

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13606 *Resolución de 24 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Mieres a expedir una certificación de dominio y cargas.*

En el recurso interpuesto por doña M. P. L. A., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de «Caja Rural de Asturias, S.C.C.», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Mieres, doña Guadalupe Cuesta Vizoso, a expedir una certificación de dominio y cargas.

Hechos

I

Mediante mandamiento, dictado el día 27 de octubre de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Mieres, en el procedimiento de ejecución hipotecaria número 325/2011, se solicitó la expedición de certificación de dominio y cargas prevista por el artículo 656.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de las fincas registrales números 70.666 y 70.670 del Registro de la Propiedad de Mieres, constando como titular registral la sociedad «Enol Desarrollos Inmobiliarios, S.A.» que se encontraba en situación de concurso declarada por auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Oviedo, de 23 de marzo de 2009, habiéndose aprobado el convenio de acreedores por sentencia de 20 de diciembre de 2010 dictada por el titular del mismo Juzgado de lo Mercantil, inscrito en el referido Registro el día 7 de mayo de 2011, inscripción 3.º de ambas fincas. Por auto dictado el día 20 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Oviedo, se declaró que la entidad concursada se encontraba en situación de liquidación y que las fincas 70.666 y 70.670 del Registro de la Propiedad de Mieres no eran necesarias «para la continuidad de la concursada». En el mismo sentido se pronunció otro auto dictado por el mismo Juzgado el día 8 de enero de 2019.

La hipoteca objeto de ejecución se constituyó en virtud de escritura autorizada por el notario de Mieres, don Francisco María Rodríguez Reinoso, el día 11 de marzo de 2002, bajo el número 260 de protocolo, causando la inscripción 2.ª del Registro de la Propiedad de Mieres, practicada el día 5 de abril de 2002.

II

Presentado el día 19 de marzo de 2019 el referido mandamiento en el Registro de la Propiedad de Mieres, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos:

Siguiéndose en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de los de Mieres, Ejecución Hipotecaria número 325/2011, a instancia de Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito, contra Enol Desarrollos Inmobiliarios, S.A., se libró mandamiento con fecha 27 de octubre de 2016, en el que se ordena la expedición de certificación de cargas en la que consten los extremos previstos en el artículo 656.1 de la L.E.C. y, al mismo tiempo, se haga constar por nota marginal en la inscripción de la hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas como resulta del indicado artículo de la L.E.C., debiendo proceder, en su caso, a las notificaciones

previstas en el artículo 659 y siguientes de la L.E.C. respecto de las fincas registrales números 70.670 y 70.666 del Ayuntamiento de Mieres.

Se acompañan fotocopias del Auto de 20 de diciembre de 2018 dictado por el titular del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de los de Oviedo, don Miguel Ángel Álvarez-Linera Prado, en el que se tramita procedimiento concursal número 4000091/2009, en el que se declara que las fincas registrales números 70.670 y 70.666 del Ayuntamiento de Mieres no son necesarias para la continuidad de la concursada. Igualmente, resulta del Auto que la sociedad en concurso se encuentra en liquidación.

Del examen de los Libros, Archivos y base gráfica de este Registro, resulta que las fincas registrales 70.670 y 70.666 del Ayuntamiento de Mieres, figuran inscritas a nombre de Enol Desarrollos Inmobiliarios, S.A.

Por la inscripción 2.^a de las mencionadas fincas registrales figura inscrita la constitución de la hipoteca a favor de Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito.

Por la anotación letra A de las mencionadas fincas registrales figura anotada la declaración de concurso voluntario de, entre otros, la entidad Enol Desarrollos Inmobiliarios, S.A. practicada en virtud de Auto de 23 de marzo de 2009 dictado por el Juzgado de lo Mercantil, número 2 de los de Oviedo, en el que se tramita procedimiento concursal número 4000091/2009.

Por la inscripción 3.^a de las mencionadas fincas registrales figura la inscripción de la aprobación del convenio de acreedores practicada en virtud de sentencia de 20 de diciembre de 2010 dictada por el titular del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de los de Oviedo, don Miguel Ángel Álvarez-Linera Prado, en el que se tramita procedimiento concursal número 4000091/2009.

Fundamentos jurídicos

Conforme a los artículos 18, 19, 19 bis, y 21 de la Ley Hipotecaria, y artículos 98 al 101 de su Reglamento.

– Es necesario la aportación de una copia auténtica del Auto de 20 de diciembre de 2018 dictado por el titular del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de los de Oviedo, mencionado anteriormente, y no de una fotocopia del mismo porque las fotocopias no tienen la consideración de documentos auténticos, por lo que el presentado no cumple con el requisito esencial de documentación pública o auténtica establecido en los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 y 34 de su Reglamento como señalaron las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 2002 y 14 de octubre de 2006, entre otras.

– El artículo 56 de la Ley Concursal admite la iniciación de la ejecución por parte de los acreedores con garantía real una vez que se haya aprobado un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de tal derecho o haya transcurrido 1 año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación en el caso de bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, o, en el caso que se hubiere suspendido la ejecución, 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 pero, como dispone el artículo 57.1 de la misma Ley, el ejercicio de la acción se someterá a la jurisdicción del Juez del concurso. En efecto el artículo 57 de la Ley Concursal determina que: “1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.” Asimismo, como resulta del Auto que se acompaña por fotocopia, la sociedad en concurso se encuentra en liquidación por lo que de acuerdo con el apartado 3 del artículo 57 de la

Ley Concursal, “los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.” En consecuencia, no procede la expedición de la certificación ordenada por no ser el Juzgado que la solicita competente para entender del procedimiento, que necesariamente debe seguirse ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Oviedo.

La Registradora que suscribe, teniendo en cuenta los citados hechos y fundamentos de derecho, acuerda no practicar la operación solicitada, por los defectos que resultan de los fundamentos de derecho, anteriormente expuestos.

Y por considerarlo un defecto subsanable se procede a la suspensión de los asientos solicitados del documento mencionado.

No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado.

Contra esta calificación podrá (...)

Mieres, a 2 de abril de 2019.–La registradora. Fdo. Guadalupe Cuesta Vizoso (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. P. L. A., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de «Caja Rural de Asturias, S.C.C.», interpuso recurso el día 3 de mayo de 2019 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«(...) Primero: Según refiere la calificación en sus Hechos y Fundamentos, resulta de los mismos que la denegación de la expedición de la certificación de cargas cuya emisión le fue ordenada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Mieres en los meritados autos de ejecución hipotecaria lo es primero por haber aportado un documento no original del auto de 20 de diciembre de 2018 dictado por el titular del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo y segundo por encontrarse el titular registral Enol Desarrollos en concurso ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo, según consta en las anotaciones preventivas (registrares n.º 70.670 y 70.666). Y fundamenta la Registradora su calificación en la aplicación de los arts. 56 y 57 de la Ley Concursal al decir que la denegación lo es por “no ser el Juzgado que la solicita competente para entender del procedimiento, que necesariamente debe seguirse ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo”.

Siendo necesario precisar que, como consta en el auto de 20 de diciembre de 2018 dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo, las dos fincas (70,666 y 70.670) objeto del procedimiento de ejecución no son necesarias para la continuidad de la concursada, y son estas las que se solicita que se proceda conforme el artículo 656 de la LEC, y se remita la certificación de dominio y cargas.

Además, como consta en los meritados autos ejecutivos y resulta del edicto de fecha 18.02.11 (BOE n.º 50 de fecha 28.02.11), se publica la sentencia dictada en fecha 20.12.2010 por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo en el Procedimiento Concursal n.º 4000091/2009 de la deudora Enol Desarrollos Inmobiliarios S.A. por la que se aprueba la propuesta de convenio presentada por la precitada concursada y aceptada por la junta de acreedores celebrada en fecha 23.09.10; se acuerda el cese de los efectos del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor y se acuerda el cese de la administración concursal, con los demás efectos que contiene la meritada Resolución judicial. Y encontrándose actualmente en la liquidación.

Segundo: Como quiera que la denegación de ese Registro se fundamenta en que el ejercicio de la acción debe someterse a la jurisdicción del Juez del concurso, decir como motivo de recurso que tal afirmación no se corresponde con la Jurisprudencia y doctrina

aplicable al caso. Así, debemos partir del hecho de que esa competencia del Juzgado de lo Mercantil se establece únicamente para los bienes afectos a la actividad empresarial, lo que conlleva, necesariamente, dos características respecto de tal afectación: a) que la empresa tenga actividad y b) que aun teniéndolo los bienes estén afectos a tal actividad. Y de no concurrir esas características, la competencia no es de la jurisdicción mercantil, como han declarado, con reiteración los Tribunales de la Jurisdicción civil.

Así lo reconocen el Auto del Juzgado Mercantil de Oviedo, de 13-03-2006 y el del Juzgado Mercantil n.º 1 de Oviedo, de 20-02-2007, a cuyo tenor:

“Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse y seguirse ante los Juzgados de Primera Instancia”.

Igualmente, como sostiene el auto de fecha 15 enero 2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Madrid, la competencia del Juzgado de lo mercantil está justificada en los siguientes criterios: “1. La necesidad de declaración de bien afecto a la actividad empresarial que debe realizar el Juez del concurso. 2. La tutela del principio de continuidad de la actividad económica desarrollada por el concursado de acuerdo con los arts. 43,3 y 44 de la Ley concursal; y 3. La resolución que sirviendo a los principios anteriores pueda hacerse sobre el aplazamiento de tales ejecuciones hipotecarias de acuerdo con los art. 56 y 57 de la Ley Concursa. En cuanto a la cuestión de la competencia para conocer de las ejecuciones de créditos con garantía real sobre bienes no afectos, el problema que plantea la regulación se refiere a la competencia objetiva para el conocimiento de dichas acciones, pues como hemos visto, tales ejecuciones deben continuar su trámite, incluso pueden iniciarse tras la declaración del concurso.”

En el mismo sentido lo sostiene el magistrado Ignacio Sancho Gargallo, en el interesante voto particular del auto de 28 de junio de 2007 (AC 2007, 1581) y que textualmente dice: “Y otra excepción se contiene en los dos preceptos siguientes, en los arts. 56 y 57 LC, cuando regula como se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. El art. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo (‘hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación’), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado. Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el art. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto (‘Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales’) debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a ‘las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda’. No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que ‘iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso’.

Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del art. 90 LC sujeta a las reglas previstas en el art. 155 LC. Resulta lógico que, sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursoales. El art. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC). La previsión del art. 57.1 LC que atribuye al juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del art. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas” En el mismo sentido se han pronunciado una mayoría abrumadora de los órganos judiciales de lo Mercantil, entre los que cabe citar los el auto de fecha 23 de marzo de 2006, el auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo Autos del Juzgado de lo Mercantil 2 de Barcelona de 24 de mayo de 2006 (AC 2006, 1217) y 26 de septiembre de 2006 (AC 2007, 383); el del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 29 de septiembre de 2006 (PROV 2007, 38872), o por citar alguna de las últimas, la del Juzgado de la Mercantil número 8 de Madrid de 15 de enero de 2010.

Así, el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Salamanca de fecha 25 de mayo de 2010 declara su falta de competencia objetiva sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria proveniente del Juzgado de Primera Instancia.

El Auto del Juzgado Mercantil de Bilbao, de 22-03-2005, el Auto del Juzgado Mercantil 2 de Barcelona, de 24-05-2006 y el Auto del Juzgado Mercantil 1 de Alicante, de fecha 23-02-2006 (Auto 95/2006), a cuyo tenor (...)

“2) La concursada carece en la actualidad de actividad, por lo que, aunque el bien tuviera inicialmente (y en vía de hipótesis) esa condición de afecto, la ha perdido en todo caso, ya que no puede hablarse de bienes afectos en ese caso. Hay que tener presente a la hora de su determinación que solamente quedan paralizadas o suspendidas las ejecuciones de garantías reales referidas en el artículos 56, el que por tanto, se trata de una norma limitativa o restrictiva, que no puede ser objeto de interpretación amplia o extensiva (artículo 4 del CC), sin que legislador haya establecido que el interés del concurso permita al Juez del concurso adoptar una decisión distinta, como, por ejemplo, si ocurre en materia de resolución contractual (artículo 61 y 62) que viene a configurar un régimen novedoso y en parte excepcional al sistema consagrado en materia de resolución contractual en artículo 1124 del CC, por su subordinación al interés del concurso. Apunta la Doctrina (a la que hay que acudir ante la falta de jurisprudencia, inclusive de pronunciamientos judiciales de las Audiencias Provinciales) que la afección se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su naturaleza implica o exige la existencia real y

efectiva de una organización profesional o empresaria. No parece lógico que hablemos de bienes afectos a su actividad profesional o empresarial si no hay actividad. Por tanto, si desde el Inicio o durante la tramitación del concurso desaparece la actividad profesional empresarial del deudor concursado a la que pudiera estar vinculado funcionalmente el bien, se producirá una desafección de aquellos bienes que inicialmente si pudieran estar destinados al desarrollo de dicha actividad”.

A igual conclusión llega el Auto AP Las Palmas, 12-01-2006, al indicar que “lo que persigue la Ley Concursal es la continuidad de la actividad empresarial del concursado en lo posible (arts. 44 y 100 LC) y para ello es preciso mantener la estructura productiva y de prestación de servicios de la concursada”, y en igual sentido el Auto AP-Lugo, 18-05-2006, que mantiene que “si cesó la actividad, no puede haber bienes necesarios para su continuidad”.

A mayor abundamiento, la Doctrina y diferentes pronunciamientos judiciales, entienden que solo son bienes afectos los integrantes del inmovilizado, destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa, condición que no recae en los bienes objeto de la presente ejecución hipotecaria, como reconoce, entre otros el Auto AP Las Palmas, 12-01-2006, ya citado, a cuyo tenor sólo son bienes afectos los integrantes del inmovilizado, destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. No son bienes afectos los inmuebles que una sociedad promotora tiene como existencias para su venta:

“Tercero.–Por bienes del concursado ‘afectos a su actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad’ hemos de entender aquellos elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de contabilidad. Su finalidad es la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, servir de forma estable a la actividad de la empresa y se caracteriza también por su carácter duradero pudiendo ser utilizados durante más de un ejercicio económico. Estas características distinguen el inmovilizado de otros activos como las existencias que son bienes o cosas, que posee una empresa y están destinados a su venta en el curso normal de su actividad o a ser transformado se o consumidos en el proceso productivo. La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa les pretende dar. En el caso de autos sometido a revisión de esta Sala las plazas de garaje hipotecadas por el Banco Popular Español SA, no forman parte del inmovilizado material de la empresa deudora en concurso de acreedores, la Sociedad Anónima Canaria de Obras (SACO), sino de su activo circulante como existencias en cuanto ni se trata de una empresa que tenga por objeto social la explotación de garajes o parking, ni consta estén destinadas al uso de su directivos o empleados. Por el contrario, parece claro que el destino de las plazas de garaje propiedad de la concursada es su venta a terceros y por ello se deben incluir entre las existencias y así, de lectura de la escritura de préstamo hipotecario (folio 76), se desprende que el destino del edificio de aparcamientos en construcción objeto de financiación mediante el préstamo hipotecario otorgado por el Banco Popular Español, es su posterior adquisición por los compradores”.

Como consecuencia de lo anterior, no estamos en ninguno de los supuestos establecidos en la Ley Concursal para que sea competente el Juzgado de lo Mercantil, y, por ello el Juzgado de Primera Instancia de Mieres es el indicado para conocer de la ejecución hipotecaria.

Tercero: A todo ello, se añade el reciente pronunciamiento de la Secc. 1.ª AP Oviedo, de fecha 3-03-2011 (apelación 598/2010), que hace un magnífico resumen de la competencia en esta materia; y a cuyo tenor:

“Segundo.–El objeto del presente recurso se encuentra dirigido por tanto a determinar si la ejecución hipotecaria cuya incoación se solicita por el Banco acreedor

debe ser sustanciada en el seno del proceso concursal con las especialidades previstas en los arts. 56 y 57 L.C., tal y como pretende el apelante en su recurso, o si por el contrario se trata de una ejecución que debe ser merecedora del privilegio procesal de la ejecución separada, con las consecuencias que le son propias referidas a la atribución competencial al Juzgado de primera instancia del lugar donde radique la finca (art. 684-1.º LEC) así como a la posibilidad que asiste al acreedor de realizar los bienes hipotecados al margen del concurso hasta hacerse cobro de la suma garantizada, con posterior entrega del sobrante a la masa, tal y como se desprende de la resolución apelada.

Dispone el art. 56-1 Ley Concursal que 'los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva son de su titularidad 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 transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación', estableciendo de esta manera un régimen especial de suspensión de tales ejecuciones que obedece al principio presente a lo largo del articulado de la L.C. de posibilitar la continuación de la actividad que viniera desarrollando el concursado. En tales casos cobra todo su sentido la vis atractiva del concurso que encuentra su lógico fundamento en la necesidad de amparar en su seno a todas aquellas cuestiones que conciernan al destino de los bienes afectos y solo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso, y en ese preciso sentido se expresa la redacción literal del art. 57-1 L.C. cuando señala que 'el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda'. El ámbito de esta norma que viene a residenciar en el Juez del concurso la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones sobre garantías reales debe entenderse limitado únicamente a los bienes afectos, conclusión que se puede alcanzar por la sola rúbrica del precepto 'inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales' y por su propia redacción cuando habla del ejercicio de las acciones previstas en el artículo anterior, es decir, de las que habían quedado paralizadas o suspendidas por tratarse de bienes afectos. Si por el contrario el bien sujeto a la garantía real se tratará de un bien no afecto a aquella actividad, la repetida vis atractiva deberá necesariamente decaer al haber desaparecido el presupuesto sobre el que se sustenta. Ninguna ventaja se sigue para el concurso de que tales ejecuciones se ventilen dentro del proceso, pues, como ya se ha dicho, la realización forzosa de la garantía constituida sobre un bien no afecto, precisamente por tal circunstancia, no incide en la solución que aquel pueda alcanzar, razón por la que procede acudir a las normas extraconcursales a la hora de determinar la competencia para el conocimiento de las ejecuciones sobre los repetidos bienes que gozarán por tanto de la ejecución separada a todos los efectos.

Entiende esta Sala, tal y como ya se pronunció en el Auto dictado con fecha 28 junio 2010, que no cabe argüir en contra de la anterior decisión la regla general proclamada por el art. 8 L.C. cuando en su apartado 3.º –en términos coincidentes con lo dispuesto en el art. 86 ter L.O.P.J.–atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de 'toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado'.

Así, por cuanto la norma contenida en el art. 57 solo tiene razón de ser si es considerada como regla especial frente a la general arriba transcrita, siendo así que en caso contrario, esto es, si se entendiera que comprende las ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes, devendría en un precepto superfluo por redundante. Pero es que además el propio diseño de las ejecuciones en la Ley Concursal está admitiendo la existencia de ejecuciones separadas que escapan a la jurisdicción del Juez del concurso, como son las ejecuciones que puedan continuar la

Administración Pública y los Tribunales de la jurisdicción laboral en los supuestos contemplados por el art. 55-1 L.C., para cuyas actuaciones ejecutivas no operará el cierre registral que para las restantes se produce con la práctica de la correspondiente anotación preventiva del concurso (art. 24-4 L.C.). Finalmente, la solución aquí expuesta puede verse reforzada si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes (art. 3-1 C. Civil), visto que el apartado 5.º del art. 55 L.C. que originalmente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue suprimido en aras a posibilitar el Integro desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello.

Finalmente cabe llamar la atención acerca de que el tan repetidamente alegado criterio mantenido por la A.P. Barcelona Secc. 15.º, ha sido recientemente modificado mediante su Auto de 22 septiembre 2010 en el que pasa a acoger la postura que aquí defendemos, puesto que, entre otras razones, 'la previsión del art. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del art. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas”.

Cuarto: En este sentido, y, siguiendo la jurisprudencia y doctrina de los Tribunales de nuestro país, en un supuesto idéntico porque es mi mandante y como ejecutado Nuestro Enol Desarrollos Inmobiliarios, S.A. se presentó demanda de ejecución hipotecaria y ha recaído en el Juzgado de Primera Instancia n.º1 de Langreo con número de autos 128/2012, aquí no ha supuesto ningún problema el que la mercantil se encontrase en concurso, y el Juzgado se ha declarado competente y además no ha habido ningún problema para que se expida la certificación de cargas.

En este caso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Mieres se ha declarado competente, no consta ningún requerimiento de inhibición del Juzgado Mercantil, tampoco consta que la concursada se haya opuesto a la competencia civil, y frente a ello, se alza el Registrador estableciendo cual debe ser la competencia, y ello en contra de lo que establece la expuesta Doctrina y la Jurisprudencia lo cual, a nuestro juicio, supone una extralimitación en sus funciones ya que corresponde plantear este incidente de competencia en sede judicial máxime cuando, a todas luces, los pronunciamientos existentes, se mueven en la dirección apuntada por esta parte.

En consecuencia, entendemos que se debe proceder a la inmediata expedición de la certificación de cargas interesada y, caso de persistir en la denegación, proceder al trámite del presente recurso para ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Quinto: La desatención por parte del Registro de la Propiedad de Mieres de la solicitud de expedición de la certificación de cargas que como orden judicial entraña el mandamiento (ex art. 149.SO LEC), denegándola al amparo de una norma inaplicable a la ejecución que nos ocupa evidencia un exceso por su parte con vulneración de los derechos procesales y constitucionales que asisten a mi mandante en ejercicio de sus acciones ya que, por demás, y en tanto que acordada por el Juzgado carece de competencias de fondo y forma para denegarla. Es evidente que no le corresponde al Registrador, en tanto que facultad reservada de índole judicial, la paralización de un procedimiento judicial en curso, que entraña la denegación de la expedición de la certificación de cargas.

En todo caso, sea cual fuere la norma aplicable, ha de tenerse en cuenta que se trata de Juzgados de Igual Clase (el civil y el mercantil) sin que en el presente caso se hubiere planteado ni cuestión alguna de competencia ni formulado recurso alguno contra la

decisión del Juzgado Civil de Mieres no obstante la comunicación cursada por el mismo al Juzgado Mercantil ni por la administradora concursal ni por el mismo Juzgado, lo que abunda aún más si cabe en la necesidad de que el registrador cumpla con lo solicitado por el Juzgado, en este caso, de Mieres.

A los expuestos hechos son de aplicación los siguientes fundamentos de derecho:

(...) IV. Se adjuntan al recurso los documentos exigidos por el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, así como los demás testimoniados por el Juzgado de Primera Instancia de Mieres en los meritados autos de ejecución 325/2011. En concreto: la demanda de ejecución de fecha 29 de abril de 2011; el Auto de fecha 9 de mayo de 2011 de despacho de ejecución; el documento n.º 6 acompañado con la demanda consistente en BOE de publicación del Edicto de la Sentencia de fecha 20.12.10 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo en el Procedimiento Concursal n.º4000091/2009. Por último, el auto de 20 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Mercantil n.º2 de Oviedo y la calificación negativa del Registro de la Propiedad de Mieres de fecha 2 de abril de 2019.

V. Y en cuanto al fondo se denuncia la infracción por indebida aplicación de la normativa contenida en la Ley Concursal, en sus arts. 551 56, 57 y concordantes; así como de la Doctrina Jurisprudencial que la interpreta y desarrollo y el exceso por parte del Registrador en la atribución de competencias que no le son propias y de las que deriva la paralización del repetido procedimiento de ejecución hipotecaria, del modo expuesto en los motivos de este recurso. (...)».

IV

La registradora de la Propiedad emitió informe y, por mantener la calificación impugnada, elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 22 de mayo de 2019.

Fundamentos de Derecho

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

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

– El día 11 de marzo de 2002, bajo el número 260 de protocolo, se autorizó por el notario de Mieres, don Francisco María Rodríguez Reinoso, escritura de préstamo hipotecario, en virtud del cual la entidad «Enol Desarrollos Inmobiliarios, S.A.» constituyó hipoteca sobre las registrales números 70.666 y 70.670 del Registro de la Propiedad de Mieres a favor de «Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito», causando la inscripción 2.ª, de 5 de abril de 2002.

– Por sentencia de fecha 20 de diciembre de 2010 dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Oviedo, ante el que se sustanciaba el procedimiento concursal número 4000091/2009 de la entidad «Enol Desarrollos Inmobiliarios, S.A.», previamente declarada en situación de concurso de acreedores, por auto de fecha 23 de marzo de 2009, se aprobó el convenio de acreedores propuesto por tal sociedad.

– Por auto dictado el día 9 de mayo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Mieres, se acordó despachar ejecución a favor de la parte ejecutante, «Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito», frente a la concursada «Enol Desarrollos Inmobiliarios, S.A.», así como requerir de pago a esta última, en procedimiento de ejecución hipotecaria número 325/2011.

– Por mandamiento dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Mieres, el día 27 de octubre de 2016 se solicitó certificación de dominio y cargas relativo a las fincas números 70.666 y 70.670 del Registro de la Propiedad de Mieres, en procedimiento de ejecución hipotecaria número 325/2011, de conformidad con el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

– Por auto dictado el día 20 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Oviedo, se declaró que la entidad concursada se encontraba en situación de liquidación y que las fincas 70.666 y 70.670 del Registro de la Propiedad de Mieres no eran necesarias «para la continuidad de la concursada». En el mismo sentido se pronunció otro auto dictado por el mismo Juzgado el día 8 de enero de 2019.

La registradora funda su negativa a la expedición de la certificación en dos razones. En primer lugar, entiende necesaria la aportación de una copia auténtica del auto de fecha 20 de diciembre de 2018 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Oviedo, y no de una mera fotocopia, al carecer ésta última de valor de documento auténtico. En segundo lugar, objeta que la competencia del procedimiento ejecutivo corresponde al Juzgado de lo Mercantil y no al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, al encontrarse la sociedad concursada en estado de liquidación.

La recurrente, por el contrario, defiende la competencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción ante el que se inició el procedimiento ejecutivo, así como la validez del auto judicial de fecha 20 de diciembre de 2018, el cual fue objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado», denunciando una extralimitación de la registradora en el ejercicio de su función calificadoras así como la expedición de una certificación de dominio y cargas por otro Registro de la Propiedad con ocasión de otra ejecución hipotecaria contra la misma entidad concursada.

2. En primer lugar, no procede abordar el análisis del primero de los defectos expresados por la registradora en su calificación (relativo a la falta de aportación de una copia auténtica del título en vez de una mera fotocopia del mismo) toda vez que nada expresa sobre tal extremo el recurrente en su escrito de impugnación.

3. Circunscrito el recurso al segundo de los defectos señalados por la registradora en su nota, conviene hacer dos consideraciones previas.

La primera de ellas se refiere a la alegación por parte de la recurrente de la circunstancia de haber sido expedida una certificación de dominio y cargas por otro Registro de la Propiedad con ocasión de otro procedimiento ejecutivo contra la misma sociedad deudora concursada.

Sobre esta cuestión, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos (cfr., por todas, las Resoluciones de 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012, 22 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 24 de junio de 2013, 25 de julio y 13 de noviembre de 2017 y 27 de febrero de 2018, entre otras).

La segunda es que, en contra de lo alegado por la sociedad recurrente, la cuestión de la competencia objetiva para la ejecución de las garantías reales cuando el deudor se encuentra en situación concursal, es materia plenamente calificable por el registrador (ex artículo 100 del Reglamento Hipotecario) y de extrema importancia por su carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal, cuya infracción puede provocar la nulidad del acto (artículo 238.1.º de la Ley Orgánica del

Poder Judicial), tal y como ha recordado este Centro Directivo en reiteradas ocasiones (cfr. Resoluciones de 10 y 19 de enero de 2017).

4. Hechas las precedentes aclaraciones, es necesario advertir que no se cuestiona en ningún momento la posibilidad de ejecución mediante ejercicio de la acción hipotecaria. Lo que debe decidirse es si mantiene la competencia para la ejecución separada el juez ordinario, fijada la competencia en el momento de la interposición de la demanda de ejecución que tuvo lugar en fase de convenio, o si lo que procedería una vez abierta la fase de liquidación, en su caso, es la suspensión del curso de las actuaciones pasando la competencia al juez del concurso, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada (artículo 57.3 «in fine» de la Ley Concursal).

A los efectos que la aprobación del convenio de acreedores produce respecto de la ejecución de los créditos y la posibilidad de llevar a cabo una ejecución separada de los mismos ante el juez territorial competente se ha referido esta Dirección General en reiteradas ocasiones. Así, la Resolución de 4 de abril de 2016, confirmada por otras de fecha posterior (cfr. Resoluciones de 10 y 19 de enero de 2017) expresó lo siguiente:

«(...) Por todo lo analizado, se produce una radical mutación de los efectos de la declaración de concurso una vez aprobado el convenio con los acreedores, de tal manera que la paralización y suspensión de acciones y ejecuciones singulares prevista en el artículo 55 de la Ley Concursal sólo despliega sus efectos, durante la fase de declaración de concurso, quedando las mismas superadas por la aprobación firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio, eso sí, de las previsiones o medidas adoptadas en el mismo que pudieran tener naturaleza patrimonial más allá de una mera quita o espera. Por ello, una vez aprobado el convenio debemos atenernos a las limitaciones en él impuestas. La aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte a los acreedores hipotecarios, también incide en la ejecución hipotecaria, pues se levanta la suspensión de ejecución sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, como se deduce del artículo 56 de la Ley Concursal antes transcrito».

Añade la misma Resolución, después de citar la doctrina del Tribunal Supremo, que «(...) Esta eliminación de los efectos propios de la declaración de concurso, y su sustitución por los establecidos en el convenio ha sido igualmente reconocida en la doctrina de este Centro Directivo. Así, en Resoluciones consolidadas desde la antigua regulación de suspensión de pagos (15 de noviembre de 1999) hasta la regulación actual de la Ley Concursal (entre otras, en las Resoluciones de 13 de octubre de 2011, 8 de abril y 13 de diciembre de 2013 ó 6 de octubre de 2014) contemplan una recuperación de las facultades del concursado, sin perjuicio de los propios efectos previstos en el convenio que sujetarán y regularán las relaciones entre deudor y acreedores. A modo de ejemplo la Resolución de 8 de abril de 2013 consideró que aprobado el convenio, y en tanto no resulte del mismo ninguna limitación, que en ningún caso pueda suponer exclusión del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (cfr. artículo 1911 del Código Civil), debe entenderse que es posible la práctica de anotaciones preventivas de embargo, ordenadas por juzgados o administraciones distintos del Juzgado de lo Mercantil que lo estuviera conociendo, por cuanto, como proclama el artículo 133 de la Ley Concursal desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso, y la posterior de 13 de diciembre de 2013 señaló que incluso en ausencia de tales medidas limitativas o prohibitivas, algunos de los efectos de la fase común del concurso, previstos en el Título III de la Ley Concursal, subsisten y se extienden a la fase de convenio, alguno de ellos de indudable trascendencia registral. Todo ello sin perjuicio de entender, también en consonancia con la jurisprudencia antes detallada, que el concurso no puede entenderse concluido hasta que no alcance firmeza el auto que declare cumplido el mismo, de acuerdo con lo

previsto en los artículos 141 y 176.1.2.º de la Ley Concursal, así Resolución de 24 de octubre de 2014».

Y concluye afirmando que «(...) por lo tanto, el único impedimento para que el acreedor hipotecario pueda ejecutar separadamente su garantía, incluso cuando recaiga sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, es que del contenido del convenio aprobado resulte afectado el ejercicio de este derecho, en cuyo caso el régimen de sus derechos dependerá de la solución negocial acordada, circunstancia que podrá ponerse de manifiesto ante el juez competente por el deudor o por cualquier interesado legítimo».

5. Ello no obstante, ocurre en este expediente que, si bien el procedimiento ejecutivo había sido iniciado durante la fase de convenio del concurso de acreedores, al tiempo de la presentación del mandamiento solicitando la expedición de la certificación de dominio y cargas ya había sido declarada la apertura de la fase de liquidación del concurso tal y como declara el mismo Juzgado de lo Mercantil ante el que se sigue el procedimiento concursal con ocasión de la expedición de un auto declarativo de que las fincas en cuestión no son necesarias para la continuidad de la actividad de la concursada. Por ello debe determinarse qué es lo que ocurre con aquellos procedimientos cuya ejecución se inicia o continúa en fase de convenio (como consecuencia del levantamiento de los efectos suspensivos que la aprobación de aquél conlleva, según lo arriba expuesto), pero en los cuales, sin estar concluidos, por la concurrencia de cualquiera de las circunstancias previstas por el artículo 143 de la Ley Concursal se produce ulterior apertura de la fase liquidatoria.

A esta situación se ha referido esta Dirección General en su Resolución de 19 de enero de 2017 en la que se declaraba que, no obstante su trascendencia, la falta de claridad de la legislación concursal en materia de competencia para la ejecución de las garantías reales ha dado lugar a una numerosa jurisprudencia menor. En la actualidad, la tesis mayoritaria que se impone entiende que no es cierto que cualquier ejecución hipotecaria sobre bienes integrados en el patrimonio del concursado corresponda al conocimiento del juez del concurso, de conformidad con el principio general del artículo 8.3 de la Ley Concursal que atribuye a dicho juez competencia exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». El artículo 55.4 de la Ley Concursal exceptúa de la prohibición de iniciación de ejecuciones singulares, o de su paralización en caso de que estuvieren iniciadas, lo dispuesto para las garantías reales en los artículos 56 y 57. La jurisprudencia mercantil ha perfilado el alcance de estos preceptos sosteniendo de manera mayoritaria que la competencia del juez del concurso en esta materia quedaría circunscrita a los bienes necesarios. Cuando la garantía real está constituida sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, por lo que quien debería conocer de las correspondientes ejecuciones no habría de ser el juez del concurso sino el competente de acuerdo con las normas extra concursales. La modificación de este artículo 56 realizada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, se justifica en la exposición de motivos para «limitar los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real aquellos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial». Se reconoce así la intención del legislador de que la suspensión no alcance a los bienes que no tengan esta condición de ser necesarios.

Resultando evidente la relevancia que tiene la calificación como necesarios de los bienes afectos a la garantía real, será el juez del concurso, en cualquier caso, el único competente para decidir si el bien contra el que se sigue o se pretende seguir una ejecución hipotecaria es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 56.5 de la Ley Concursal). La atribución de la competencia para la apreciación de estas circunstancias en favor del juez Mercantil se justifica porque así se compagina el principio de universalidad de la masa activa del concurso con estas excepciones que posibilitan ejecuciones separadas al margen del

concurso. A salvo del supuesto específico previsto en el artículo 76.3 de la Ley Concursal para los titulares de créditos privilegiados sobre los buques y las aeronaves, los ejecuciones separadas al margen del concurso amparadas por la legislación concursal presuponen siempre una previa declaración del juez del concurso por la que se declare el carácter no necesario del bien (vid. artículos 55 y 56 de la Ley concursal). Adviértase que, aunque se haya reconocido de manera mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia la competencia del juez ordinario para la ejecución de las garantías reales cuando recaen sobre bienes no necesarios, lo cierto es que desde la fecha de declaración de concurso, sea o no firme, también éstas resultan afectadas por la suspensión, aunque ya estuvieren publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, pues sólo se alzará y se ordenará que continúen cuando se incorpore al procedimiento testimonio del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios.

Como se apuntaba al principio, se debe resolver ahora una situación no prevista por el legislador, a saber, la de un proceso de ejecución hipotecaria que se inició habiendo sido aprobado el convenio por sentencia del Juzgado de lo Mercantil, donde por haber cesado los efectos del concurso de conformidad con el artículo 133 de la Ley Concursal, la competencia para la tramitación correspondería al juzgado ordinario, pero que, antes de solicitar la expedición de la certificación de título y cargas al Registro de la Propiedad, se ha declarado la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del convenio. Además el crédito garantizado con la hipoteca no es un crédito concursal, sino contra la masa por lo que no se ve afectado por el contenido del convenio, que es de fecha anterior.

La solución a este supuesto, ciertamente compleja, puede equipararse a la situación de un proceso hipotecario iniciado contra quien no estaba en concurso pero que después pasa a estar declarado en esta situación, que consiste en la suspensión contemplada en el artículo 56.2 de la Ley Concursal. Y se alzará la suspensión desde el instante que conste en autos testimonio de la resolución del juez del concurso por la que se declare el carácter no necesario del bien, en cuyo caso la ejecución continuará hasta su conclusión sin que se vea afectada por las vicisitudes propias del concurso (artículo 57.2 de la Ley Concursal).

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

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

De no hacerse así, la disposición aplicable al presente supuesto sería el segundo inciso del artículo 57.3 de la Ley Concursal: abierta la fase de liquidación «las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada». La consecuencia es que el procedimiento de ejecución hipotecaria suspendido deberá reanudarse conforme al último inciso del artículo 57.3 citado, acumulándose al procedimiento de concurso para su prosecución en pieza separada. Conforme al artículo 76.1 de la Ley Concursal únicamente forman parte de la masa activa 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. Los bienes del deudor sobre los que esté constituida una garantía real están integrados en la masa activa, pero lo están como bienes gravados o limitados por el derecho real y, así, la integración de los bienes con garantía hipotecaria en la masa activa del concurso no excluye el derecho del titular de la garantía a la realización individual de su derecho, esto es, su derecho a la ejecución separada del bien gravado que, conforme al artículo 56.2 de la Ley Concursal, ha quedado suspendido y reanudado de conformidad con los artículos 57.1 y 57.3. Se posibilita de esta manera la ejecución separada del bien, sin perjuicio de que el eventual sobrante que pudiera producirse sea remitido a la masa activa del concurso.

Por otra parte, es cierto que aprobado el convenio cesan los efectos del concurso, pero éste no concluye hasta que no se dicte la resolución prevista en el artículo 176 de la Ley Concursal. Con el convenio se produce una suspensión temporal de sus efectos, pero el deudor sigue en concurso hasta que se declare su conclusión. El tenor literal del artículo 57.1 de la Ley Concursal al utilizar la ex-presión «durante la tramitación del concurso», en puridad, comprende hasta su conclusión, por tanto mientras no se dicte la resolución prevista en el artículo 176 se está tramitando el concurso a estos efectos, como tiene declarado el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera, 146/2015, de 26 de marzo) por lo que hasta ese momento la competencia sería del juez del concurso. Con la aprobación del convenio cesan los efectos del concurso, el juez del concurso deja de tener competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los artículos 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio. Esta pérdida de competencia del juez del concurso será definitiva si se dicta la resolución prevista en el artículo 176 de la Ley Concursal. Pero recupera el juez del concurso su competencia con la apertura de la fase de liquidación. En la fase de convenio la competencia del juez del concurso puede entenderse como residual y limitada a los supuestos expresamente contemplados en la ley, pe-ro si se tuviera que abrir la fase de liquidación por incumplimiento, el juez retoma todas las competencias, aún mayores que durante la fase común.

En el presente caso, acreditada la existencia de los presupuestos que permiten esa ejecución se-parada, es incuestionable que ha de hacerse a través de la citada causa ya abierta, sometida a la totalidad de su normas procesales, incluida la del precio o valor de tasación a efectos de subasta, sin más alteración que la competencia, que será la del juez del concurso conforme a lo previsto en el artículo 57.3 Ley Concursal. El acreedor hipotecario no pierde su condición de ejecutante con todas los derechos que la ley procesal le concede, sólo se produciría, en su caso, un cambio del juzgado competente, que pasar a ser el juzgado Mercantil, pero sin cambio de procedimiento (ejecución en pieza separada dentro del concurso), y con la previsión de que el sobrante obtenido de la ejecución, de haberlo, pasará a formar parte del masa de bienes con que hacer pago a los acreedores concursales.

La solución propuesta equilibra de manera adecuada el carácter universal que supone la liquidación concursal con los derechos del acreedor hipotecario a la ejecución separada de su crédito. Además, el artículo 140.4 de la Ley Concursal, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, dispone en su segundo párrafo que «no obstante lo anterior, si el incumplimiento afectase a acreedores con

privilegio especial que hubieses quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación (...)». Este artículo, al referirse expresamente a acreedores vinculados o adheridos al convenio (y el acreedor ejecutante en el presente caso no lo es, pues su crédito es posterior a la aprobación del convenio), no hace sino evidenciar una excepción a la regla general. Lo que ampara este artículo es que, a pesar de haberse abierto la fase de liquidación, puede iniciarse una ejecución separada en estos supuestos especiales, manteniendo íntegra su clasificación como crédito con privilegio especial.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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

Madrid, 24 de julio de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.