

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13607 *Resolución de 4 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Huesca n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario y novación del mismo.*

En el recurso interpuesto por don Francisco Rodríguez Boix, notario de Huesca, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Huesca número 1, don José Pedro Gómez Barrio, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario y novación del mismo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Huesca don Francisco Rodríguez Boix, de fecha 11 de mayo de 2012, con el número 579 de orden de su protocolo de ese año, se otorgó por la entidad mercantil «Forjados y Cubiertas, S.A.» como vendedora, a favor de don J. A. A. U. como parte compradora, escritura de compraventa de una finca urbana y participaciones indivisas de fincas que dan derecho a plazas de aparcamiento; en el otorgamiento de la escritura, comparecen también don A. L. B. A., como administrador concursal de la entidad vendedora y don M. O. B. que interviene en nombre y representación de la entidad «Nueva Caja Rural de Aragón Sociedad Cooperativa de Crédito», también administradora concursal de la citada entidad vendedora; además, comparece doña M. P. L. F., en nombre y representación de la entidad «Banco de Valencia, S.A.», a los efectos de aceptar la subrogación del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la misma y novación de esta.

Los administradores concursales hacen expresa manifestación en la escritura, de que actúan al amparo de lo previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal, a cuyos efectos manifiesta que la operación objeto de ésta es inherente a la continuación de la actividad empresarial del deudor y propia del giro o tráfico de su empresa, por lo que dicha operación no está sujeta a la previa autorización judicial, sin que haya lugar a lo previsto en el artículo 155.3 de dicha Ley.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Huesca número 1 el día 11 de mayo de 2012, y fue objeto de calificación negativa de 18 de junio que a continuación se transcribe en lo pertinente: «Calificado el precedente documento, que ha sido presentado por fax el día 11 de mayo pasado, y efectivamente el día 18 de mayo siguiente, siendo retirado y vuelto a presentar el día 1 de los corrientes, con el asiento 789 del Diario 148, el registrador que suscribe ha resuelto suspender la inscripción solicitada, en base a los siguientes: Hechos: 1.º El documento calificado es la escritura de compraventa autorizada por el notario de Huesca don Francisco Rodríguez Boix el 11 de mayo de 2012, por la que la entidad Forjados Cubiertas, S.A. vende una vivienda y dos participaciones indivisas destinadas a aparcamiento y trastero, las cuales se hallan hipotecadas; la vivienda y el aparcamiento con una hipoteca, y el trastero con otra hipoteca distinta. 2.º El precio de la compraventa asciende a la cantidad total de 138.771,69 euros, más el impuesto, de cuyo precio retiene la parte compradora la cantidad de 136.000,00 euros para hacer pago del principal del préstamo hipotecario que

grava la vivienda y la plaza de aparcamiento, en cuya cantidad se subroga, consintiendo el acreedor la subrogación; respecto del trastero entrega el comprador cheque nominativo a favor del acreedor hipotecario –distinto del anterior– para la amortización total del préstamo que lo grava. 3.º De la escritura presentada resulta que la entidad vendedora ha sido declarada en concurso de acreedores por auto firme de 16 de marzo de 2012, cuyo auto no ha sido objeto de anotación ni inscripción en este Registro, si bien se incorpora a la escritura calificada; en dicho auto se decreta la conservación por el deudor de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometido su ejercicio a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. 4.º Comparecen en la escritura los dos administradores concursales nombrados, los cuales prestan su autorización y conformidad a la compraventa. En la comparecencia manifiestan aquéllos, al amparo de los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal, que la operación es inherente a la continuación de la actividad empresarial del deudor y propia del giro o tráfico de su empresa, “por lo que dicha operación no está sujeta a la previa autorización judicial, sin que haya lugar a lo previsto en el artículo 155.3 de dicha Ley”. Fundamentos de Derecho: 1.º Artículos 43 y 44 de la Ley Concursal, que exigen como regla general, la autorización judicial para la enajenación de bienes del concursado, salvo las excepciones que recoge el mismo precepto, entre las cuales están, ciertamente, las enajenaciones inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo 44. Según este último precepto, para facilitar la continuación de aquélla actividad, pueden los administradores concursales determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que por razón de su naturaleza o cuantía quedan autorizados con carácter general. No consta en la escritura calificada la determinación de tales actos, por más que parece indudable que la compraventa formalizada es propia de la actividad empresarial del deudor. No puede desconocerse a este respecto que el ámbito de los supuestos de excepción –los que no necesitan autorización judicial– se ha ampliado con la retoma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 (números 1.º y 2.º del apartado 3 del artículo 43), pero tales supuestos parecen fundamentados en la obtención de efectivo por la enajenación, lo que no ocurre cuando el adquirente retiene el precio para subrogarse en el crédito hipotecario. 2. Artículo 155.3 de la Ley Concursal que establece de modo terminante que si los bienes enajenados están afectos a créditos con privilegio especial (como los créditos hipotecarios, artículo 90 de la Ley Concursal), la enajenación –aún antes de la fase de liquidación– exige autorización judicial si el adquirente se subroga en la obligación del deudor, que es lo que ocurre en el caso presente. Añade el precepto que si el juez no autoriza la enajenación en estos términos se hará al contado, destinándose el precio al pago del crédito (es lo que se hace en la escritura calificada con el cuarto trastero). Siendo tan concluyente el precepto no parece que corresponda a los administradores concursales la facultad para excluir su aplicación, como hacen en la escritura; es decir, los administradores tienen competencia para determinar los actos que quedan autorizados con carácter general en los términos de los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal, pero no para excluir sin más una autorización estrictamente judicial que la ley regula al margen de aquéllos preceptos, referida a la enajenación de bienes hipotecados, y en la que no se establece excepción alguna por razón de la afección de los bienes hipotecados a la continuación de la actividad empresarial del deudor. La especialidad de la enajenación de bienes hipotecados, en cualquier estado del concurso, con necesidad de autorización judicial, al menos para las enajenaciones que no implican pago al contado (como en la venta con subrogación del crédito hipotecario), se confirma en el apartado 4 del mismo artículo 155, en cuanto también establece la necesidad de autorización judicial para la cesión en pago o para pago al acreedor o al tercero por él designado. Es decir, la ley parece mirar con recelo la enajenación de bienes del deudor que no implica un correlativo ingreso de efectivo a favor de la masa de acreedores. 3. Artículos 56 y 57 de la Ley Concursal, lo cuales vienen a confirmar la estrecha intervención judicial dentro del concurso en cuanto al destino de los bienes hipotecados, no sólo en su enajenación voluntaria, sino también en su enajenación forzosa por ejecución de la hipoteca

(suspensión o paralización y ulterior ejecución como pieza separada dentro del concurso, si los bienes hipotecados están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor). El defecto se estima subsanable, pues aunque la autorización judicial debería ser previa, nada parece oponerse a la posterior convalidación judicial de la enajenación, e incluso a la declaración judicial de innecesariedad de autorización atendidas las circunstancias concurrentes. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado. Contra la presente calificación podrá interponerse potestativamente recurso gubernativo, dentro del plazo de un mes desde la notificación, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o directamente ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia de situación del inmueble, dentro del plazo de dos meses desde su notificación, en la forma y con los requisitos determinados en los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; o bien instar, dentro del plazo de quince días, nueva calificación del Registrador sustituto, conforme al artículo 19 bis de la citada Ley. Huesca, 18 de junio de 2012. El Registrador (firma ilegible y sello del registro). Fdo. José Pedro Gómez Barrio».

III

El 21 de junio de 2012, se solicitó calificación sustitutoria que correspondió al registrador de la Propiedad de Barbastro, don Ángel Ramón Serrat Zubillaga, que con fecha de 2 de julio de 2012, emitió su calificación, en la que confirma la realizada por el registrador de Huesca y califica negativamente el título presentado.

IV

El día 5 de julio de 2012, don Francisco Rodríguez Boix, notario de Huesca, interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente: «La venta objeto de la escritura calificada no está sujeta a la autorización judicial ex artículo 155.3 de la LC (lo que supone intentar cohonestar o armonizar, cosa no fácil, lo previsto en los artículos 43,44 y 155.3 de la LC), en base a los siguientes argumentos: 1) Habida cuenta el objeto de la mercantil enajenante, la construcción y promoción inmobiliaria, –según resulta de la escritura calificada y, además, le consta al registrador (ante las múltiples escrituras que ya ha despachado de dicha sociedad), quien manifiesta en su nota que “parece indudable que la compraventa formalizada es propia de la actividad empresarial del deudor”, la venta objeto de la presente no está sujeta a la autorización judicial ex artículo 43.2 de la LC, dado que el artículo 43.3.3.º exceptúa de la misma “los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente”, y el artículo 44.2 LC, por su parte, señala que “en caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía,– quedan autorizados con carácter general”. Tales preceptos responden, por lo demás, a1 criterio de favorecer y mantener la continuidad de la empresa, evitando la pérdida de tejido empresarial, con la principal consecuencia de la conservación de los puestos de trabajo. Este efecto beneficioso de continuidad empresarial al menos durante la fase común del concurso, efecto sin duda de trascendental importancia, debe presidir, con arreglo a su espíritu y finalidad, la interpretación de la LC en esta materia. 2) La nota de calificación entiende que la excepción a la necesidad de autorización judicial, durante la fase común del concurso, cuando la administración concursal entiende que el acto de disposición es inherente a la continuación de la actividad empresarial del deudor, tiene, a su vez otra excepción, que se daría en los supuestos en que la venta se produce con subrogación, por parte del comprador, en el préstamo hipotecario que grava el inmueble, con la consiguiente subsistencia de la hipoteca, supuesto en que la autorización judicial volvería a ser precisa ex artículo 155.3 LC. Con tal interpretación, el registrador verifica una interpretación cuasi-derogatoria del artículo 43 LC, al que deja vacío prácticamente de contenido. Lo habitual y lógico es que, en la actualidad, las viviendas propiedad de las

mercantiles promotoras concursadas, se encuentren gravadas con hipoteca a favor de las entidades bancarias que han financiado la promoción. Pretender que los actos de enajenación de tales viviendas, por el hecho de estar hipotecadas, con subrogación del comprador en el préstamo hipotecario, queden sujetas a autorización judicial supone paralizar las enajenaciones de tales inmuebles, habida cuenta el colapso en que se encuentran los Juzgados de lo Mercantil, paralizaciones que, además, originarán, por un lado, habida cuenta la situación actual del mercado inmobiliario, la caída del precio de la vivienda, cuya venta deberá posponerse en el tiempo, y de otro, la no dilación de la venta evitarla que se sigan produciendo impagos de la hipoteca. Vender, con subrogación del comprador en la hipoteca, es totalmente inherente a la continuación de la actividad empresarial del promotor inmobiliario concursado y exigir la autorización judicial para tales ventas no es sino un refrendo protocolario perfectamente prescindible. No se olvide, además, que después de la reforma de la LC por Ley 38/2011, de 10 de octubre (reforma vigente en el momento del otorgamiento de la escritura de referencia), se han aumentado en el artículo 43 los supuestos de excepción de necesidad de autorización judicial, lo cual es coherente, además, con las declaraciones de la Exposición de Motivos de dicha Ley reformadora (“... Puede destacarse, así, la potenciación que se efectúa de las funciones de la administración concursal”... “En definitiva, esta ley aporta al instituto del concurso una mayor seguridad jurídica, la apertura de nuevas vías alternativas que buscan el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial...”). La interpretación registral produce un vaciado de hecho de las funciones de los administradores concursales, las cuales coarta. Junto a ello hay que reseñar que el juez del concurso no posee el conocimiento de la actividad concreta de la concursada como lo deben conocer los administradores y, por ello, son éstos los que están en mejor disposición para tomar decisiones en el ámbito de la actividad de la empresa. 3) Esta interpretación se ve confirmada por la doctrina sentada por la Resolución del Centro Directivo de 8 de junio de 2010 (Boletín Oficial del Estado de 9 de agosto de 2010). En el supuesto de hecho de esta Resolución se produce la venta de un inmueble por una sociedad concursada, con subrogación del comprador en el préstamo hipotecario y con la conformidad de los administradores concursales, quienes manifiestan no ser necesaria la autorización judicial autorización que, no obstante, se solicita y obtiene. Aunque el problema principal de tal Resolución no es el que ahora nos ocupa, sino una cuestión formal de títulos judiciales, resulta interesante comprobar que: Dicha Resolución para nada cita en los Vistos el artículo 155.3 de la LC. Y, además, afirma que: “...En el caso al que se refiere el presente expediente, resulta de la propia escritura que la autorización judicial fue solicitada por los administradores concursales, y que la misma fue concedida por el auto cuya copia se inserta. Por lo tanto, el juez del concurso no consideró innecesaria dicha autorización, lo que parecería presumir que el acto de disposición autorizado no entra dentro del giro o tráfico propio de la actividad profesional o empresarial del concursado...”. Es decir, para el Centro Directivo, la autorización judicial pudo venir exigida sólo por el hecho de inadecuación del acto con el giro o tráfico de la empresa, pero no porque así lo exigiera el artículo 155.3 de la LC. 4) El artículo 155.3 de la LC literalmente dispone que: “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”. La interpretación de dicho precepto dista de ser fácil. La manifiestamente mejorable dicción literal y sistemática de la LC se deja sentir particularmente en este precepto. Podría pensarse, en primer lugar, que el hecho de que tal precepto comience afirmando su aplicación “incluso antes de la fase de liquidación”, constituye un lapsus cálimi del legislador. Tal interpretación podría apoyarse en el hecho de que el precepto se encuentra incardinado dentro del Título V de la LC (de las fases de convenio o de liquidación), capítulo

II (de la fase de liquidación), sección 4.^a (del pago a los acreedores) y, además, en el hecho de que es un precepto coherente con la fase de liquidación, fase dirigida a realizar los bienes de la masa activa del concurso para, con el dinero obtenido proceder al pago de todas las deudas del concursado que integran la masa pasiva del concurso, por lo que una venta con subrogación de hipoteca, sin correlativo ingreso de metálico en la masa activa, precisaría la autorización judicial; a diferencia de la fase común en la que, como hemos visto, la conservación y continuidad de la empresa debe ser el principio dominante. Además, la Exposición de Motivos de la LC (apartado VII, destinado a la fase de liquidación) señala: “Como ya ha quedado expuesto al tratar de los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos con garantía real, la ley regula el pago de los créditos con privilegio especial de forma muy flexible, para evitar, en interés de la masa, la realización de los bienes o derechos afectos, autorizarla con subsistencia del gravamen o mediante venta directa”. Sin embargo, tal interpretación parece dudosa y ello por dos razones: En principio, no pueden presumirse los errores o equivocaciones del legislador. Resulta sintomático que el apartado 4 del artículo 155 (antes y después de su reforma por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), inmediatamente después del apartado 3, comience afirmando que “la realización en cualquier estado del concurso...”. Por tanto, la interpretación más coherente del artículo 155.3, y que permite su armonización con el artículo 43 LC, parece ha de ser la de estimar que dicho precepto, durante la fase común del concurso, sólo rige respecto de aquellos actos de disposición que, por no ser inherentes al giro o tráfico de la empresa, están sujetos a la autorización judicial, limitándose el precepto, supuesta la necesidad de dicha autorización y el hecho de que los bienes se encuentren afectos a créditos con privilegio especial, a ofrecer dos opciones al juez: Una opción es que el juez autorice la enajenación con subsistencia de la carga y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor; en este caso la deuda queda excluida de la masa pasiva y el exceso que se hubiera pagado, si lo hubiere, integrado en la masa activa. La otra opción tiene lugar cuando el juez no la autorice en tales términos (la expresión no parece haya de entenderse en el sentido de falta de toda autorización, sino de que el juez haya autorizado la venta, pero no la subrogación, aunque ello también puede ser objeto de discusión habida cuenta la desgraciada redacción del precepto), en cuyo caso, y como única alternativa, se contempla que el precio obtenido se aplique al pago del privilegio especial. La letra del precepto apoya tal interpretación (“... el juez... podrá autorizarla”). En conclusión, y cualquiera que sea la interpretación que se mantenga sobre tan desafortunado precepto, la venta objeto de la escritura calificada no está sujeta a la autorización judicial ex artículo 155.3 LC (en el mismo sentido el auto 704 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de 28 de diciembre de 2009) ya que, además, de todo lo expuesto: No tiene sentido el someter a un mayor gravamen y traba procedimental a los bienes gravados con hipoteca y por ende, a las sociedades que comercializan los mismos, lo cual puede provocar un continuo sesgo de la actividad comercial y la pérdida de oportunidades de negocio, lastre que no tienen otro tipo de actividades. La finalidad del artículo 155 LC, si se observa bien, no es sino la de proteger el crédito privilegiado. El apartado 1 ya es una declaración de intenciones de la norma, pero es que los siguientes apartados, el 2 y el 3, ya que el 4 es una norma procesal, insisten en esta idea. Así el apartado 2 habla de nuevo de pago y satisfacción total de los créditos privilegiados, pero es que el 3, alegado por el registrador, fija dos posibilidades, como ya hemos visto, ambas con el mismo resultado, la disposición del bien. La primera de ellas requiere autorización del juez para disponer de una concreta forma, la cual, en todo caso, de nuevo protege el crédito privilegiado, ya que lo que existe es una subrogación que, aunque no lo dice el precepto, tendrá como requisito ineludible el consentimiento del acreedor, ex artículo 1.205 del Código Civil y 118.1 de la Ley Hipotecaria. La segunda de las formas, también tiene como denominador común la protección del privilegio especial, al indicar que el importe se aplique al pago de tal privilegio. A la vista de lo anterior, dado que cualquier acto de disposición debe respetar el derecho del crédito privilegiado especial, lo relevante es ello, y si ello se va a verificar en todo caso, exista o no autorización, y se vehicule el acto de disposición por la vía del artículo 155 o no, la finalidad de la norma se cumple con

que todo lo obtenido se aplique al privilegio especial, que no se puedan verificar subrogaciones sin consentimiento del acreedor, y que si el crédito con privilegio especial no se cubre por completo, el bien siga respondiendo del resto, manteniéndose la garantía salvo renuncia del acreedor. Si todo esto se verifica, y debe verificarse por imperativo legal, la autorización judicial es un trámite perfectamente prescindible. Como hemos visto, el artículo 155 está pensado, sin duda, para la fase de liquidación, aunque sea cierto que alude a cualquier fase del concurso. No obstante, aún entendiéndolo ello así, debe afirmarse que la salvedad de los artículos 43 y 44 LC sería igualmente aplicable, por tanto, a estos bienes, y esta vía procedimental de venta no debería ser de necesaria aplicación ya que la regulación de actos de disposición en la fase común tiene sus normas específicas, las de los referidos artículos 43 y 44 LC. Recordemos que también el artículo 43.2 exige la autorización judicial, al igual que el artículo 155.3 LC, pero sin embargo introduce una excepción de tipo pleno, es decir ni el artículo 43 ni el 155 LC aluden a que, en relación a los bienes vinculados por vía de garantías a créditos con privilegio especial, no sea aplicable la excepción vista. Se trata, en definitiva, de interpretar la LC atendiendo al espíritu y finalidad de favorecer la continuidad de la empresa, porque ello es, precisamente, lo más favorable para la economía nacional y para los acreedores, dejando de lado lecturas e interpretaciones literales y faltas de imaginación que lo único que consiguen es, como ha quedado dicho, el colapso de los Juzgados de lo Mercantil y la paralización del tráfico jurídico, de por sí escaso en la actualidad, inmobiliario.

5) Finalmente, la interpretación que se mantiene no perjudica: Ni a la masa activa, ya que la misma, si bien puede no ingresar el metálico procedente de la venta, caso de venta por el importe del principal pendiente de amortizar por razón del préstamo hipotecario, sí ve reducido el importe de las deudas del concursado, que quedan excluidas de la masa pasiva. Ni al principio de igualdad de trato de los acreedores (“par conditio creditorum”). En efecto, aunque como consecuencia de la subrogación, el acreedor hipotecario puede ver sustituido a un deudor insolvente por otro solvente, no hay que olvidar que el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución especial y separada, previa declaración del juez del concurso de que el bien no se encuentra afecto o es necesario para la continuación de la actividad empresarial del concursado (artículo 56.5 LC). Y no se olvide que, respecto de una empresa promotora inmobiliaria, las viviendas construidas son producto o resultado de la actividad y no bienes afectos o necesarios para la continuidad de la misma».

V

Mediante escrito con fecha de 12 de julio de 2012, el registrador de la Propiedad emitió en informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 17 del mismo mes).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1205 del Código Civil; 118.1 de la Ley Hipotecaria; 43, 44, 56, 57, 90 y 155 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal; la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 2010; y Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 20 de mayo de 2009.

1. Plantea este expediente el problema de si es inscribible una escritura de compraventa con subrogación de un préstamo hipotecario en que concurren las circunstancias siguientes: la entidad vendedora está declarada en concurso de acreedores; el auto de declaración del concurso decreta la conservación por el deudor de las facultades de administración y disposición del patrimonio, quedando sometido su ejercicio a la autorización y conformidad de los administradores concursales que se ha producido mediante su intervención en la escritura; los administradores concursales consienten la operación en atención a que es inherente a la continuación de la actividad de la empresa y

propia de su giro o tráfico, por lo que manifiestan que no está sujeta a previa autorización judicial de acuerdo con los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal.

2. La Ley Concursal, reformada por la Ley 38/2011 que ha ampliado el ámbito de los supuestos de excepción, sujeta a autorización judicial la enajenación o gravamen de los bienes o derechos que integran la masa activa del concursado; regla general de la que excepciona, entre otros, los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, habilitando a los administradores concursales para determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la empresa, que por su naturaleza o cuantía, quedan autorizadas con carácter general; e incluso al deudor para realizar por sí solo, antes de que aquéllos hayan aceptado su cargo, los que se demuestren imprescindibles y ajusten a las condiciones generales del mercado.

La cuestión de derecho se reduce por tanto a decidir si resulta acreditado en el presente caso, tal como manifiestan los administradores en la escritura, que las enajenaciones cuya inscripción se pretende están comprendidas en el giro o tráfico de la entidad declarada en concurso. La extensión del giro de la empresa es un dato de hecho cuya prueba puede envolver cierta dificultad, tal como la doctrina ha destacado a la hora de interpretar el alcance y sentido del apartado segundo del artículo 44.2 de la Ley Concursal que no ha sido afectado por la reforma, en un procedimiento tan formalista como el registral.

En cualquier caso, en el presente, la incertidumbre que pudiera existir sobre ese asunto ha quedado despejada por la manifestación expresa de los administradores concursales, que comparecieron en la escritura, confirmando ese extremo. Es obvio que si el legislador permite a los administradores determinar con carácter general los actos que deben entenderse comprendidos en el giro o tráfico, con más razón habrá que entender que les permite hacerlo cuando esa determinación la hagan caso por caso, es decir, uno a uno, en que el riesgo de una determinación errónea es evidentemente mucho menor.

3. Resuelto este punto queda todavía por decidir una segunda cuestión: la de si la enajenación cuya legalidad se examina en este expediente al referirse a un bien afecto al pago de un crédito con privilegio especial –aun cuando deba darse por probado, como es el caso, que la operación cuya inscripción se pretende pertenece al giro o tráfico de la empresa– debe entenderse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 155.3 de la Ley Concursal, necesita de autorización judicial. Más en concreto, la de si la compraventa con subrogación de un crédito hipotecario como parte del precio, aun siendo una operación propia del giro de la empresa, necesita de la autorización judicial del artículo 155.3 de la Ley; precepto que, con arreglo a su tenor literal, sería de aplicación general, es decir, incluso antes de la fase de liquidación.

Una interpretación lógica y sistemática, sin embargo, de esta norma, sobre todo si nos atenemos a la finalidad perseguida por la reforma del 2011 de la Ley Concursal, lleva a concluir que no estamos ante una excepción (artículo 155.3) de las excepciones (artículo 43.3), sino, como mucho, a una modulación del principio general (artículo 43.2). Es decir, que el precepto en cuestión (artículo 155.3) se limita (para los casos en que sea necesaria la autorización judicial porque no concurre ninguna de las excepciones legales) a determinar el contenido de esa autorización y sus consecuencias según los casos.

4. Nótese, por lo demás, que, por expreso mandato legal, la disposición de esos bienes (esto es, los que son objeto del giro o tráfico de la empresa) se exceptúa de la autorización judicial, sólo y exclusivamente, según la coletilla final del 43.3 de la ley, «en los términos establecidos en el artículo siguiente» (esto es, del siguiente y ningún otro), y que éste no sólo no hace ninguna salvedad o remisión al 155 sino que sanciona el principio, enunciado por lo demás en términos imperativos, de que «la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad empresarial que viniera ejerciendo el deudor». Cosa que sucedería inevitablemente si las promotoras de edificios (un sector de la actividad económica, necesitada de una inversión intensiva de capital que hace imposible en la mayoría de los casos la autofinanciación) se vieran obligadas, una vez

declaradas en concurso, para vender las viviendas construidas mediante financiación hipotecaria, a pedir siempre autorización judicial (o cancelar la hipoteca que las grava, anticipando la devolución del crédito asegurado y descapitalizando, por tanto, más la empresa). Alternativas ambas que, por distintas razones, una formal y otra práctica, de procederse a una aplicación rigurosa, sin distinciones, de la regla del citado 155.3, harían inviable la continuidad del negocio.

Un tratamiento diferenciado, el que aquí se postula, para los bienes objeto de transacciones propias del giro o tráfico, cuya necesidad confirman otros preceptos de la Ley Concursal. Por ejemplo, los 56 y 57 que a contrario los excluyen de su régimen ya que (salvo supuestos de autoconsumo para esos fines) no estarán afectos a la actividad empresarial ni serán necesarios para su continuidad. Dato que, dada la remisión que a ellos hace el 155.2, inclina también a excluir globalmente –los primeros, es decir, los comprendidos en el giro o tráfico– del ámbito de aplicación de este último precepto. Una excepción al 155.3 (y por tanto al 43.2) de la ley Concursal que, por lo demás, han profundizado las de los números 1 y 2 del artículo 43.3, incorporadas en la reciente reforma, hasta un punto tal, que debido a los amplios términos en que están redactadas, ha quedado invertida la relación natural entre excepción y regla.

En consecuencia, a la vista de todas estas consideraciones, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y dejar sin efecto la nota del registrador.

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, 4 de octubre de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.