

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3394 *Resolución de 10 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Castelldefels, por la que suspende la cancelación de una hipoteca.*

En el recurso interpuesto doña M. L. J. L. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Castelldefels, don Carlos Llorente Birba, por la que suspende la cancelación de una hipoteca.

Hechos

I

Mediante una instancia suscrita por doña M. L. J. L. indicaba que era propietaria de la finca registral número 21.707 del Registro de la Propiedad de Castelldefels. Dicha finca se encontraba gravada con una hipoteca posteriormente ampliada a favor de la «Caixa d'Estalvis del Penedès» constituida en garantía de un préstamo concedido a terceros, siendo hipotecante no deudora. Los deudores se declararon en concurso, siendo tramitados ante el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona con números de procedimiento 498 y 499 de 2017, concluyendo ambos mediante autos firmes de fecha 9 de mayo de 2019 en los que se acordaba la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho entre el que se encontraba el referido préstamo. Acompañaba a dicha instancia fotocopia de la escritura de constitución de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el día 29 de enero de 2009 ante el notario de Barcelona, don Santiago García Ortiz, y de los referidos autos.

II

Presentada el día 19 de junio de 2019 dicha documentación en el Registro de la Propiedad de Castelldefels, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificación negativa/resolución.
Notificación.

De conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y una vez acreditado el pago de los Impuestos establecidos en virtud del art. 254 de la Ley Hipotecaria, se ha procedido a suspender la cancelación del documento que se dirá, por los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Antecedentes de hechos:

1.º Consta presentado en este Registro, Testimonio literal de dos autos, ambos firmes y dictados el día 9 de mayo de 2018 por don Raúl N. García Orejudo –Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona–, en los Concursos consecutivos 498/2017-F y 499/2017-F (habiéndose verificado su autenticidad por medio del CSV), junto con una instancia suscrita el día 11 de junio de 2019 por doña M. L. J. L. (no constando firma legitimada notarialmente ni firmada en presencia del Registrador), por medio de la cual se solicita la cancelación de la hipoteca constituida a favor de la entidad “Caixa d'Estalvis del Penedés” (actual Bankia) que grava la finca registral 21.707; habiendo motivado todo ello el número de entrada 3437/2019 y el asiento número 1.391 del Libro Diario 119, con fecha 21 de junio de 2019.

En fecha 30 de julio de 2019 se presentó la correspondiente carta de pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Modelo 600).

Fundamentos de Derecho:

Vistos los artículos 1, 20, 82 y 103 de la Ley Hipotecaria; 193.4 de su Reglamento, 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 178 bis de la Ley Concursal y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de julio, 2 de septiembre y 18 de noviembre de 2013 y 1 de abril, 23 de mayo y 5 de septiembre de 2014 y 10 de mayo de 2018.

Se presenta una instancia en la que doña M. L. J. L., titular registral de la finca 21.707 solicita la cancelación de la hipoteca que grava dicha finca, constituida a favor de la “Caixa d’Estalvis del Penedés” (actual Bankia), si bien en el “Expone 3.º”, los datos del préstamo, su ampliación e inscripción no se corresponde con la indicada finca 21.707 –única perteneciente a esta demarcación registral–.

Dicha hipoteca se constituyó en garantía de un préstamo del que eran deudores doña M. L. A. J. y don P. J. P. S.

Acompaña a la instancia el Testimonio literal de dos autos firmes y dictados el día 9 de mayo de 2018 en los Concursos consecutivos 498/2017-F y 499/2017-F, de doña M. L. A. J. y de don P. J. P. S., autos de idéntico contenido, en los que se acuerda la conclusión de los concursos de los citados doña M. L. A. J. y de don P. J. P. S., se reconoce a los concursados el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, siendo definitivo el beneficio y se indican los acreedores y las cantidades que integran el pasivo no satisfecho al que alcanza la exoneración.

La cancelación solicitada no se puede practicar por las siguientes razones:

1. En la resolución judicial aportada no se ordena cancelación alguna. Los asientos de Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y, según el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, “las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción...”.

Para que pudiera cancelarse la hipoteca sería necesario, además de que la resolución judicial lo ordenara explícitamente, indicando la finca y la Inscripción de la misma que debe cancelarse, que constara que el titular registral de la hipoteca ha sido parte en el procedimiento, por aplicación de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria) y que se le ha notificado que su hipoteca va a ser cancelada.

2. No se acompaña a los testimonios de los autos ningún mandamiento, que es necesario para ordenar la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad (artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), salvo en el caso de que lo ordene una sentencia.

3. Finalmente, en los autos aportados se dice que “La extinción de los créditos no alcanza a los obligados solidarios, fiadores y avalistas del concursado respecto de los créditos que se extinguen”. Podría considerarse que el hipotecante no deudor, en el caso de un préstamo hipotecario, es un fiador hipotecario, al que no alcanza la extinción de los créditos.

4. Es defecto, además de la discordancia en la instancia de los datos de inscripción y responsabilidad del préstamo y su ampliación en este Registro, la falta de firma legitimada notarialmente, o ser firmada dicha instancia en presencia del registrador (arts. 103 LH y 193.4 RH).

En consecuencia, acuerdo suspender la cancelación solicitada por la concurrencia del defecto anteriormente señalado, quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, pudiendo

no obstante el interesado o el Notario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 162 del Reglamento Hipotecario.

De conformidad con lo establecido en los artículos 66 y 324 al 328 y siguientes de la Ley Hipotecaria, esta calificación podrá (...).

Castelldefels, a 20 de agosto de 2019.–El Registrador (firma ilegible), Fdo., Carlos Llorente Birba».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. L. J. L. interpuso recurso el día 25 de septiembre de 2019 mediante escrito en el que indicaba lo siguiente:

«Hechos:

Primero. De la solicitud de cancelación.

1. En fecha 19 de junio de 2019 esta parte presentó ante este Registro solicitud de cancelación de la hipoteca respecto de la finca registral 21.707, correspondiente a:

“Entidad número cuarenta y tres. - Apartamento puetra [sic] (...), del inmueble denominado ‘residencia-hotel, (...)’, sito en el término de Castelldefels, barriada (...), y otro frente posterior a (...). Consta de salita de estar-office con hornillos eléctricos, baño, armario empotrado y dormitorio, con terraza. Ocupa una superficie aproximada de treinta y cinco metros cuadrados, y linda: por su frente, Norte, tomando como tal el de la total finca, corredor de acceso, al que abre puerta, la entidad número (...), y mediante terraza propia, con la terraza de esta entidad; derecha entrando, escalera de servicios, en parte mediante terraza; izquierda, mediante terraza, con la fachada este del inmueble, y espalda, mediante terraza, con la fachada Sur del inmueble. Se halla afecta esta entidad a una servidumbre de paso a favor de la comunidad en virtud de la cual, a través de una escalera de gato situada en la tenaza, se podrá accederá la cubierta general y depósitos, para atender al mantenimiento y reparación de los mismos.”

2. La mencionada hipoteca fue concertada por la propietaria de la misma como “hipotecante no deudora” respecto a los deudores doña. M. L. A. J. y don P. J. P. S., con números de DNI (...) y (...), respectivamente, como prestatarios solidarios con la entidad bancaria Caixa d’Estalvis del Penedes (actual Bankia) el contrato de préstamo por importe inicial, de 275.000 € otorgado por medio de escritura de fecha 29 de Enero de 2009 por el Notario de Barcelona Santiago García Ortiz y posteriormente incrementado en 34.485 € por medio del otorgamiento de la escritura de fecha 30 de Junio de 2011 del Notario de Barcelona Joaquín Julve Guerrero. (...)

3. Que, ante la situación de insolvencia de ambos deudores, doña. M. L. A. J. y don P. J. P. S. éstos promovieron sus respectivos concursos de acreedores, sustanciándose:

a) Doña. M. L. A. J., procedimiento Concurso Consecutivo número 498/2017 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona.

b) D. P. J. P. S., procedimiento Concurso Consecutivo número 498 [sic]/2017 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona.

Ambos procedimientos concursales concluyeron mediante el reconocimiento, en ambos, del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, teniendo éstos el carácter de definitivo:

- Auto 102/2018, de fecha 9 de mayo de 2018, respecto a Dña. M. L. A. J.
- Auto 103/2018, de fecha 9 de mayo de 2018, D. P. J. P. S. (...).

4. Justamente como consecuencia de la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho a ambos deudores, y por tanto a raíz de la extinción de sus deudas, ha de procederse a la cancelación de la hipoteca, motivo por el que se formuló la oportuna solicitud de cancelación ante el Registro de la Propiedad Castelldefels.

Segundo. Contenido de la resolución objeto de recurso.

5. Así las cosas, tras formular la oportuna solicitud de cancelación registral, el pasado día 26 de agosto de 2019 se notificó resolución por la que se acuerda calificar negativamente la solicitud de cancelación, amparándose la resolución especialmente en los siguientes motivos: (...)

6. Que esta parte no encuentra ajustados a derecho los argumentos esgrimidos por cuanto:

– En las resoluciones dictadas por el Juez de lo Mercantil no es preciso que se ordene expresamente la cancelación de la hipoteca puesto que el bien inmueble afectado no es propiedad de ninguno de los deudores y/o concursados, siendo la propiedad del inmueble de la hipotecante no deudora (Sra. M. L. J. L.).

– Que la figura del hipotecante no deudor no se asemeja en modo alguno a la figura del fiador.

Tercero. De la procedencia y estimación del presente recurso.

7. En orden a no resultar reiterativos en determinadas cuestiones damos por reproducidas las alegaciones señaladas en nuestro escrito de solicitud de cancelación de la que trae causa el presente recurso.

Del concurso de persona física y del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (B.E.P.I.).

8. Primeramente, y como ya expusimos en nuestra solicitud inicial de cancelación registral, creemos conveniente recordar que tanto la Sra. M. L. A. J. como el Sr. P. J. P. S., es decir, los deudores hipotecarios, tras instar y fracasar el acuerdo extrajudicial de pagos (ex artículo 231 de la Ley Concursal) iniciado, ambos se vieron obligados a presentar solicitud de concurso de acreedores (concurso consecutivo). Procedimientos que se siguieron ante el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona, en el caso de la Sra. M. L. A. bajo el número de procedimiento 498/2018 y, en el caso del Sr. P. J. P., con el número 499/2017-F.

Que en sendos casos los deudores hipotecarios, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos por la ley concursal, les fue concedido el denominado Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (comúnmente denominado B.E.P.I.). Figura jurídica que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 178 bis de la vigente Ley Concursal, es un régimen de exoneración de deudas para los deudores persona natural en el marco del procedimiento concursal. quedando extinguidas todas aquellas deudas no satisfechas dentro del procedimiento concursal.

9. Prueba de lo anterior resulta del propio contenido de los Autos dictados por el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona (...) en los que se hace constar:

a) “En este caso, dado que el deudor Dña. M. L. A. J. cumple con los requisitos del art. 178 bis 3 números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º la exoneración alcanza a todo el pasivo insatisfecho y tiene la naturaleza de definitiva. La exoneración supone la extinción de los créditos a los que alcanza la declaración, sin que alcance a los obligados solidarios, fiadores y avalistas del concursado.”

b) “En este caso, dado que el deudor D. P. J. P. S. cumple con los requisitos del art. 178 bis 3 números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º la exoneración alcanza a todo el pasivo insatisfecho y tiene la naturaleza de definitiva. La exoneración supone la extinción de los créditos a los que alcanza la declaración, sin que alcance a los obligados solidarios, fiadores y avalistas del concursado.”

10. Como se constata del contenido los citados Razonamientos Jurídicos, ambos concursados, han cumplido con los requisitos para ser considerados como deudores de buena fe del artículo 178 bis 3 n.º 1, n.º 2, n.º 3 y n.º 4, cuáles son:

1. Que el concurso no haya sido declarado culpable.
2. Que el deudor no ha sido condenado en Sentencia firme por delito contra el patrimonio, el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez (10) años anteriores a la declaración del concurso.
3. El deudor ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos.
4. El deudor ha pagado los créditos contra la masa y créditos concursales privilegiados.

11. En consecuencia, como ya se ha expuesto, las resoluciones judiciales dictadas en sendos procedimientos concursales, tanto de la Sra. M. L. A. J. como el Sr. P. J. P. S., se acuerda concederles el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y por tanto quedaron extinguidas todas las deudas, entre ellas, las derivadas de la obligación de devolución del préstamo de éstos con Bankia.

De la figura del hipotecante no deudor.

12. En relación a esta cuestión hemos de indicar que la resolución dictada no motiva dicho pronunciamiento pese ha [sic] haberse advertido y fundamentado ampliamente en nuestra instancia de solicitud la diferencia entre “hipotecante no deudor” y “fiador o avalista”, habiéndose motivado que nada tiene que ver la figura del hipotecante no deudor en correlación con la figura del fiador.

Como ya se indicó en su momento esta diferencia tiene gran relevancia, especialmente a los efectos aquí solicitados, puesto que de ella se deriva la procedencia de la cancelación de la hipoteca solicitada como consecuencia de la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho de la Sra. M. L. A. J. y del Sr. P. J. P. S., al haberse extinguido la obligación de pago dimanante del préstamo suscrito con Bankia y, por tanto, decayendo con ello la hipoteca.

13. Contrariamente a lo sostenido en la resolución hoy recurrida, insistimos, la figura del “hipotecante no deudor» nada tiene que ver con la del fiador.

14. El “hipotecante no deudor” es considerado como un tercero ajeno al deudor el cual no resulta obligado al pago de la deuda. Es decir, al hipotecante no deudor sólo le vincula un bien de su patrimonio que queda afecto a la satisfacción de un crédito ajeno. Por lo tanto, esta circunstancia no lo convierte en deudor y consecuentemente no es considerado como garante análogo al fiador.

Esta cuestión no es controvertida sino que nuestros tribunales ya han tenido la oportunidad de analizar y pronunciarse al respecto en sentencias tales como la dictada por Juzgado de Primera Instancia de Albacete, sentencia número 103/2017, de 27 de marzo:

“Según reiterada doctrina jurisprudencial, (SSTS de 3 de febrero de 2009 y de 6 de octubre de 1995, entre otras), el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago. Se obtiene la conclusión de que el hipotecante no deudor tan sólo vincula un bien de su patrimonio a la satisfacción de un crédito ajeno; ello no lo convierte en deudor y, por tanto, no podrá ser incluido el crédito de un tercero en la masa pasiva, sin perjuicio, se insiste, de que en el inventario deba incluirse el bien con la minoración que representa la existencia de la garantía.

En conclusión, si el hipotecante afeño a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador”.

O también la sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba número 82/2013 de 7 mayo:

“En segundo lugar debe también resaltarse con carácter prioritario que el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, pero, en cualquier caso, ello carece, aquí y ahora, de interés, puesto que la condición de deudor o no (que entendemos no lo es): de mero ‘obligado’ al pago o no (que consideramos que tampoco lo es, sin que quepa configurar un ‘tertium genus’ entre deudor y no deudor, distinguiendo un obligado en sentido propio y un ‘obligado’ sin dicho carácter): obligado de la propia obligación (de garantía) por él asumida: responsable no deudor: tercero o no (y ya cabe advertir que el ordinal tercero del art. 1.210 CC (LEG 1889. 27), a diferencia del ordinal segundo, no se refiere a tercero); fiador real (asimilado a la fianza) o no: etc., resulta irrelevante, porque lo que importa radica en ‘si tiene interés en el cumplimiento’, que es la exigencia expresada en el precepto.’ Si ello es así, se obtiene la conclusión de que el hipotecante no deudor tan sólo vincula un bien de su patrimonio a la satisfacción de un crédito ajeno. Pero precisamente por tal razón no se convierte en deudor y, por tanto, no podrá ser incluido el crédito de un tercero en la masa pasiva, sin perjuicio, se insiste, de que en el inventario deba incluirse el bien con la minoración que representa la existencia de la garantía’ (en similar sentido, Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de diciembre de 2011 (AC 2012, 51).”

15. Por otro lado, el fiador, al contrario que el hipotecante no deudor, a pesar de no ser deudor de la obligación garantizada si lo es de su propia deuda cumpliendo con la misma debiendo proceder a su pago. Al asumir su propia obligación, distinta aunque accesoria de la garantizada, somete su patrimonio a la eventual ejecución del acreedor principal si el deudor afianzado no cumple, con lo que refuerza objetivamente la seguridad del crédito. Por lo tanto, y a diferencia del hipotecante no deudor, el fiador es un verdadero obligado, no un mero responsable por deuda ajena, ya que no se trata de una sola obligación con dos deudores. En consecuencia, la obligación del fiador no se anuda al incumplimiento de la obligación garantizada, sino al vencimiento de ésta.

Esta cuestión ya ha sido tratada y resuelta en sentencias tales como la dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba número 82/2013 de 7 mayo:

“Respecto del segundo crédito, lo relevante a criterio de este tribunal es que se trata de la fianza solidaria prestada por la concursada a otra sociedad que también está en concurso. Problema de reconocimiento y clasificación del crédito que ya ha sido tratado por esta misma Sección en Sentencias de 15 de junio de 2011 (PROV 2011, 378111) y 12 (PROV 2012, 14570) y 19 de enero (PROV 2013, 179091) y 20 de julio de 2012, cuyos postulados básicos son reproducidos en extenso por la administración concursal en su escrito de impugnación de la sentencia. Como decíamos en las cuatro reseñadas sentencias, en la fianza, la función asegurativa del cumplimiento de una obligación aleña se desenvuelve mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio con contenido propio y específica causa de garantía. El fiador, al asumir su propia obligación, distinta aunque accesoria de la garantizada, somete su patrimonio a la eventual ejecución del acreedor principal si el deudor afianzado no cumple, con lo que refuerza objetivamente la seguridad del crédito. Realmente, el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia y cuando paga cumple su propia obligación y no la del deudor principal, aunque mediante el cumplimiento satisfaga el Interés del acreedor. En suma, el fiador es un verdadero obligado, no un mero responsable por deuda ajena, ya que no se trata de una sola obligación con dos deudores. A pesar de la remisión que, respecto de la fianza solidaria, hace el artículo 1.822-2 del Código Civil (LEG 1889, 27) al régimen de las obligaciones solidarias, el carácter solidario de la fianza no altera su naturaleza, ni excluye la aplicación de las normas sobre dicho instituto, sino que únicamente expresa la circunstancia de que, excluida la nota de la subsidiariedad que naturalmente acompaña a la fianza, el garante debe cumplir su obligación en el mismo nivel de exigibilidad que el deudor garantizado debe cumplir la suya (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9710), 10 de abril de 1995 (RJ 1995, 3254) y 22 de julio de 2002 (RJ 2002, 7476)); por lo que puede afirmarse que en este tipo de garantías la exigibilidad de la obligación del fiador no se anuda al Incumplimiento de la obligación

garantizada, sino al vencimiento de ésta. La jurisprudencia viene estableciendo desde antiguo (verbigracia. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1970) que aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no pueda desnaturalizada, pero aparece sometida a un régimen propio, presidido por la finalidad de armonizar las consecuencias derivadas de la obligación de garantía asumida por el fiador con las de la solidaridad.

Sobre esta base, sin negar la nota de subsidiariedad en la fianza solidaria, ello no debe implicar necesariamente que el crédito contra un fiador solidario declarado en concurso haya de reconocerse como contingente, puesto que habrá de examinarse si ha existido Incumplimiento por el deudor principal, y sobre todo, la exigibilidad de la deuda en función de su vencimiento: entre otras cosas, porque no se debe confundir el principio de 'subsidiariedad de deudores', que hace referencia a un cierto orden en la responsabilidad, con los principios de 'subsidiariedad o solidaridad en la ejecución o en la reclamación'; y que, conforme al artículo 1.144 del Código Civil (Leg 1889, 27) (aplicable a la fianza solidaria por la remisión contenida en el artículo 1.822-2 del propio Código), en caso de fianza solidaria, es cosible dirigirse contra cualquiera de los obligados. Si la obligación garantizada aún no ha vencido, resulta claro que el deudor principal no tiene la obligación de pagar, e igualmente tampoco tiene esa obligación el fiador, por lo que solo cabe reconocer el crédito contra el fiador concursado como crédito contingente (en este sentido, Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 25 de enero de 2010 (PROV 2010, 136436)).

16. Constatada la diferencia sustancial de ambas figuras es incuestionable que en el caso del hipotecante no deudor una vez extinguido la obligación principal, en nuestro caso el préstamo que constituía la obligación principal, la hipoteca que lo garantiza, siendo accesoria a la obligación principal, ha de seguir la misma suerte, ello implica que:

- Si la obligación se transmite o cede, la hipoteca se transmite con ella. No se puede transmitir una hipoteca, sin transmitir a la vez la obligación garantizada.
- Si la obligación se extingue, no se puede exigir, y es obligado otorgar, la cancelación de la hipoteca va que no hay nada que garantizar.

No es cuestionable la naturaleza accesoria de la hipoteca respecto al crédito principal, pues así se han pronunciado en múltiples ocasiones nuestros tribunales:

“La del titular del bien hipotecado, en el caso de que no coincida con el deudor, se imita al importe de ese bien. La accesoriadad de la hipoteca, que se desprende claramente de los artículos 1.212, 1.528, 1557.1 y 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, supone que las vicisitudes del crédito afectan a la garantía, que desaparece por extinción de aquél”. –Sentencia n.º 497 del Tribunal Supremo, de fecha 19 de julio de 2016–.

“(…) el propio concepto de hipoteca, uno de sus caracteres es el de accesoriadad. Su carácter de accesorio (de todos los derechos de garantía) lo han destacado las sentencias de 16 noviembre 2000 (RJ 2000, 9915) y 30 diciembre 2002 (RJ 2003, 330). Está al servicio del crédito garantizado y que sigue su suerte como se desprende del artículo 1857.1.º y se deduce también del artículo 1528 del Código civil (LEG 1889, 27).” –Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de febrero de 2013–.

“Por consiguiente, la extinción del crédito implica la da la hipoteca, cualquiera que sea la causa que la provoque, no pudiéndose hablar cabalmente de subsistencia de la hipoteca más allá de la extinción del crédito.” –Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 9 de marzo de 2002–.

En consecuencia, y por aplicación del principio de accesoriadad hipotecario, extinguido el préstamo que es la obligación principal garantizada, procede la cancelación total de la hipoteca que aseguraba el cumplimiento del mismo ex artículo 76, 78, 79.2.º, 82.1 de la Ley Hipotecaria.

17. Sobre tales bases y de acuerdo con la doctrina sentada, queda constatado que la figura del hipotecante no deudor en ningún caso se refiere a la del fiador no deudor porque, como ya ha quedado acreditado, el hipotecante responde pero no adquiere ninguna deuda.

18. La concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho a la Sra. M. L. A. J. y al Sr. P. J. P. S. comporta la desaparición total de la deuda y por tanto el deudor principal, perdiéndose el vínculo o vínculo establecido por el hipotecante no deudor respecto al deudor.

Por lo tanto, al haber desaparecido la obligación ha de extinguirse necesariamente la hipoteca, resultando procedente y legítima la cancelación de la Hipoteca.

De la imposibilidad de obtener pronunciamientos sobre un bien que no es propiedad de los concursados.

19. Otro de los motivos cuestionados por la resolución es el hecho que en los Autos judiciales dictados el Juez de lo Mercantil no ha ordenado explícitamente la cancelación de la hipoteca, señalándose:

“Para que pudiera cancelarse la hipoteca sería necesario, además de que la resolución Judicial lo ordenara explícitamente, indicando la tinca y la inscripción de la misma que debe cancelarse, que constará que el titular registral de la hipoteca ha sido parte en el procedimiento, por aplicación del principio de tracto sucesivo y que se le ha notificado que su hipoteca va a ser cancelada”.

20. Este fundamento de la resolución no tiene ningún sustento jurídico ya que el bien inmueble afectado no es propiedad de ninguno de los deudores y/o concursados, siendo la propiedad del inmueble de la hipotecante no deudora (Sra. M. L. J. L.) por lo que en nada puede pronunciarse el Juzgador ya que, en el procedimiento concursal, las únicas cuestiones a debatir son las que atañen directamente con los deudores / concursados.

21. Recordemos nuevamente que el hipotecante no deudor no es deudor pues tan sólo se encuentra vinculado por un bien de su patrimonio respecto a un crédito ajeno. Es justamente por esta circunstancia por la que dentro del procedimiento concursal de los deudores/concursados el “hipotecante no deudor” no puede ser incluido ni reconocido ningún crédito a su favor en la masa pasiva.

Esta cuestión ha sido ya tratada y resuelta por nuestros tribunales en sentencias tales como la ya citada del Juzgado de Primera Instancia de Albacete, sentencia número 103/2017, de 27 de marzo, de cuyo contenido hemos de destacar las siguientes cuestiones:

“Según reiterada doctrina jurisprudencial, (SSTS de 3 de febrero de 2009 y de 6 de octubre de 1995, entre otras), el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago. Se obtiene la conclusión de que el hipotecante no deudor tan sólo vincula un bien de su patrimonio a la satisfacción de un crédito ajeno; ello no lo convierte en deudor y, por tanto, no podrá ser incluido el crédito de un tercero en la masa pasiva, sin perjuicio, se insiste, de que en el inventario deba incluirse el bien con la minoración que representa la existencia de la garantía.

En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador”.

La sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba número 82/2013 de 7 mayo:

“En segundo lugar debe también resaltarse con carácter prioritario que el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, pero, en cualquier caso, ello carece, aquí y ahora, de interés, puesto que la condición de deudor o no (que entendemos no lo es); de mero ‘obligado’ al pago o no (que consideramos que tampoco lo es, sin que quepa configurar un ‘tertium genus’ entre deudor y no deudor, distinguiendo un obligado en sentido propio y un ‘obligado’ sin dicho carácter); obligado de la propia obligación (de

garantía) por él asumida; responsable no deudor; tercero o no (y ya cabe advertir que el ordinal tercero del art. 1.210 CC (LEG 1889, 27), a diferencia del ordinal segundo, no se refiere a tercero); fiador real (asimilado a la fianza) o no; etc., resulta irrelevante, porque lo que importa radica en 'si tiene interés en el cumplimiento', que es la exigencia expresada en el precepto.' Si ello es así, se obtiene la conclusión de que el hipotecante no deudor tan sólo vincula un bien de su patrimonio a la satisfacción de un crédito aleño. Pero precisamente por tal razón no se convierte en deudor v. por tanto, no podrá ser incluido el crédito de un tercero en la masa pasiva, sin perjuicio, se insiste, de que en el Inventario deba incluirse el bien con la minoración que representa la existencia de la garantía' (en similar sentido, Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de diciembre de 2011 (AC 2012,51). Como consecuencia de todo lo cual, respecto de este primer crédito, el recurso de apelación ha de ser estimado, puesto que, por las razones expuestas, no procede su inclusión en la lista de acreedores".

22. En suma, de lo expuesto se desprende claramente la impertinencia de la argumentación en que se fundamenta la resolución dictada en la medida que, como se ha indicado, el hipotecante no deudor no ostenta la condición de Acreedor concursal, por lo que éste nada puede solicitar, y por tanto nada puede resolver el Juzgado mercantil que ha conocido de los procedimientos concursales de Dña. M. L. A. J. y Don P. J. P. S. respecto de la cancelación de la hipoteca que se solicita.

23. Cuestión bien diferente es la posición del acreedor hipotecario, en este caso Bankia, que como acreedor concursal, como exige la normativa concursal, fue debidamente informado de la existencia de los procedimientos concursales de los deudores (Dña. M. L. A. J. y Don P. J. P. S.), habiéndose comunicado por parte de Bankia el importe de sus créditos y habiendo tenido conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo en el seno de ambos procedimientos concursales, incluida la concesión de los beneficios de exoneración de los pasivos insatisfechos que, entre otras, dan por extinguidas las deudas mantenidas por los deudores frente a Bankia.

24. Que la cancelación registral de la hipoteca se solicita por una de las partes interesadas, esto es la propietaria e hipotecante no deudora, Dña. M. L. J. L., quien como interesada solicita la cancelación al haberse extinguido por completo el derecho inscrito anotado (art. 79 LH), extinción que se ha producido a tenor de la declaración judicial realizadas por el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona –(...)– (art. 82 LH).

De la alegada discordancia de los datos de Inscripción y la falta de legitimación notarial o firma ante el Registrador de la instancia de solicitud de cancelación presentada.

25. La resolución recurrida alude a la discordancia en la instancia de los datos de inscripción y responsabilidad del préstamo, cuestión que obedecería a un mero error material y, por tanto, es subsanable (art. 110 RH) y no se ha requerido previamente su subsanación, lo cierto que de la documentación adjuntada y los datos de la finca registral afectada se desprende clara y necesariamente los datos de inscripción e Importe de la responsabilidad del préstamo y su ampliación.

26. En lo que refiere a la exigencia de que la solicitud presentada tenga legitimada la firma del solicitante, o bien, se firme ante el Registrador, únicamente podemos destacar que, con carácter previo a la resolución no se nos requirió para la ratificación de la solicitud de cancelación, tal como prevé el artículo 193.4 del Reglamento Hipotecario.

No obstante lo anterior, siendo dicho defecto subsanable, no existe impedimento alguno en comparecer ante el Registrador para realizar dicha ratificación a requerimiento de éste.

27. En atención a lo anteriormente expuesto, y habida cuenta de la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para atender la solicitud efectuada por esta parte, solicitamos que, previa estimación del presente recurso, se proceda a la cancelación registral de la hipoteca constituida a favor de Caixa d'Estalvis del Penedes (actual Bankia) respecto de la finca 21.707 del Registro de la Propiedad de Castelldefels».

IV

El registrador de la Propiedad emitió informe en defensa de su nota de calificación el día 26 de septiembre de 2019, ratificándola en todos sus extremos, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1143, 1824, 1826, 1847 y 1857 del Código Civil; 1.3.º, 18, 20, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria; 135, 178 bis y 240 de la Ley Concursal; el Preámbulo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; los artículos 100 y 179 del Reglamento Hipotecario; la Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1995, 3 de febrero de 2009, 18 de junio de 2014 y 2 de julio de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de octubre de 2014, 11 de diciembre de 2017 y 20 de noviembre de 2019.

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso es si procede cancelar la inscripción de hipoteca constituida en garantía de deuda ajena a instancia de la titular del inmueble, hipotecante no deudora, aportando sendos testimonios de los autos firmes dictados en el seno de los procedimientos concursales de los deudores en los que se acuerda la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho incluyéndose el préstamo objeto de la garantía inmobiliaria.

El registrador en su nota de calificación de 20 de agosto de 2019 observa como defectos subsanables que impiden la cancelación: que no se ordena en la resolución judicial la cancelación de la hipoteca solicitada; que no se acompaña mandamiento alguno a los referidos testimonios; que de los autos se desprende que la extinción no alcanza a los deudores solidarios, fiadores y avalistas del concursado con lo que tratándose de un hipotecante no deudor podría verse afectado por dicha limitación; la discordancia respecto de los datos de inscripción de la hipoteca respecto de los datos registrales; y, la falta de legitimación notarial de la firma de la instancia o en su caso que sea firmada ante el registrador.

La recurrente en su escrito de fecha 20 de septiembre de 2019 reconoce la discordancia de los datos registrales identificadores de la hipoteca cuya cancelación se solicita, identificándola de manera indubitada, acompañando además junto con la instancia copia de las escrituras de constitución de la hipoteca y su posterior ampliación. Además, reconoce la falta de legitimación de la firma de la instancia presentada aceptando «comparecer ante el registrador para realizar dicha ratificación». Por tanto, el presente expediente deberá referirse a los otros tres defectos anteriormente apuntados.

2. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho está regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal como una solución de segunda oportunidad para las personas físicas, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

El Preámbulo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, que introdujo el artículo 178 bis en la Ley Concursal, es muy significativo respecto de la finalidad de este mecanismo de la segunda oportunidad: «Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el que una persona física, 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».

Este precepto trae causa de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 y de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acuerdos marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas. Como señala la reciente Sentencia de 2 de julio de 2019 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo: «La finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad,

mediante la condonación plena de las deudas. Esta condonación puede ser inmediata o en cinco años. En ambos casos, se supedita a unas exigencias que justifiquen la condición de buena fe del deudor y a un reembolso parcial de la deuda. Este reembolso parcial debe tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores y, en la medida de lo posible, debería ser proporcionado a los activos y la renta embargables o disponibles del deudor concursado, pues de otro modo en la mayoría de los casos la exoneración del pasivo se tornarían imposible, y la previsión normativa devendría prácticamente inaplicable».

3. Procede plantearse si el reconocimiento del citado beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho constituye una causa de extinción de las obligaciones o créditos que a que dicho beneficio se extienda. Como premisa, ha de advertirse que, según señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, «el art. 178 bis LC es una norma de difícil comprensión, que requiere de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación».

Ante estas dificultades interpretativas, un sector doctrinal entiende que el beneficio de exoneración no produce una verdadera extinción de los créditos afectados, sino tan solo los hace inexigibles frente al deudor favorecido por esta medida. Naturalmente, para esta línea interpretativa, es plenamente coherente que el acreedor pueda seguir dirigiéndose frente a los fiadores o deudores solidarios. Se invocan en favor de esta tesis argumentos como el hecho de que el citado beneficio sea susceptible de revocación, en los términos establecidos el artículo 178 bis, apartado 7, y, sobre todo, la referencia expresa que se recoge en los párrafos segundo y tercero del apartado quinto del citado artículo: «Los acreedores cuyos créditos se extingan no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos. Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida».

Esta norma sería aplicable a las dos modalidades de exoneración que recoge el precepto: la exoneración definitiva prevista en el apartado 3.4.º del artículo 178 bis, y la provisional a que se refiere el apartado 3.5.º del mismo artículo.

Si se sigue esta línea interpretativa, hay que entender que el objetivo de esta medida legal no es extinguir de forma absoluta los créditos afectados, sino exonerar al concursado de responsabilidad por ellos. Por eso no surte efectos frente a los obligados solidarios ni frente a los fiadores. Si se tratase de una auténtica causa de extinción de la obligación, los codeudores solidarios también se verían liberados frente al acreedor, como ocurre en los casos a que alude el párrafo primero del artículo 1143 del Código Civil: «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146». Y lo mismo puede sostenerse en relación con los fiadores. No puede olvidarse que, según el mismo Código, la fianza es accesoria del crédito (artículos 1824 párrafo primero: «La fianza no puede existir sin una obligación válida», y 1826: «El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor»), y que se si se extingue la obligación principal también se extingue la del fiador (artículo 1847: «La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor principal, y por las mismas causas que las demás obligaciones»).

Pero también existe otra postura doctrinal que sostiene que ha de diferenciarse entre los dos tipos de exoneración que recoge el 178 bis de la Ley Concursal, entendiendo que la exoneración definitiva que regula el apartado 3.4.º sí que extingue de manera absoluta la deuda, provocando por aplicación del artículo 1847 del Código Civil la correspondiente extinción de la fianza, siendo solamente aplicable la no extensión del beneficio de

exoneración respecto de los fiadores, avalistas y deudores solidarios a los casos del apartado 3.5.º del citado artículo.

Sin embargo, no parece que pueda afirmarse que los ordinales 4.º y 5.º del apartado 3 del artículo 178 bis Ley Concursal, regulen dos figuras o modalidades distintas de exoneración con efectos diferentes, sino que regulan dos vías o formas alternativas de exoneración del pasivo insatisfecho: El ordinal 4.º prevé una exoneración inmediata, y para ello exige el cumplimiento de unos requisitos; y el ordinal 5.º prevé una exoneración diferida en el tiempo, transcurridos cinco años y exige otros requisitos propios. Al margen de la vía que tome el deudor, los efectos que produce la exoneración respecto del deudor concursal, de los derechos de los acreedores frente a obligados solidarios y fiadores, o cómo opera en el caso en que el concursado tuviera un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad, deberán ser los mismos en uno y otro caso. La interpretación sistemática del precepto lleva a concluir que los efectos que produce el beneficio de la exoneración, regulados en los tres últimos párrafos del apartado 5, se producen, en todo caso, con independencia de que el deudor haya optado por una u otra vía que, además, puede ser modificada en el curso del procedimiento. De igual manera que se aplica en todo caso, se haya seguido una u otra vía, la posibilidad de revocación del beneficio durante los cinco años siguientes a la concesión o durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, si se dieran los presupuestos del apartado 7 del artículo 178 bis Ley Concursal.

En definitiva, no puede afirmarse que la extinción de la deuda derivada de la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho sea absoluta ni definitiva. No es absoluta porque sólo afecta al deudor concursado. La ley tiene en cuenta la situación individual del deudor y su comportamiento, y sólo frente a él resulta inexigible la deuda, pero no frente a otros obligados solidarios o frente a sus fiadores o avalistas, respecto de los que el acreedor conservará todos sus derechos. Y tampoco puede afirmarse que se trate de una extinción definitiva, pues durante un plazo de cinco años podrá solicitarse del juez la revocación del beneficio, en cuyo caso los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso. Por ello parece más acertado hablar de exoneración inmediata en contraposición a la exoneración diferida en el tiempo, en lugar de exoneración definitiva y exoneración provisional, para referirse a las dos alternativas que prevé la ley en los ordinales cuarto y quinto del apartado 3 del artículo 178 bis Ley Concursal.

4. No contiene la Ley Concursal referencia alguna a los efectos de este beneficio de exoneración respecto del hipotecante no deudor.

Es cierto que, como muy bien se expone en el escrito de recurso, hay importantes diferencias entre los fiadores y los hipotecantes no deudores. Ya la Sentencia de 6 de octubre de 1995 del Tribunal Supremo (con un criterio reiterado por otras Sentencias del mismo Tribunal, como la de 3 de febrero de 2009) señalaba: «Cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si éste es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor, aunque no haya pacto limitativo de responsabilidad, porque el artículo 140 no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105. Lo mismo sucedería en caso de pérdida o destrucción de la cosa, sin culpa del hipotecante que determinaría la extinción de la hipoteca, sin que su patrimonio quede sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada. En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador. Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto (si no es solidario) a la “conditio iuris” del impago. El dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable “erga omnes”».

Ello, no obstante, debe tenerse en cuenta que también existen importantes puntos en común, dado que ambos son garantes de una deuda ajena, el fiador con toda su responsabilidad patrimonial universal, y el hipotecante no deudor con la afección del bien hipotecado. Repárese que la reciente Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario al fijar en su artículo 2.1) el ámbito de aplicación equipara fiador y garante, sometiéndoles al mismo nivel de protección. Tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca en garantía de deuda ajena, la extinción de la obligación principal produce la extinción de la respectiva garantía accesoria. Sin embargo, otro tipo de vicisitudes que pueden concurrir en el deudor no tienen necesariamente que excluir la posibilidad de que el acreedor se dirija frente a los garantes. Así, en el ámbito de situaciones concursales, si bien refiriéndose a un caso de prenda en garantía de deuda ajena, pero con conclusiones extensibles al caso del hipotecante no deudor, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2014 afirmó, en un caso de concurso del deudor favorecido por la garantía, que: «Una cuestión es que las obligaciones no se puedan exigir al concursado, obligado principal, y otra distinta es que, vencidos los intereses del préstamo, de conformidad con el art. 59 LC, tratándose de una garantía real, puedan ser satisfechas por el fiador real, tercero pignorante, hasta el límite de la garantía constituida».

Y este Centro Directivo, en su Resolución de 15 de octubre de 2014, permitió la inscripción de un decreto de adjudicación librado en un procedimiento de ejecución hipotecaria dirigido exclusivamente contra el hipotecante no deudor, dado que contra dicho deudor no era posible dirigir la acción por hallarse en situación de concurso de acreedores.

Teniendo en cuenta finalmente la necesaria interpretación teleológica, una extensión del beneficio al hipotecante no deudor sería ajeno a la finalidad de la norma. Por la misma razón que tampoco alcanza el beneficio al fiador o avalista: Porque la finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad al deudor y porque también hay que respetar el interés equitativo de los acreedores. Como se ha señalado durante el debate de la ley, si bien se ha tratado de dar una segunda oportunidad a aquellos deudores de buena fe, tampoco se ha pretendido minar la posición de determinados acreedores, lo que sin duda provocaría un efecto contrario a la seguridad jurídica y al impulso económico. No debe olvidarse que, al no ser el bien del concursado, no puede formar parte de la masa activa, por lo que el acreedor hipotecario no podría ejercitar la acción en el procedimiento concursal porque el juez del concurso no es competente para tramitarlo (artículo 8 Ley Concursal). Y el crédito, aunque esté en la masa pasiva, carece del carácter de privilegiado por recaer la garantía sobre bienes de un tercero, razón por la cual el acreedor no podría haberse opuesto a la concesión del beneficio por no cumplirse el requisito de haberse satisfecho en su integridad los créditos concursales privilegiados, como exige el ordinal cuarto o, al menos, haberlos incluido en el plan de pagos previsto en el ordinal quinto. Lo que avoca a este acreedor hipotecario insatisfecho a un perjuicio económico que tampoco redunda en modo alguno en beneficio del deudor concursal.

5. Por otro lado, tampoco la normativa hipotecaria permitiría cancelar la inscripción del derecho real de hipoteca en base a la instancia privada presentada. La cancelación de una hipoteca está sometida a la regla general establecida por el párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

De acuerdo con esta norma, aunque la obligación asegurada por la hipoteca se haya extinguido, la cancelación de la inscripción requiere que el acreedor titular registral de la garantía otorgue la oportuna escritura pública o que, tras la tramitación de un procedimiento judicial en el que dicho acreedor haya sido parte, se dicte sentencia firme que ordene la cancelación.

Y, como se ha apuntado más arriba, para esta declaración judicial el juez del concurso (salvo casos excepcionales como el que resulta, a sensu contrario, de lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley Concursal) carece de competencia, ya que el bien hipotecado, al no ser del concursado, no puede formar parte de la masa activa, por lo que estaría excluido de su competencia exclusiva y excluyente (art. 8 de la Ley Concursal). Como tampoco tendría

competencia para la eventual ejecución de la garantía que deberá seguirse ante el juzgado que corresponda según las normas procedimentales generales, sin perjuicio, naturalmente, de que el resultado de esa ejecución tenga las consecuencias correspondientes en el procedimiento concursal. Por ello tampoco es atendible el argumento del recurrente de que el acreedor hipotecario fue debidamente informado de la existencia de los procedimientos concursales habiendo comunicado sus créditos, ya que, si bien en el ámbito del concurso su crédito está en la masa pasiva, la garantía recae sobre bienes de tercero por lo que en el concurso carece del carácter de privilegiado, pues el artículo 90.1.1.º Ley Concursal presupone la identidad entre el deudor concursado y el titular del bien sobre el que recae la garantía, para reconocer el privilegio. Razón por la cual ninguno de los autos de reconocimiento del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho en favor de los deudores hipotecarios presentados, contenga pronunciamiento expreso sobre la eventual cancelación de la hipoteca.

En este sentido conviene traer a colación lo que ya señaló este Centro Directivo en su Resolución de 11 de diciembre de 2017: «hay que recordar la discusión doctrinal que existió entre dos tesis muy distintas, que se han mantenido desde siempre en nuestro Derecho, relativa a la relación existente entre los derechos reales y los derechos de crédito, refiriéndola, en concreto, al derecho real de hipoteca y el crédito que asegura. a) La tesis de la accesoriedad absoluta de la hipoteca respecto al crédito que garantiza, y la correspondiente dependencia de los derechos reales de garantía con respecto a los de crédito. Los defensores o partidarios de esta tesis sostienen que la hipoteca depende absolutamente de la obligación principal, de manera que la extinción de esta lleva automáticamente a la extinción de aquella. Por tanto, en coherencia con esta concepción, bastará que se acredite o justifique que la obligación principal se ha extinguido por pago, para que se extinga directamente la hipoteca. La extinción de lo principal exige la extinción de lo accesorio. Luego, la cancelación de la inscripción de esa hipoteca –necesaria siempre para su completa extinción frente a terceros– puede hacerse de forma automática nada más acreditarse la extinción por pago de la obligación principal, pues, indiscutiblemente, el derecho de hipoteca también se ha extinguido. b) La tesis de la diferenciación absoluta entre los derechos reales y los derechos de crédito. Esta tesis sostiene que el derecho real de hipoteca es tan distinto del crédito que garantiza que, aunque este se haya extinguido por pago, y en teoría debería extinguirse también por accesoriedad el derecho real de garantía, bastando una cancelación automática para ello, esto no ocurre. Partiendo de que el pago del crédito solo extingue la obligación garantizada, pero no la hipoteca, cuya completa extinción –frente a terceros– requerirá de un acto especial de cancelación, hay que decir que esta cancelación, necesaria para la eficaz extinción de la hipoteca, no es automática, como bastaría por la teoría de la accesoriedad, sino una cancelación para la que se necesita un requisito más: la nueva escritura en la que el acreedor hipotecario preste su consentimiento a la cancelación. No basta, por lo tanto, una cancelación automática mediante la acreditación del pago de la obligación, sino que se hace necesario, para que la hipoteca se extinga frente a todos, su cancelación mediante negocio cancelatorio. La polémica se zanjó con las reformas operadas en la legislación hipotecaria, concretamente en el artículo 82, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, y el artículo 179 del Reglamento Hipotecario que proclaman que para cancelar un crédito hipotecario extinguido por pago es siempre necesaria una escritura pública más el consentimiento del acreedor a tal efecto».

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

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