motivo, tampoco podrá invocarse el artículo 155 LC en relación con el pago a los acreedores con privilegio especial, como es pacífico. 2.–En segundo lugar, el art. 55.1 párrafo primero LC impide que, declarado el concurso, se inicien ejecuciones contra el patrimonio del "deudor". En sentido contrario, pueden iniciarse ejecuciones contra el patrimonio del concursado que no tiene la condición de deudor. 3.–En el mismo sentido, el art. 56.2 LC solamente contempla la necesidad de que haya un pronunciamiento judicial sobre el carácter necesario de los bienes del "deudor", no de la concursada en términos generales por lo que no ostentando el hipotecante no deudor esa condición, es innecesario tal pronunciamiento. 4.–En respuesta a los argumentos anteriores, el propio artículo 56.4 LC

señala 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." Si bien es cierto que el concepto de tercer poseedor no coincide con el de hipotecante no deudor, la solución para ambas figuras ha de ser la misma, puesto que ambos supuestos comparten plenamente la identidad de razón (art. 4.1 CC). De hecho, en la legislación tributaria el tratamiento es el mismo y se designan ambas figuras con el genérico de tercer poseedor o simplemente poseedor de los bienes: así, artículos 170.1 de la Ley General Tributaria, y artículos 83.a), 85 c), y 101.2 del Reglamento General de Recaudación. Ello es así porque, aunque podamos diferenciar ambas figuras conceptualmente, su esencia, y, sobre todo, la consecuencia económica en caso de incumplimiento y ejecución de la garantía hipotecaria es exactamente la misma, la limitación de su responsabilidad al bien hipotecado. Por ello, no existe ningún motivo para diferenciar el tratamiento del acreedor hipotecario en función del dato (irrelevante en la dinámica del tráfico jurídico y económico) de si la propiedad del bien pertenece al hipotecante no deudor o a un tercer adquirente, puesto que la esencia es que ninguno de ellos es deudor. ¿Qué ocurriría entonces si el hipotecante no deudor, adquiere de nuevo la finca del tercer adquirente? Se ve así que el fundamento de la excepción es exactamente el mismo, evitar que quien no está integrado en la masa pasiva del concurso (sea del tercer poseedor o del hipotecante no deudor), por no ser acreedor concursal sino acreedor hipotecario de un bien de su propiedad, quede sujeto a las reglas de un proceso concursal del que no forma parte. 5.—En consecuencia, hemos de recordar que al acreedor hipotecario no le son de aplicación las reglas sobre pagos establecidas en el artículo 155 LC, siendo pacífica la doctrina y jurisprudencia que señala que el bien hipotecado no puede enajenarse en estos casos libre de cargas, puesto que ello generaría un perjuicio al acreedor hipotecario, al no poder ver satisfecho al mismo tiempo su crédito en el seno del concurso. Por otro lado, y como es sabido, las limitaciones a la posibilidad de ejecución separada de los acreedores reales tienen carácter temporal, permitiendo al acreedor reanudar la ejecución si se aprueba un convenio que no afecte a la realización de los bienes, o si transcurre un año sin abrirse la fase de liquidación. En sentido contrario, en caso de abrirse la fase de liquidación, se pierde toda posibilidad de ejecución separada (art. 57.2 LC). Combinando ambas circunstancias, la única conclusión lógica es la de determinar que el acreedor hipotecario, cuando el concursado es tercer poseedor o hipotecante no deudor de los bienes garantizados, no queda sujeto a las limitaciones de los artículos 56 y 57 LC. Ello debe ser así puesto que si el acreedor en estos casos no forma parte de la masa pasiva del concurso, ni queda sujeto a las normas establecidas en el artículo 155 de la LC, ni puede transmitirse el bien libre de cargas, carece totalmente de sentido (y sería contraproducente teniendo en cuenta las limitaciones anteriores) que en caso de abrirse la fase de liquidación, el bien hipotecado tenga que sujetarse a la ejecución universal quedando vetada la ejecución separada. En el sentido que venimos defendiendo se han pronunciado los Autos del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona de 11 de enero y de 14 de marzo de 2016, y del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona, de 9 de diciembre de 2015, concluyendo que " la ejecución de la garantía real en trámite no queda afectada por la declaración de concurso", y que el pronunciamiento judicial sobre la necesidad o no de los bienes a la actividad empresas se refiere al "deudor", por lo que no ostentándose tal condición por el acreedor hipotecario, "es innecesario e irrelevante cualquier pronunciamiento al respecto". Igualmente, la Audiencia Provincial de Gerona en su Auto de 13 de octubre de 2016, con aplicación del art. 56.4 LC, indicó que "En estos supuestos, al no ostentar la condición de deudor, no se integra un crédito en la masa pasiva del concurso, en su caso, sin perjuicio de que en el inventario sea reconocida dicha hipoteca por la correspondiente depreciación del bien. En consecuencia, asiste razón a la parte apelante en que la Sra. E. no ostenta la condición de deudora en el presente procedimiento y en consecuencia no le son de aplicación los efectos establecidos en el art. 240 de la LC acordado en la resolución de instancia". Del mismo modo, y de forma muy clara, la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de

Burgos n.º 411/2011, de 16 de diciembre, dijo lo siguiente: "El derecho a ejecutar de forma separada el bien objeto de la garantía lo tiene simplemente porque el bien hipotecado no se integra en la masa activa del concurso al no ser propiedad del concursado, sino de un tercero. Incluso este derecho lo puede ejercitar en mejores condiciones que el acreedor que tenga una hipoteca constituida sobre bienes del concurso, pues a nuestro acreedor no le afectará la paralización de la ejecución de garantías reales del artículo 56 LC. Y aunque el propietario del bien hipotecado esté también en concurso, el derecho a la ejecución separada se puede ejercitar sin ninguna limitación por lo dispuesto en el artículo 56 in fine de 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 esta". Quiere ello decir que mientras que el acreedor hipotecario normal tiene que esperar a la aprobación del convenio, o por lo menos un año, para ejecutar su derecho real de hipoteca sobre bienes que estén afectos a la actividad empresarial del concursado, el acreedor que tenga constituida la hipoteca sobre bienes de un tercero, aunque este tercero esté también en concurso, podrá ejecutar la hipoteca sin sujeción a plazo." Conclusión también avalada por la SAP de Pontevedra n.º 476/2011, de 26 de septiembre, y recientemente por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra, en su muy ilustrativa Sentencia n.º 146/2019, de 31 de julio: "Por último, nada impide a la entidad bancaria acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria, pues así se explicitó en la escritura de constitución de la garantía real. (...) Esta posibilidad no se ve obstaculizada por la declaración de concurso del hipotecante no deudor, al que cabe aplicar analógicamente la previsión del artículo 56.4 LC. al respecto, aunque no existe una norma equivalente para el hipotecante no deudor, por lo que la respuesta que podría facilitarse a la cuestión relativa a la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra el hipotecante no deudor, por aplicación del artículo 56, pudiera ser i) idéntica a la prevista en el artículo 56.4 LC, acudiendo para ello a la analogía legal del artículo 4.1 de la misma Ley; ii) diversa, en el sentido de permitir la paralización de las ejecuciones singulares, en los supuestos del artículo 56 LC, por considerar que la falta de regulación expresa conduce a la aplicación del régimen general. En esta disyuntiva, se acepta un tratamiento análogo de ambas figuras -tercer poseedor e hipotecante no deudor-, ya que ello parece responder de una manera más uniforme a su consideración en el marco concursal, en la medida en que las diferencias existentes no justifican un distinto trato ni en sede competencial ni en lo relativo a la paralización temporal de ejecuciones con garantía real." A mayor abundamiento, según se indica en la calificación registral, el concurso de Registro Centro de Formación S.L. fue declarado por Auto de fecha 20 de octubre de 2017, por lo que habiendo transcurrido más de un año desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación, puede iniciarse la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, aun cuando resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, conforme al propio artículo 56.1 LC. Por último, se invoca como motivo denegatorio el artículo 132 LH, por no resultar certificado que el titular registral del bien ejecutado, Registro Central de Formación SL, ha sido demandado y requerido de pago en el procedimiento tramitado, no resultando acreditada dicha circunstancia en la documentación presentada. No obstante, la intervención del titular hipotecario en el procedimiento de apremio resulta certificada del mismo modo que la del propio deudor tributario, y la de cualquier otro interesado en el mismo que debiera haber intervenido. En efecto, la certificación del acta de adjudicación cumple los requisitos exigidos por el Reglamento General de Recaudación, que en su artículo 104 bis i) dispone lo siguiente: "i) Ingresado el remate se entregará a los adjudicatarios, salvo en los supuestos en que hayan optado por el otorgamiento de escritura pública de venta previsto en el artículo 111.1 de este reglamento, certificación del acta de adjudicación de los bienes, en la que habrá de constar, además de la transcripción de la propia acta en lo que se refiere al bien adjudicado y al adjudicatario, la acreditación de haberse efectuado el pago del remate y de haberse emitido en conformidad informe por parte del órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la observancia de las Formalidades

legales en el procedimiento de apremio cuando haya sido solicitado por el órgano de recaudación y, en todo caso, cuando la adjudicación recaiga sobre bienes o derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad. " Circunstancias todas ellas recogidas en la certificación del acta aportada, como se puede comprobar con la lectura de la misma. En cualquier caso, en lo tocante a la concreta falta denunciada, en el primer hecho de la certificación se hace constar expresamente "que se han realizado las notificaciones preceptivas del artículo 101.2 del Reglamento General de Recaudación., aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio". Por su parte, el artículo 101.1 del RGR indica que "El acuerdo de enajenación será notificado al obligado al pago, a su cónyuge si se trata de bienes gananciales o si se trata de la vivienda habitual, a los acreedores hipotecarios, pignoratícios y en general a los titulares de derechos inscritos en el correspondiente registro público con posterioridad al derecho de la Hacienda pública que figuren en la certificación de cargas emitida al efecto, al depositario, si es ajeno a la Administración y, en caso de existir, a los copropietarios y terceros poseedores de los bienes a subastar. En sentido similar, el artículo 170.1 de la Ley General Tributaria, indica que "Efectuado el embargo de los bienes o derechos, la diligencia se notificará al obligado tributario y, en su caso, al tercero titular, poseedor o depositario de los bienes si no se hubiesen llevado a cabo con ellos las actuaciones, así como al cónyuge del obligado tributario cuando los bienes embargados sean gananciales y a los condueños o cotitulares de los mismos. " Igualmente, en la certificación del acta de adjudicación se indica "que, en el desarrollo de la subasta, así como en la adjudicación y pago de los bienes se ha observado lo previsto en los artículos 104 y 104 bis del Reglamento General de Recaudación". A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que la certificación del acta de adjudicación tiene el valor de documento público, emitido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, debe considerarse suficientemente acreditada la notificación del procedimiento de apremio al titular registral, del mismo modo que resulta acreditada la notificación al propio obligado al pago y a cualquier otro interesado que debiera haber intervenido, sin la necesidad de acreditar materialmente las notificaciones efectuadas. Esta exigencia supondría la necesidad de remitir todo el expediente administrativo de enajenación forzosa, lo que excede del ámbito de la calificación registral en este punto, negando la potestad certificatoria de la Administración y lo dispuesto en el artículo 104 bis i) del Reglamento General de Recaudación».

IV

La registradora, emite su informe confirmando su calificación y forma expediente que eleva a esta Dirección.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 8, 24, 55, 56, 57, 76, 90,146, 148, 149, 155 y 184 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 145 y ss. del Texto Refundido de la ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020, 18 de la Ley Hipotecaria; 99 del Reglamento Hipotecario, 163 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, 74 y 101 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de, 6 de junio de 2009, 7 de junio de 2010, 6 de octubre de 2010, 6 de octubre de 2011, 8 de septiembre de 2012, 9 de abril, 11 de julio, 2 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 1 de abril de 2014, 27 de junio de 2016, 19 de enero de 2017, 20 de septiembre de 2018 y 24 de julio de 2019.

1. Son hechos relevantes para la resolución de este expediente los siguientes:

– En procedimiento de apremio administrativo tramitado por la Agencia Tributaria en ejecución de la hipoteca constituida sobre la finca registral 26.819, propiedad de Registro

Centro de Formación SL, hipotecante no deudor, en garantía de deudas tributarias del deudor Registro Prestaciones Informáticas S.A., se adjudica dicha finca a un tercero.

– De consulta realizada por la registradora al Registro Mercantil resulta que el deudor tributario, Registro Prestaciones Informáticas SA, deudor, fue declarado en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 28 de julio de 2017 dictado en procedimiento concursal 542/17 ante el Juzgado de lo Mercantil 12 de los de Madrid y que Registro Centro de Formación SL, hipotecante no deudor, fue declarado en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 20 de octubre de 2017 dictado en procedimiento concursal 649/17 ante el Juzgado de lo Mercantil 8 de los de Madrid. Se realiza consulta al Registro Concursal, en la que se confirma la situación de concurso en fase común, sin que conste publicada ni la celebración de Convenio, ni la apertura de la fase de liquidación.

– La registradora señala en su nota dos defectos, el primero de ellos que, teniendo en cuenta los antecedentes citados, será necesaria la preceptiva resolución del juez que entiende del concurso del hipotecante no deudor, la sociedad Registro Centro de Formación SL, acreditativa de que los bienes hipotecados y ejecutados no son activos esenciales necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. El segundo, que así mismo es necesario certificar que, dicha sociedad, titular registral de los bienes ejecutados, ha sido demandada y requerida de pago en el procedimiento tramitado, como hipotecante no deudor, circunstancia que no resulta acreditada en la documentación presentada.

– El recurrente alega que es posible la ejecución de los bienes hipotecados por el propietario no deudor, sin sujeción a las restricciones establecidas en el artículo 56 de la Ley Concursal, puesto que el garante solamente ha vinculado un bien de su propiedad a un crédito ajeno, y no es acreedor concursal que deba integrar su deuda en la masa pasiva del concurso del garante, y, por su parte, en el concurso del deudor tributario, el crédito de la AEAT no tendrá el privilegio especial derivado de la garantía hipotecaria al recaer sobre un bien ajeno al mismo. Se apoya en lo dispuesto en el artículo 56.4 LC defendiendo un tratamiento análogo de las figuras del tercer poseedor y el hipotecante no deudor. En cuanto al segundo defecto alega que en el primer hecho de la certificación del acta de adjudicación se hace constar expresamente «que se han realizado las notificaciones preceptivas del artículo 101.2 del Reglamento General de Recaudación., aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio».

2. Respecto del primer defecto, se trata en este expediente de dilucidar si es posible la inscripción la adjudicación derivada de un procedimiento de apremio administrativo, dándose la circunstancia de que el deudor tributario se encuentra en situación concursal y el hipotecante no deudor y titular de la finca sobre la que recayó la ejecución esta así mismo en situación concursal.

En primer lugar, debe analizarse la repercusión de esta situación en cada uno de los procedimientos concursales.

En cuanto al concurso del deudor no hipotecante, el crédito del acreedor, tendrá la consideración de crédito ordinario, pues el artículo 90.1. 1.º Ley Concursal presupone la identidad entre el deudor concursado y el titular del bien sobre el que recae la garantía, para reconocer el privilegio. En este caso, la deuda que la AEAT ostenta contra él, deberá reflejarse en el pasivo de su concurso con tal calificación, sin embargo, la finca que sirve de garantía a dicho crédito, al ser propiedad de un tercero, está excluida de su activo y de la competencia exclusiva y excluyente del juez concursal (art. 8 de la Ley Concursal) y paralelamente, tampoco tendría competencia para la eventual ejecución de la garantía que deberá seguirse ante el juzgado que corresponda según las normas procedimentales generales, sin perjuicio, naturalmente, de que el resultado de esa ejecución tenga las consecuencias correspondientes en el procedimiento concursal del deudor.

Por el contrario, en el concurso del hipotecante no deudor, el crédito del acreedor no podrá ser objeto de calificación alguna, toda vez que no existe como tal un crédito frente al concursado garante. Este, como sostiene el recurrente, solamente ha vinculado un

bien de su propiedad a un crédito ajeno, sin que esta responsabilidad del bien convierta al acreedor en titular de un crédito concursal a integrar en la masa pasiva del concurso del garante, aunque sí tiene interés legítimo (art. 184.4 LC). Pero en el inventario de la masa activa si debe estar incluida la finca hipotecada si bien deduciendo de su valor el importe de la carga (art. 82.3 LC) pero sin incluir su contrapartida en la lista de acreedores de la masa pasiva.

3. Sentado lo anterior, la cuestión se centra en decidir si a la ejecución que se lleva a cabo sobre el bien dado en garantía por el concursado para garantizar deuda ajena, le son de aplicación las normas concursales o por el contrario, el acreedor puede continuar su ejecución con independencia de las mismas.

La cuestión no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. De conformidad con el artículo 8.3 de la Ley Concursal, el Juez del concurso deberá entender de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado con las excepciones respecto a los bienes sujetos a ejecución de garantías reales establecidas en los artículos 56 y 57 de la propia ley. Sin embargo, no existe tratamiento específico para el caso de que el concursado sea hipotecante no deudor.

Los citados preceptos van dirigidos a los acreedores concursales y conforme se ha indicado, el tercer hipotecante no es un acreedor concursal. Esto ha llevado a buena parte de la doctrina y jurisprudencia a equiparar en este sentido la figura del hipotecante no deudor y el tercer poseedor a efectos de ejecución hipotecaria. Para el supuesto de tercer poseedor la Ley Concursal contiene una regla especial. El art. 56.4 establece 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».

La postura contraria entiende que el bien no deja en ningún caso de pertenecer a la masa activa del concurso, que no hay excepción aplicable y por lo tanto las facultades de ejecución de la garantía se deberán someter en todo caso a las especialidades del régimen concursal contenidas en los artículos 56, 57 y 155 de la Ley Concursal.

4. El hipotecante no deudor, respecto del deudor principal, es parte en el negocio jurídico de constitución de la garantía y, normalmente, parte en la obligación garantizada. Sin embargo, el tercer poseedor debe mantenerse ajeno a la obligación garantizada. El Tribunal Supremo en sentencia 1332/2007, de 13 de diciembre, señala que se considera tercer poseedor al adquirente de bienes hipotecados, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia.

El bien inmueble hipotecado se encuentra integrado en el inventario de bienes de la masa activa del concurso del hipotecante no deudor, de acuerdo con el principio de universalidad de la masa activa (art. 76 LC), por lo que, a efectos de ejecución, debería someterse a la regla general prevista en el art. 56 y 57 LC y no aplicar por analogía la regulación del tercer poseedor.

De esta norma general no se exceptiona al hipotecante no deudor, solo al tercer poseedor (art. 56.4LC). Como señaló la Resolución de 1 de abril de 2014, 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.

Por lo tanto, en el caso de concurso del hipotecante no deudor, el acreedor que puede desde el inicio ejecutarla, si el bien no es necesario para la actividad (art. 56 LC). Tendrá que solicitar ante el Juzgado Mercantil del concurso (art. 56.5 LC) se pronuncie si el bien es necesario o no para la actividad. Si el bien es necesario no podrá iniciar la ejecución hasta que se dicte sentencia aprobando convenio o, si transcurrido un año, no se hubiera abierto la fase de liquidación.

5. A este respecto resulta de interés analizar lo dispuesto por el Texto Refundido de la ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020, que si bien entró en vigor el 1 de septiembre, y por tanto con posterioridad a la

interposición del recurso, en sus artículos 145 y 146 equivalentes a los actuales art 56 y 57 del vigente ha venido a recoger el criterio de no equiparación entre hipotecante no deudor concursado y tercer poseedor concursado.

El artículo 145 el citado Texto Refundido, relativo a los efectos de la declaración de concurso sobre las ejecuciones de garantías reales, se refiere expresamente a los titulares de derechos reales de garantía sean o no acreedores concursales. Dice el citado artículo: «1.–Desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos. 2.–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 quedaran suspendidas, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta».

Por otro lado, en su artículo 151 mantiene la misma excepción, hoy recogida en el citado art. 56-4 LC, lo que ratifica el diferente tratamiento de ambas figuras.

6. Respecto del segundo defecto, versa sobre la necesidad de que titular registral de los bienes ejecutados, haya sido demandada y requerida de pago en el procedimiento tramitado, como hipotecante no deudor-.

En cuanto al procedimiento de ejecución, ha de estarse a lo dispuesto por la legislación administrativa de aplicación pertinente, y en este sentido según dispone el artículo 163 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria «el procedimiento de apremio es exclusivamente administrativo y la competencia para entender del mismo y resolver todas sus incidencias corresponde únicamente a la Administración tributaria».

Por ello habrá que estar a los requisitos de tramitación del procedimiento de ejecución regulados en la legislación aplicable.

A este respecto, conforme al artículo 74, ejecución de garantías, del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, una vez iniciado el procedimiento de apremio, si la deuda estuviese garantizada y resultase impagada en el plazo al que se refiere el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se procederá a ejecutar la garantía. Y según sus apartados 3 y 4, si la garantía consiste en hipoteca, prenda u otra de carácter real constituida por o sobre bienes o derechos del obligado al pago susceptibles de enajenación forzosa, se procederá a enajenarlos por el procedimiento establecido en este reglamento para la enajenación de bienes embargados de naturaleza igual o similar. Pero si la garantía está constituida por o sobre bienes o derechos de persona o entidad distinta del obligado al pago, como sucede en este caso, se comunicará a dicha persona o entidad el impago del importe garantizado, requiriéndole para que, en el plazo establecido en el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ponga dichos bienes o derechos a disposición del órgano de recaudación competente, salvo que pague la cuantía debida. Transcurrido dicho plazo sin que se haya producido el pago o la entrega de los bienes o derechos, se procederá a enajenarlos de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior.

Por lo tanto, entre los requisitos para la ejecución está el previo requerimiento al hipotecante no deudor. Posteriormente el acuerdo de enajenación será notificado al obligado al pago, a su cónyuge si se trata de bienes gananciales o si se trata de la vivienda habitual, a los acreedores hipotecarios, pignoratícios y en general a los titulares de derechos inscritos en el correspondiente registro público con posterioridad al derecho de la Hacienda pública que figuren en la certificación de cargas emitida al efecto, al depositario, si es ajeno a la Administración y, en caso de existir, a los copropietarios y terceros poseedores de los bienes a subastar conforme al artículo 101.2

En el documento presentado aparece como obligado al pago Registro Prestaciones Informáticas SA, y que se han efectuado las notificaciones del artículo 101.2 del Reglamento General de Recaudación antes transcrito, pero nada se dice sobre el

preceptivo requerimiento exigible conforme al artículo 74 del mismo texto legal, por lo que debe confirmarse el defecto de la nota en base a la legislación aplicable.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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