

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10105 *Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Zaragoza n.º 9, por la que se deniega una anotación de embargo seguido contra el cónyuge de una persona declarada en concurso.*

En el recurso interpuesto por don A. B. C., en nombre y representación de «La Zaragozana, S.A.», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Zaragoza número 9, don Fernando Canals Brage, por la que se deniega una anotación de embargo seguido contra el cónyuge de una persona declarada en concurso.

Hechos

I

Mediante mandamiento dictado el día 30 de noviembre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza, se decretó, a instancia de «La Zaragozana, S.A.» y «Bebinter S.A.», el embargo, por vía de mejora, de la finca registral número 67.208 del Registro de la Propiedad de Zaragoza número 9, que está inscrita con carácter consorcial a nombre de la demandada y su marido, respecto del cual consta inscrito la declaración de concurso voluntario decretado el día 26 de abril de 2012, con intervención de sus facultades de administración y disposición y nombramiento de administrador concursal.

II

Presentado dicho mandamiento en el Registro de la Propiedad de Zaragoza número 9, se le comunicó al presentante con fecha de 23 de diciembre de 2015 los defectos de los que, a juicio del registrador, adolecía el documento presentado, a saber: que el mandamiento debería haber sido expedido por el Juzgado de lo Mercantil conocedor del concurso y que, además, debería haberse notificado al cónyuge del embargado y a la administración concursal. El documento se retiró y fue objeto de una nueva presentación el día 27 de abril de 2016, acompañando al mandamiento originario una diligencia de ordenación del mismo Juzgado haciéndose constar que se ha notificado al esposo concursado de la ejecutada y al administrador concursal. Desde el Registro se advirtió, el día 6 de mayo de 2016, que el mandamiento debe proceder del Juzgado en el que se tramita el concurso del cónyuge, en cuya masa pasiva y activa deben estar integrados el bien embargado y el crédito objeto de ejecución (a salvo que en dicho concurso se practique la liquidación de la sociedad consorcial de la deudora, determinándose en consecuencia sus bienes privativos, sobre los que practicar la ejecución separada). El documento se retiró, siendo presentados nuevamente el mandamiento y la diligencia de ordenación el día 18 de mayo de 2016, que fueron objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Zaragoza número 9. Nota de calificación. I. Hechos: 1.º El día veintisiete de abril del año dos mil dieciséis se presentó con el número de asiento 1088 del Tomo 70 del Libro Diario, mandamiento expedido el treinta de noviembre del año dos mil quince por el Juzgado Primera Instancia 3 de Zaragoza, posteriormente retirado por su presentante y nuevamente aportado el dieciocho de mayo del año dos mil dieciséis, acompañado de testimonio de diligencia de ordenación extendida por la Letrada de la Administración de Justicia y del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza, doña R. G. S. En dicho mandamiento se ordena la anotación en el Registro

del embargo trabado sobre la finca registral 67208 de Zaragoza Sección 1.ª, idufir 50025000682853, en procedimiento seguido en dicho Juzgado bajo el número 136/2015 B3, a instancia de «La Zaragozana, SA» y «Bebinter, SA», contra doña E. M. L. L. 2.º Tal mandamiento fue objeto de una notificación de defecto, con expresión de los derechos de que el presentante podía hacer uso. Habiendo sido retirado con fecha doce de mayo del año dos mil dieciséis y devuelto con fecha dieciocho de mayo del año dos mil dieciséis, solicitando se extienda nota de calificación. 3.º La situación registral de la finca al día de la fecha es la siguiente: consta inscrita a favor de los cónyuges don J. I. P. H. y doña E. M. L. L., con carácter consorcial de su matrimonio. Y consta inscrito en este Registro el concurso voluntario de don J. I. P. H., seguido en el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Zaragoza, en procedimiento concursal número 76/2012 B, mediante mandamiento librado en Zaragoza el 29 de mayo de 2012 dictado por la Secretaria de dicho Juzgado, que contiene auto de fecha 26 de abril de 2012, cuyo mandamiento motivó la inscripción 5.ª de dicha finca 67208, con fecha 4 de julio de 2012, sin que conste ningún asiento posterior que indique en qué fase se halla tal concurso, respecto del que la única noticia relevante posterior es la que resulta de propio documento presentado, de haberse notificado el Decreto de embargo a la Administradora concursal. Es pues tal situación registral la que debe tenerse presente en esta calificación. II. Fundamentos de Derecho. 1.º La situación de concurso en que se halla el esposo de la ejecutada afecta directamente al procedimiento de ejecución incoado contra su esposa, afección que no puede resolverse mediante la notificación del embargo al mismo, además de a la administración concursal, sino que requiere de la participación activa, en la medida que resulte de las diversas circunstancias que puedan concurrir, del Juzgado de lo Mercantil ante el que se sigue el indicado procedimiento concursal. Ello resulta de las siguientes normas establecidas por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: 1.ª El artículo 8 que establece que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como consecuencia, asimismo la adopción de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado. Evidentemente dentro de tal patrimonio está incluido el bien ahora embargado, aunque forme parte de la sociedad consorcial que mantiene con su esposa. 2.ª El artículo 24, conforme al cual, practicada la anotación preventiva o la inscripción de declaración de concurso, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1., excepción que se refiere tan solo a procedimientos administrativos O ejecuciones laborales. 3.ª El artículo 49, que establece que: «1. Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes. 2. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal.» De este número 2 se sigue indudablemente que el acreedor de persona cuyo cónyuge haya sido declarado en concurso debe obtener la satisfacción de su crédito en el juicio universal seguido contra éste. Salvo en el caso en que su crédito no sea de la responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. No resulta del mandamiento manifestación alguna acerca de que el crédito reclamado sea un crédito de tal clase excluido por tanto de la masa pasiva. Y en todo caso, dado el principio de atribución exclusiva y excluyente al Juez concursal, tal apreciación deberá proceder de éste, excluyendo por tanto su propia y universal jurisdicción, máxime en el caso en que el embargo de bienes gananciales sea pedido por insuficiencia del patrimonio personal del cónyuge deudor (artículo 224 CDFA, artículo 1373 C.C.), supuesto en el que el hecho de que la responsabilidad de los bienes consorciales no sea directa y solidaria, como en el caso de los artículos 219 CDFA, artículos 1365 a 1369 C.C., sino subsidiaria, no puede significar la exclusión del crédito

reclamado de la masa pasiva del concurso del deudor, al contrario precisamente la propia subsidiariedad de la acción emprendida contra el bien consorcial, justifica con más razón la necesidad de control de las circunstancias del crédito y de su satisfacción por el Juez del concurso, en cuya masa activa, como veremos inmediatamente, está incluido el bien con el que se pretende obtener tal satisfacción. 4.ª El artículo 77 relativo precisamente a los bienes conyugales ordena: «2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.» Igualmente aquí, la exclusión del bien consorcial embargado de la masa activa del concurso por no deber responder de las obligaciones del concursado, corresponde al Juez concursal, conforme a lo antes expresado. Como ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) no existe en nuestro Derecho un principio de presunción de ganancialidad de las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, pero evidentemente de aquí no puede extraerse el principio contrario de presunción de no afectación a los bienes consorciales de las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, a la vista de preceptos como los artículos 219 CDFA, artículos 1365 C.C. y 6 a 12 C. de co. Por consecuencia, la circunstancia de que en el caso concreto el bien consorcial inscrito no deba responder de las obligaciones del concursado ha de declararse expresamente por el Juez, y este Juez no puede ser otro que el Juez de lo Mercantil ante el que se sigue el procedimiento concursal dado su jurisdicción exclusiva y excluyente sobre todas las materias que afecten al concurso, incluida por tanto la apreciación de todas las circunstancias de exclusión de tal procedimiento universal (Resoluciones DGRN de 7 de junio de 2010, 6 de octubre de 2011 y muchas otras posteriores). Amén de que el solo hecho de la expedición del mandamiento por el Juez del concurso al registrador de la propiedad ordenando la práctica de la anotación preventiva del mismo respecto de un bien de la sociedad consorcial del concursado debe implicar conforme al citado artículo 77.2 LC el reconocimiento judicial expreso de que tal bien responde de las obligaciones del concursado, por lo que solo al Juez concursal corresponde desde entonces alterar tal situación, a salvo que el cónyuge del concursado haya ejercido su derecho a la disolución de la sociedad conyugal, lo cual alterarla las circunstancias de hecho y por consecuencia la calificación, pero obviamente es una circunstancia que no puede considerarse en tanto no conste registralmente. Aunque no puede dejarse de decir que la circunstancia de que en el presente caso la situación pueda abocar, a petición de uno u otro cónyuge, a la disolución de la sociedad consorcial y a la separación por tanto de los patrimonios de cada cónyuge afectos a sus propias responsabilidades (artículos 225 y 245 CDFA, artículo 1373 C.C. y art. 77.2 LC), no excluye la jurisdicción del Juez para tal liquidación, según este último precepto, Juez que no puede ser otro que el Mercantil ante el que se sigue el concurso, puesto que tal liquidación del consorcio debe llevarse a cabo de forma coordinada con la que resulte del convenio o de la liquidación del concurso, por lo que su mera posibilidad, y las circunstancias de toda índole que puedan acaecer, no podrían justificar la práctica de una anotación preventiva ordenada al margen de tan repetida situación concursal, y de lo dispuesto expresamente en los citados artículos 8 y 24 LC. 2.º Como consecuencia de todo lo anterior, la ejecución seguida deberá atemperarse a lo ordenado en el artículo 55 de la repetida LC, que excluye su inicio o suspende su tramitación, sin que pueda por tanto practicarse tampoco una medida cautelar como la anotación preventiva, por vetarlo además el citado artículo 8 LC. Salvo claro es que el Juez de lo Mercantil ante el que se sigue el concurso acuerde que no se dan las circunstancias para que ni el bien embargado ni el crédito perseguido formen parte de la masa activa y pasiva, respectivamente, del concurso del cónyuge del embargado, y puede practicarse la ejecución separada contra éste. III. Acuerdo: Suspender la práctica de la anotación preventiva de embargo ordenada, en tanto no resulte por resolución del Juez de lo Mercantil ante el que se sigue el concurso del cónyuge del

deudor y titular registral la posibilidad de tramitación separada de un juicio ejecutivo respecto de un bien incluido registralmente en tal concurso. Medios de impugnación (sin perjuicio de que el interesado ejercite en su caso cualquier otro que estime procedente): (...) Zaragoza, a uno de junio del año dos mil dieciséis.–El Registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. B. C., en nombre y representación de «La Zaragozana, S.A.», interpuso recurso el día 18 de julio de 2016 en base a los siguientes argumentos: El Registro de la Propiedad de Zaragoza número 9 acuerda la suspensión de la práctica de anotación preventiva de embargo. «La no anotación del embargo preventivo de embargo por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Zaragoza, pese a que se ha cumplido con el requerimiento inicial del Registrador en el sentido de notificar no solo a la ejecutada, sino al cónyuge y a la Administración Concursal de éste, pese a lo ordenado en mandamiento de 30 de noviembre de 2015 (...), y diligencia de 18 de abril de 2016 (...). Los F. de derecho son: Se han vulnerado los principios de confianza legítima y de los actos propios, pues actúa el Sr. Registrador en contra de su anterior Acuerdo; también se ha vulnerado el artículo 42 Ley Hipotecaria y 140 y 144 Reglamento Hipotecario en cuanto prevén la notificación al cónyuge no deudor».

IV

El registrador emitió informe el día 28 de julio de 2016 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3, 18 y 100 de la Ley Hipotecaria; 8, 24, 49, 55, 76 y 77 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 219, 220, 224 y 225 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 2013, 23 de mayo de 2014 y 23 de octubre de 2015.

1. Se debate en este recurso la procedencia de una anotación de embargo decretado por un Juzgado de Instancia contra uno de los cónyuges, constando la finca inscrita con carácter común para su consorcio conyugal regulado en el Código de Derecho Foral de Aragón, dándose las circunstancias de que, del historial registral de la finca, resulta inscrita la declaración de concurso voluntario del cónyuge de ésta.

La cuestión discutida es si procede decretar el embargo sobre bienes consorciales por deudas del cónyuge del concursado y, si procede, qué órgano judicial es competente para decretarlo y en qué circunstancias.

Sostiene el registrador, que el embargo debería proceder del Juzgado de lo Mercantil en cumplimiento de lo previsto en los artículos 24, 49 y 77 de la Ley Concursal.

2. La declaración del concurso, además de importantes efectos sobre la capacidad de administración y disposición del concursado y su patrimonio, supone atribución de la competencia con carácter exclusivo y excluyente al juez del concurso en el artículo 8 de la ley. La intención del legislador no fue otra que todo asunto que pueda incidir en la situación patrimonial del concursado deba ser conocido y resuelto por el juez de lo Mercantil a fin de lograr la realización universal del patrimonio del concursado y el pago de sus deudas por el orden de prelación establecido en las leyes. En particular dice el citado artículo, que deberá conocer de «las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...».

En el mismo sentido, el artículo 24 en su apartado cuarto, establece que «si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en Registros Públicos se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención, o en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración del concurso que los acordados por el juez de este, salvo lo establecido en el artículo 55.1». En consonancia, el artículo 55 prevé que «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor...».

El imprescindible respeto a la función jurisdiccional que las leyes atribuye en exclusiva a jueces y magistrados, exige que las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, los registradores, cumplan las resoluciones judiciales sin que competa al registrador de la Propiedad calificar los fundamentos de esas resoluciones (Resoluciones de 4 de mayo y 17 de diciembre de 2012, 15 de marzo de 2013 y 23 de mayo de 2014). Esto no obstante, además de las formalidades extrínsecas del documento presentado, el registrador debe examinar la competencia del juzgado o tribunal, así como la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido y los obstáculos que resulten del Registro, o de la normativa legal o reglamentaria que sea de aplicación (cfr. artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento).

3. Debe partirse de dos circunstancias que van a determinar la resolución del recurso. En primer lugar, que la finca está inscrita a nombre de la ejecutada y su cónyuge para su consorcio conyugal, recogido en el Código de Derecho Foral de Aragón, y, en segundo lugar, que sobre la misma finca figura inscrito el concurso del marido de la demandada.

La declaración de concurso supone, de un lado, la determinación de todo el activo del concursado que va a responder de los créditos concursales y de otro la integración en la masa pasiva de todos los créditos contra el concursado.

Efectivamente, la formación de la masa activa y pasiva presentan especialidades cuando el concursado está casado en un régimen de comunidad.

Desde el punto de vista del activo, el artículo 76 de la Ley Concursal, que no hace sino recoger el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil en sede concursal, establece, como regla general, que constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. En el caso de que se trate de persona casada el artículo 77 determina que: «1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

Como acertadamente sostiene el registrador, la exclusión del bien consorcial embargado de la masa activa del concurso, por no responder de las obligaciones del concurso, corresponde declararlo al juez del concurso. De esta posible responsabilidad de los bienes comunes respecto de las deudas contraídas por el concursado, se deriva el hecho de que se mande inscribir la declaración del concurso de un cónyuge sobre la finca inscrita con carácter consorcial, que como señala este Centro Directivo (cfr. Resolución 23 de octubre de 2015), requiere notificación al cónyuge no deudor por aplicación conjunta de los artículos 144 del Reglamento Hipotecario y 77 de la Ley Concursal.

Todo ello teniendo en cuenta, además, que una vez declarado el concurso e integrados los bienes comunes o gananciales en la masa activa para responder de las deudas del concursado, puede el cónyuge del concursado pedir la liquidación del régimen matrimonial, que se realizará en pieza separada según resulta del artículo 21.1.7 de la Ley Concursal,

que no consta que se haya solicitado por lo que de acuerdo con el historial registral de la finca el bien consorcial está incluido en la masa activa del concurso y afecto a las resultas del mismo.

4. Pero este no es el caso planteado, ya que en el presente expediente el mandamiento de embargo presentado se refiere a una deuda contraída no por el cónyuge concursado, sino por su consorte, debiendo resolverse en este recurso si los acreedores del cónyuge del concursado se ven afectados por la situación concursal de una persona que no es quien contrajo la deuda.

La solución a la cuestión controvertida debe encontrarse analizando qué créditos deben incluirse en la masa pasiva.

Dice el artículo 49 de la Ley Concursal, en su primer párrafo, que «declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes».

Este artículo fue objeto de reforma por Ley 38/2011, de 10 octubre, que introduce un segundo párrafo a los efectos que aquí interesa. Dice este artículo 49.2 que «en el caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal».

Tanto el Código Civil, como el Código de Derecho Civil Foral de Aragón, establecen una presunción de ganancialidad respecto de los bienes cuya titularidad privativa no consta (cfr. artículos 1361 del Código Civil y 217 del Código de Derecho Foral de Aragón), pero dicha presunción no opera respecto de las deudas. El débito contraído por uno solo de los esposos tiene en principio carácter privativo. Esto no obstante, el artículo 219 del Código de Derecho Foral de Aragón establece una serie de deudas que son responsabilidad del caudal común aunque hayan sido contraídas por uno solo de los cónyuges. Y, además, el artículo 224 del Código de Derecho Foral de Aragón, prevé que «de las deudas contraídas por un cónyuge... responden en primer lugar los bienes privativos del cónyuge deudor, y faltando estos o siendo estos insuficientes, los bienes comunes...». En el caso de embargo de bienes comunes por insuficiencia de los privativos, puede el cónyuge no deudor pedir la disolución de la comunidad (teniendo en cuenta la especial naturaleza de la sociedad disuelta y no liquidada en el derecho aragonés y si régimen de gestión).

En el caso planteado, el embargo del bien consorcial es solicitado por los acreedores del cónyuge no concursado, ante la insuficiencia de los bienes privativos para hacer efectivo su derecho, embargo que debe ser notificado al cónyuge concursado, para que, si lo estima oportuno, ejercite la opción de disolver la comunidad conyugal o, como le permite el Código de Derecho Foral de Aragón, salvar el valor que le corresponde en el patrimonio común, pidiendo la liquidación del bien, sin disolución del consorcio.

Cualquiera de las dos opciones, dada la situación especial del concursado, deberán ejercitarse ante el juez del concurso, y dado que el concursado tiene sus facultades intervenidas, se requiere la concurrencia de la administración concursal.

Esto no significa que los acreedores del cónyuge deudor no concursado queden desprotegidos. De las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges responden como se ha dicho, sus bienes privativos y subsidiariamente los bienes comunes, pero estos bienes comunes están sujetos a las vicisitudes derivadas de la actividad de ambos cónyuges no solo de su cónyuge deudor. Permitir la ejecución separada supondría hacer estos créditos de mejor condición que el resto de créditos contra el consorcio conyugal.

Corresponde, en definitiva, al juez del concurso determinar si los acreedores del cónyuge del concursado deben incluirse en la masa pasiva, por tratarse de créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal (cfr. artículo 49.2 de la Ley Concursal).

En base a todo lo anterior el recurso debe ser desestimado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación 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, 13 de octubre de 2016.– El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.