

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 871** *Resolución de 2 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad accidental de Palma de Mallorca n.º 4 a inscribir una escritura de constitución de hipoteca durante la fase de liquidación del concurso.*

En el recurso interpuesto por don M. S. C. contra la negativa del registrador de la Propiedad accidental de Palma de Mallorca número 4, don Damián Antonio Canals Prats, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca durante la fase de liquidación del concurso.

#### Hechos

##### I

El día 25 de septiembre de 2015 se autorizó por la notaria de Lluçmajor, doña Isabel Bonet Puerto, con el número 885 de protocolo, escritura en virtud de la cual don M. S. C., en situación de concurso de acreedores en fase de liquidación, con intervención del administrador concursal don J. R. C. A., constituyó hipoteca sobre las fincas de su titularidad números 13.384, 10.616 y 29.465 de Lluçmajor del Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4 (la primera en pleno dominio y las otras dos en dominio útil), a favor de «Banco Mare Nostrum, S.A.» para garantizar la devolución de un préstamo por importe de 700.000 euros de principal destinados al pago de una deuda contraída a favor de la misma entidad bancaria.

En concreto, por auto firme de fecha 5 de noviembre de 2012, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca, se declaró en situación de concurso voluntario a don M. S. C., procedimiento concursal número 690/2012, designando como administrador concursal al también compareciente en la escritura don J. R. C. A., constando dicha situación en la inscripción 16.ª de la finca 10.616, 4.ª de la finca 13.384 y 3.ª de la finca 29.465 de Lluçmajor. Posteriormente, por resolución de 31 de julio de 2013, el mismo Juzgado declaró la apertura de la fase de liquidación del concurso, ordenándose mediante mandamiento de 14 de febrero de 2014 su inscripción en el Registro de la Propiedad, causando las inscripciones 17.ª, 5.ª y 4.ª, respectivamente, de 13 de marzo de 2014. Por último, en auto de fecha 19 de febrero de 2016, se acordó la conclusión del concurso al amparo del artículo 176.1.4.º de la Ley Concursal, con archivo de las actuaciones, aprobación del informe concursal y plena recuperación por el deudor de sus facultades de administración y disposición sobre los bienes, siendo ello objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4, inscripciones 18.ª, 5.ª y 6.ª de las fincas 10.616, 29.465 y 13.384 respectivamente, de 6 de julio de 2016.

##### II

Presentada el día 26 de junio de 2019 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación registral

Antecedentes de hecho:

Primero.—Con fecha 26/06/2019 se aportó a este Registro de la Propiedad el documento de referencia, que consta presentado bajo el asiento 1 del diario 73.

Segundo.—En el día de la fecha el documento reseñado ha sido calificado por el Registrador que suscribe, basándose en los siguientes fundamentos jurídicos:

1.º La calificación citada ha sido realizada al amparo de los arts. 18, 66 y 328 de la Ley Hipotecaria.

2.º De la misma resultan los siguientes defectos, que impiden practicar la inscripción del título calificado:

1. En el apartado "Solicitud Registral" segundo párrafo, dice "se solicita la cancelación Registral de la carga hipotecaria a favor del Banco de Valencia, según copia de la sentencia...".

Para poder proceder a la cancelación de la mentada hipoteca será preciso aportar documento auténtico que por sí solo sea susceptible de poder causar tal cancelación, de conformidad al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, que establece que para poder inscribir los títulos referidos en el artículo 2, "deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.", y ello en concordancia con el artículo 34 del Reglamento Hipotecario: "Se considerarán documentos auténticos para los efectos de la Ley los que, sirviendo de títulos al dominio o derecho real o al asiento practicable, estén expedidos por el Gobierno o por Autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos."

2. Don M. S. C., es titular registral del pleno dominio de la finca 13.384 y el dominio útil de las fincas 10.616 y 29.465. En fecha veinticinco de septiembre del año dos mil quince, constaba inscrito en el Registro la declaración del concurso del citado titular por la inscripción 4.ª de la registral 13384, inscripción 16.ª de la registral 10616 e inscripción 3.ª de la registral 29465, y la apertura de la fase de liquidación se inscribió sobre las repetidas tres fincas según sus respectivas inscripciones 5.ª, 17.ª y 4.ª En esta fecha, se constituyó por el administrador concursal hipoteca sobre las tres fincas citadas.

Esta operación no puede calificarse de liquidatoria, por cuanto las operaciones de liquidación que recogen los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal, no admiten nuevas operaciones, actos o contratos que no sean estrictamente liquidatorias, es decir, con el objetivo de convertir en dinero los bienes y activos del concurso a efectos de proceder posteriormente al pago de los acreedores según la sección IV, art 154 y siguientes de la misma ley.

Por consiguiente, para poder constituir la garantía hipotecaria del préstamo concedido instrumentado en la escritura que nos ocupa, será necesaria la previa cancelación del concurso sobre las fincas y ulterior otorgamiento de una nueva escritura de hipoteca garantizando la deuda.

Parte dispositiva

Vistos los artículos citados y demás de aplicación, el Registrador calificador acuerda:

1.º Suspender la inscripción del título calificado por el/los defecto/s antes indicado/s.

2.º Proceder a la práctica de las notificaciones previstas en el art.322 de la Ley Hipotecaria

3.º Hacer constar en el Libro Diario la prórroga del asiento de presentación de este documento conforme al art. 323 de la citada Ley.

Contra la presente nota podrá (...)

Palma de Mallorca, a diecisiete de julio del año dos mil diecinueve. El registrador accidental (firma ilegible). Fdo. Don Damián Antonio Canals Prats».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don M. S. C. interpuso recurso el día 2 de septiembre de 2019 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Fundamentos jurídicos

## I

La prohibición de la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria durante la fase de liquidación concursal no está contemplada legalmente.

La calificación negativa hoy recurrida se apoya en el hecho de que, conforme considera el registrador, la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria en la fase de liquidación de un concurso no es una operación liquidatoria y, por tanto, no encuentra amparo legal. Para fundamentar tal afirmación, se apoya en las previsiones establecidas en los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal, referidos al plan de liquidación y a las reglas de liquidación respectivamente.

En efecto, el primer párrafo del artículo 148 establece que el administrador concursal habrá de presentar al juez un plan de liquidación para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso para, posteriormente, establecer las directrices procesales en relación con ello, así como una serie de reglas, ya recogidas en el artículo posterior, para los casos en que no se aprobase el citado plan de liquidación.

Sin embargo, lo que no se recoge en estos artículos, ni en ningún otro contenido en la legislación concursal, es la prohibición de la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria durante la fase de liquidación. De la calificación del registrador se desprende claramente que ésta es una operación prohibida, sin embargo, no existe precepto legal alguno que de forma directa o indirecta establezca tal prohibición.

## II

La operación, además de realizada por el administrador concursal y suscrita por fedatario público, fue autorizada judicialmente.

En adición a todo ello, hay que tener en cuenta que la constitución del préstamo con garantía hipotecaria durante la fase de liquidación concursal se realizó a instancia del administrador concursal, que no es sino el órgano de auxilio del juez concursal, y ante fedatario público. Ninguno de ellos estimó impedimento alguno en la celebración de este negocio jurídico, pues como se ha dicho, no es una operación legalmente desautorizada.

Es más, por si el criterio de uno y otro pudieran no reputarse suficientes, el juez concursal dictó, meses más tarde a la constitución de la hipoteca, el Auto de conclusión del concurso en el que figura la aprobación judicial específica de las cuentas rendidas por la Administración Concursal.

Esta parte no alcanza a comprender, por tanto, cómo no habiendo prohibición legal alguna que lo imposibilite y no habiéndose apreciado impedimento por parte ni del administrador concursal, ni del Notario ni del Juez del concurso, el registrador emite la calificación negativa hoy recurrida, que impide la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria suscrito durante la fase de liquidación.

## III

Fundamentos procesales.

Esta parte interpone el presente recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado conforme a las previsiones establecidas en los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Por todo ello;

A la Dirección General de los Registros y del Notariado suplico.–Que habiendo por presentado este escrito, tenga por formulado recurso gubernativo contra la Nota de Calificación Registral expedida en fecha 17 de julio de 2019 por el registrador del Registro de la Propiedad número 4 de Palma, Don Damián Antonio Canals Prats, por el cual acuerda suspender la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria constituido en fecha 25 de septiembre del año 2015 por el administrador concursal, sobre tres fincas concursadas propiedad de Don M. S. C., por entender que, a pesar de haberse realizado dicha operación en la fase de liquidación del concurso, la misma no puede entenderse como una operación liquidatoria».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 18 de septiembre de 2019, la registradora de la Propiedad titular de Palma de Mallorca número 4, doña Montserrat Bernaldo de Quirós Fernández, emitió informe, manteniendo la calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 32 y 1911 del Código Civil; 326 de la Ley Hipotecaria; 40, 43, 82, 84, 86, 90, 100, 133, 137, 145, 148, 149, 154, 155 y siguientes 176, 176 bis, 178, 178 bis y 179 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modificada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social; 383 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2011, 26 de enero y 27 de febrero de 2012, 2 de marzo de 2013, 20 de enero de 2014, 28 de junio de 2016, 19 de enero de 2017 y 24 de octubre de 2018.

1. Para la resolución del presente recurso son hechos relevantes los siguientes:

a) Por auto firme de fecha 5 de noviembre de 2012 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca se declaró la situación de concurso voluntario de don M. S. C., procedimiento número 690/2012, nombrándose administrador concursal a don J. R. C. A. El referido auto fue inscrito sobre el dominio útil de las fincas 10.616 y 29.465 y el pleno dominio de la 13.384, todas correspondientes al Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4, el día 12 de abril de 2013.

b) Por auto firme de fecha 31 de julio de 2013 dictado por el mismo Juzgado se acordó la apertura de la fase de liquidación del concurso, con suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, sustituido por la administración concursal, siendo ello objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4, inscripciones 17.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> de las fincas 10.616, 29.465 y 13.384, respectivamente, de fecha 13 de marzo de 2014.

c) Por escritura otorgada por el deudor concursado don M. S. C., actuando por medio del administrador concursal, el día 25 de septiembre de 2015, y «Banco Mare Nostrum, S.A.», esta entidad concedió a aquél un préstamo por importe de 700.000 euros destinados a refinanciación de deudas para el levantamiento del concurso, concretamente destinados a cancelar la totalidad de la deuda que ostenta dicha sociedad, «Banco Mare Nostrum, S.A.», reconocida en el referido concurso del prestatario (autos número 690/2012) y con vencimiento el día 1 de octubre del año 2016. Y en garantía de la devolución de dicho préstamo se constituyó hipoteca sobre el dominio útil de las fincas 10.616 y 29.465 y sobre el pleno dominio de la 13.384, a favor de «Banco Mare Nostrum, S.A.».

En dicha escritura la notaria autorizante advierte expresamente que el administrador concursal no aporta autorización judicial según dispone el artículo 43 de la Ley

Concursal, si bien dicha persona «se acoge a la excepción del mismo precepto» y «manifiesta la necesidad imperiosa de otorgar esta escritura para garantizar la liquidez de don M. S. C. y se compromete a comunicar inmediatamente el presente otorgamiento al Juez de lo Mercantil tal y como se exige en el apartado 1.º del punto 3 del artículo 43 de la Ley Concursal».

d) Por auto de fecha 19 de febrero de 2016 dictado por el mismo Juzgado, se acordó la conclusión del concurso de acreedores al amparo de lo previsto por el artículo 176.1.4.º de la Ley Concursal, y con ello el archivo de las actuaciones y la recuperación por parte del deudor de todas las facultades de administración y disposición sobre sus bienes, siendo ello objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4, inscripciones 18.ª, 5.ª y 6.ª de las fincas 10.616, 29.465 y 13.384 respectivamente, de 6 de julio de 2016.

e) El día 26 de junio de 2019, don M. S. C. solicitó en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 4 la inscripción de la escritura de constitución de préstamo hipotecario.

El registrador suspende la inscripción por dos razones, si bien únicamente el segundo defecto es objeto de recurso, por lo que a éste debe circunscribirse el presente de conformidad con el artículo 326 de Ley Hipotecaria. Entiende el registrador que la hipoteca no puede inscribirse puesto que durante la fase de liquidación no es posible constituir préstamos con garantía hipotecaria al exceder de la finalidad estrictamente liquidatoria, citando al efecto los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal. Exige para poder inscribir la hipoteca, primero, la cancelación del concurso, y después, el otorgamiento de nueva escritura de préstamo hipotecario.

El recurrente, por el contrario, defiende tal posibilidad por entender no existe prohibición alguna al respecto en la Ley Concursal, toda vez que el préstamo hipotecario ha sido autorizado tanto por la administración concursal como por el juez concursal, habiendo dictado éste último auto de conclusión del concurso con aprobación de las cuentas presentadas por la administración concursal.

2. Las facultades del deudor concursado en orden a la administración y disposición sobre sus bienes varían según la fase o estado del procedimiento concursal de que se trate. Así, y de forma sintética, durante la fase común, el deudor estará sometido al régimen de intervención, en cuyo caso conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad (artículo 40.1 de la Ley Concursal), o de suspensión, en cuyo caso se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (artículo 40.2 de la Ley Concursal). Ahora bien, cualquiera que sea el régimen, ya sea de intervención, ya de suspensión al que quede sometido el deudor en relación con las facultades de administración y disposición sobre sus bienes, lo cierto es que no hay limitación alguna en la Ley Concursal a propósito de la clase de negocios jurídicos que puedan formalizarse durante esa fase. En efecto, pueden realizarse enajenaciones o transmisiones de bienes (artículos 43, apartados 2 y 3), adquisiciones, cesiones de bienes o derechos, contraer nuevas deudas y obligaciones (artículos 84.2.5.º y 9.º) y, por fin, constituir toda clase de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor, tanto antes como durante el procedimiento concursal, y específicamente constituir hipoteca sobre los bienes que integran la masa activa (artículos 43.2, 82.2 y 3 y 84.4). En fin, pueden realizarse toda clase de actos dispositivos cumpliendo los requisitos previstos por la legislación concursal, específicamente autorización judicial (artículo 43.2), con las excepciones que el mismo precepto establece.

Durante la fase de convenio, la posibilidad de formalizar préstamos o créditos hipotecarios queda fuera de toda duda. En efecto, respecto de los bienes que no se incluyan en el convenio (e incluso respecto de éstos, en la forma y medida que determine aquél), el deudor recupera la totalidad de las facultades dispositivas, pues

como dispone el artículo 133.2 de la Ley Concursal: «Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento». De esta forma, con la aprobación del convenio quedan sin efecto la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor y, en general, las limitaciones a su actividad profesional o empresarial establecidas, entre otras, en los artículos 43, 44 y 155 de la Ley Concursal, y pasan a regir las previstas en el convenio (vid. artículo 137.1 de la misma ley). En este sentido se ha pronunciado de forma reitera esta Dirección General (vid. las Resoluciones de 27 de febrero de 2012, 2 de marzo de 2013 y 19 de enero de 2017, entre otras).

El legislador incluso trata de fomentar la posibilidad de que el concursado pueda acceder tanto en fase común como de convenio a créditos que permitan la continuación en el ejercicio de sus actividades, calificando tales créditos como créditos contra la masa. Así, conforme al artículo 84.2.5.º de la Ley Concursal son créditos contra la masa: «Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (...) hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso».

3. Sin embargo, la situación cambia con la apertura de la fase de liquidación. Durante esta fase, calificada por la Exposición de Motivos de la Ley Concursal como una solución subsidiaria, dados los efectos más severos que produce, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio, no sólo queda el deudor sujeto al régimen de suspensión del ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (artículo 145.1), sino que además la clase de negocios jurídicos que se puedan formalizar durante esta fase son notablemente más restrictivos que durante la fase común del concurso.

En efecto, abierta la fase de liquidación, la operación esencial que se lleva a cabo es la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, bien conforme al plan de liquidación aprobado por el juez del concurso (artículo 148 de la Ley Concursal), bien conforme a las reglas legales supletorias (artículo 149 de la Ley Concursal), para, con lo obtenido, proceder al pago de los acreedores en los términos y por el orden que resultan de los artículos 154 y siguientes de la misma ley. En consecuencia, liquidación o realización de bienes y derechos que integran la masa activa del concurso por un lado, así como el pago de los créditos (tanto créditos contra la masa como créditos concursales), por otro, son las dos operaciones que tienen lugar durante la fase de liquidación concursal.

En vía de principio, la constitución de una hipoteca no puede calificarse como operación liquidatoria. En efecto, por tales operaciones se entienden todas aquellas tendentes a realizar los bienes y derechos de la masa activa para proceder al pago de los créditos reconocidos en el concurso y, en última instancia, a la conclusión del concurso (artículo 176.2 «in fine»). Por ello la Ley Concursal regula en los artículos 148 y siguientes la forma en que se llevará a cabo tal realización de bienes y derechos, haciendo referencia expresa a negocios jurídicos como la enajenación o transmisión, ya sea por subasta ya por venta directa (artículos 148.1, 149 y siguientes), o a la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales (artículo 148.5 de la Ley Concursal), debiendo, sin embargo, quedar excluida en principio la formalización de negocios como la adquisición o compraventa de bienes o la constitución de derechos reales sobre los mismos, en tanto en cuanto los mismos son operaciones que exceden de una finalidad estrictamente liquidatoria tendente a poner fin al procedimiento concursal. No hay que olvidar además que si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte (artículo 145.3 de la Ley Concursal). Por ello, la adquisición de nuevos bienes

o la constitución de derechos reales sobre los mismos a favor de terceras personas, como ocurre con el caso de la hipoteca, carecería de toda virtualidad en la medida en que, disuelta la sociedad, se abre con ello la fase de liquidación de la misma, destinada en última instancia a la extinción de la sociedad y en la que los actos que pueden llevar a cabo los liquidadores (sustituídos por la administración concursal) están circunscritos a los previstos por los artículos 383 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, entre los que no se encuentra ni la adquisición de bienes ni la constitución de hipotecas o cualesquiera otros gravámenes sobre los mismos, en tanto en cuanto no responden a una finalidad liquidatoria.

De igual modo, la constitución de hipotecas durante la fase de liquidación del concurso podría implicar una alteración del principio «par conditio creditorum». Este principio, que inspira la Ley Concursal, determina que el reconocimiento y clasificación de los créditos concursales se realice según su condición al tiempo de la declaración del concurso, quedando excluida de la autonomía de la voluntad del deudor y de la administración concursal la alteración de esa calificación durante el concurso, como lo revela el que no pueda ser materia de convenio (artículo 100.3 de la Ley Concursal) y que sea en ese momento en el que han de concurrir los requisitos de oponibilidad -y de existencia en el caso de la hipoteca- exigidos para el reconocimiento del privilegio especial a las garantías reales (artículos 86 y 90.2 de la Ley Concursal).

4. En el caso de este expediente, el registrador exige para que la hipoteca pueda ser inscrita, primero que se inscriba la cancelación del concurso, y segundo, que se otorgue nueva escritura de préstamo hipotecario. Pero, sin poder obviar el carácter notablemente particular de la operación formalizada, lo cierto es que ni una ni otra exigencia pueden admitirse.

En cuanto a la primera, no se entiende a qué obedece la objeción planteada por el registrador, en tanto en cuanto la conclusión del concurso, el archivo de las actuaciones así como la recuperación por el deudor de sus facultades de administración y disposición sobre sus bienes figura ya inscrita en el Registro, inscripciones 18.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> de las fincas 10.616, 29.465 y 13.384 respectivamente, de 6 de julio de 2016.

Por otro lado, las especiales circunstancias concurrentes en el caso conducen a desestimar también la segunda exigencia planteada por el registrador.

En primer lugar, es necesario tener presente que el concursado no es una persona jurídica sino una persona física. Uno de los principios que preside la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, desde su redacción originaria es el de flexibilidad, permitiendo que el procedimiento concursal se adecue a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales poder alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso. Este principio se ha ido consagrando a lo largo de ulteriores reformas que, en lo que concierne a las personas físicas, trata de que éstas, «a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer», tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio. En efecto, son numerosas las leyes que han introducido reformas en la Ley Concursal tendentes a lograr una salida exitosa por parte de personas físicas que se encuentran en situación de insolvencia o prevean que no puedan cumplir regularmente sus obligaciones. Así, por Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se introdujo como novedad, entre otras medidas, el llamado acuerdo extrajudicial de pagos regulado en el Título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; y por la referida Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil, con el fin último de permitir que aquel que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Es el

denominado «beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho» regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal.

En síntesis, tratándose de personas naturales, en la medida en que éstas, por su propia naturaleza, no quedan extinguidas con ocasión de la liquidación y conclusión del concurso, a diferencia de lo que ocurre con los concursados personas jurídicas (cfr. artículos 145.3 y 178.3 de la Ley Concursal), y su responsabilidad es personal e ilimitada ex artículo 1911 del Código Civil hasta el momento de su fallecimiento (cfr. artículo 32 del Código Civil), el rigor en la aplicación de las normas concursales debe ciertamente atemperarse en aras a lograr una salida exitosa de la situación concursal por parte de los deudores personas físicas, sin olvidar en modo alguno la íntegra satisfacción de los acreedores, lo que en todo caso debe obtenerse en cuanto a ello responde la finalidad última de los procedimientos concursales.

5. Ciertamente, la escritura de constitución de hipoteca objeto de calificación en este expediente, se otorgó durante la fase de liquidación del concurso. Y, tal y como ha quedado expuesto en los fundamentos anteriores, en principio, la constitución de hipotecas sobre los bienes que integran la masa activa una vez abierta la fase de liquidación del concurso debe ser rechazada. Sin embargo, ocurre que la hipoteca es constituida por el deudor, sustituido por la administración concursal, a favor de una entidad bancaria que ostenta la condición de acreedora concursal, para satisfacer íntegramente un crédito reconocido a su favor en el concurso, cuyo efectivo pago determinó que el Juzgado conecedor del procedimiento concursal dictara, medio año después, auto de conclusión del concurso al amparo del artículo 176.1.4.º de la Ley Concursal, según el cual: «Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos: (...) 4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia».

En consecuencia, se trata de un negocio jurídico celebrado con capacidad y consentimiento de ambas partes otorgantes, y en beneficio de las mismas. Así, en cuanto al consentimiento, concurre la voluntad tanto del acreedor concursal como del administrador concursal en su condición de sustituto del deudor en el ejercicio de las facultades de disposición sobre sus bienes (artículo 145.1 en relación con el 40.2 de la Ley Concursal). A este respecto, no cabe entrar a valorar, por no haber sido señalada por el registrador, la cuestión relativa a si para la constitución de la hipoteca en esta fase del procedimiento concursal habría sido preciso contar con autorización judicial al amparo de lo previsto por el artículo 43.2 de la Ley Concursal. Baste decir en este punto que este último artículo establece la necesidad de obtener autorización judicial para enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa «hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación»; que el mismo artículo 43 contempla la posibilidad de realizar actos dispositivos «que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso» (artículo 43.3.1.º), o «inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor» (artículos 43.3.4.º y 44); que durante la fase de liquidación del concurso cobra especial protagonismo la administración concursal, siendo así que la intervención judicial parece estar circunscrita a la aprobación del plan de liquidación y la autorización de ciertas formas de realización de los bienes y derechos para proceder al pago de los créditos (artículos 148 y 155 y siguientes); y, por fin, que en todo caso, la conclusión del concurso por la causa prevista en el artículo 176.1.4.º de la Ley Concursal, aquí concurrente, «se acordará por auto y previo informe de la administración concursales, que se pondrá de manifiesto por quince días a todas las partes personadas» (artículo 176.2).

En relación con el carácter beneficioso de la hipoteca al que se refiere el recurrente, resulta en efecto que, por un lado, el acreedor obtiene la satisfacción del crédito concursal, y, por otro, al deudor la refinanciación obtenida le posibilita concluir el concurso en la forma prevista por el artículo 176.1.4.º de la Ley Concursal, que, al

contrario de lo que ocurre en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, no conlleva ulteriores efectos sobre el deudor (cfr. artículos 176 bis, 178, 178 bis y 179 de la Ley Concursal). De igual modo, tampoco ha resultado perjuicio alguno a otros eventuales acreedores concursales, pues de lo contrario no se habría dictado la conclusión del concurso por el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio.

Por último, no debe obviarse tampoco la circunstancia de que si bien la escritura de constitución de hipoteca se otorga durante la fase de liquidación del concurso, no es hasta después de la conclusión del mismo cuando se presenta a inscripción en el Registro, momento en el que el deudor ha recuperado íntegras sus facultades de administración y disposición sobre sus bienes y en el que la hipoteca habrá quedado plena y perfectamente constituida.

En consecuencia, la calificación no puede ser mantenida respecto del único defecto impugnado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación respecto del defecto impugnado.

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, 2 de diciembre de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.