

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1743** *Resolución de 17 de enero de 2013, 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 Benaguasil, por la que se deniega la anotación preventiva de embargo por estar la sociedad embargada en situación concursal.*

En el recurso interpuesto por doña M. D. G., letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Benaguasil, don José Losada Morell, por la que se deniega la anotación preventiva de embargo por estar la sociedad embargada en situación concursal.

Hechos

I

Mediante mandamiento expedido el día 18 de junio de 2012 por don H. V. U., jefe de la Unidad de Recaudación Ejecutiva número 10 de Paterna de la Tesorería General de la Seguridad Social, en el expediente administrativo de apremio número 46101100276212 instruido contra la entidad «Gestión de Obras XXI, S.L.», se ordena que se practique anotación preventiva de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre las fincas registrales números 28.960 y 28.961 de Ribarroja de Turia.

II

Presentado dicho Mandamiento en el Registro de la Propiedad de Benaguasil, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Benaguasil Calificado el precedente documento, conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, el Registrador que suscribe ha resuelto denegar las anotaciones solicitadas por el defecto siguiente, en base a los correspondientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos. I.–Se presenta en este Registro, bajo el asiento 579 del Diario 51, Mandamiento expedido el día 18 de junio de 2012 por don H. V. U., Jefe de la Unidad de Recaudación Ejecutiva 10 de Paterna, Valencia, de la Tesorería General de la Seguridad Social, en el Expediente Administrativo de Apremio número 46 10 11 00276212, instruido contra la entidad «Gestión de Obras XXI, SL», en virtud del cual se ordena que se practique anotación preventiva de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre las fincas 28.960 y 28.961 de Riba-roja de Turia. II.–En el Registro, la finca 28.960 y 28.961 de Riba-roja de Turia constan inscritas a favor de la entidad «Gestión de Obras XXI, SL», si bien, según resulta de consulta telemática al Registro Mercantil de Valencia, la citada entidad ha sido declarada en situación de concurso en virtud de Auto dictado el día 11 de julio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia en el Procedimiento Concursal número 591/2008, que ha sido inscrito en el Registro Mercantil de Valencia en fecha 9 de julio de 2010, constando asimismo inscrita –con fecha 4 de agosto de 2011– en dicho Registro Mercantil de Valencia el Auto dictado el día 1 de diciembre de 2010 por el que se declara la apertura de la fase de liquidación de la entidad concursada «Gestión de Obras XXI, SL». Fundamentos Jurídicos: El defecto que impide practicar las anotaciones ordenadas es el siguiente: Al constar inscrita en el Registro Mercantil la declaración de concurso de la entidad deudora, para continuar un procedimiento administrativo de ejecución es necesario que concurren dos requisitos: 1.º–Que la providencia de apremio se haya dictado con anterioridad a la fecha de

declaración del concurso; 2.º—Que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Así resulta del artículo 24.4 de la Ley Concursal, que en su último inciso dispone que «practicada la anotación preventiva (de concurso), no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley». Y el artículo 55 de la Ley Concursal establece que «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. (...) Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho». En el precedente mandamiento se observa que las providencias de apremio son de fecha posterior a la declaración de concurso; y además no consta expresamente en el mandamiento que la finca embargada no resulta necesaria a la entidad deudora para continuar su actividad profesional. La cuestión de si se trata o no de bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial es una cuestión que debe apreciarse por el Juzgado Mercantil que conoce del concurso, no por el Registrador de la Propiedad. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2.010 manifiesta que resulta plenamente aplicable la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Jurisdicción y Competencia, 5/2.009, de 22 de junio, que reconoce que «la ejecución no puede llevarse a cabo en ningún caso sin el previo pronunciamiento judicial acerca de la vinculación de los bienes con la continuidad de la empresa; siendo nulas, como afirma el artículo 51.3 de la Ley Concursal, todas las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 del mismo artículo». La presente calificación negativa lleva consigo la prórroga de la vigencia del asiento de presentación en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente (...) Benaguasil, 27 de septiembre de 2012. El registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. D. G., letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpone recurso en virtud de escrito, de fecha 31 de octubre de 2012, en base a los siguientes argumentos: «La acción que planteamos va dirigida a obtener la anotación preventiva del embargo de dos fincas registrales practicado por la TGSS, que ha sido calificada negativamente por el Registro de referencia sobre la base del art. 55 de la Ley Concursal, no practicando la anotación preventiva por haberse dictado las providencias de apremio de las que trae causa el embargo de las fincas registrales después del auto de declaración del concurso y porque no consta la declaración judicial del carácter no necesario de los bienes embargados cuya anotación preventiva de embargo se pretende. La denegación de la anotación tiene por fundamento el artículo 55 de la LC; sin embargo dicha norma no resulta de aplicación al supuesto al venir referida y establecer limitaciones en relación con los actos de embargo posteriores al auto de declaración del concurso para la satisfacción de créditos concursales. El supuesto que nos ocupa no está regido por el artículo 55 de la LC, pues el embargo fue declarado después de abierta la liquidación, para la satisfacción de créditos contra la masa (...) siendo el fundamento legal del acto de la TGSS el artículo 84.4 de la LC; esto es el embargo se ha dictado para garantizar deuda pública contra la masa y no deuda concursal. La ejecución de los créditos contra la masa, que tienen su propio régimen jurídico específico en el art. 84.4 de la LC, modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de aplicación inmediata en relación con los concursos en tramitación,

de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley, que expresamente señala: «Las acciones relativas a la calificación o pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos casos». De manera que en este precepto se despeja toda duda que pudiese haber en torno a las posibilidades de ejecución administrativa (término que introduce la ley) hasta: que se apruebe un convenio, se abra la liquidación, o transcurra un año desde la declaración de concurso y por tanto tras esos momentos queda expedita la ejecución administrativa. En el mismo sentido se ha reformado la Ley General Tributaria, artículo 164.2 para incluir la posibilidad de dictar providencia de apremio y devengar los recargos del periodo ejecutivo, no solo en el caso de que se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la declaración del concurso, sino también cuando se trate de créditos contra la masa, lo que supone que se posibilita apremiar los créditos contra la masa; conclusión que se ve reforzada por el nuevo apartado 4 del artículo 84 antes citado de la Ley Concursal. En este caso, como hemos expuesto y acreditado se dan los presupuestos para aplicar estos preceptos, pues la empresa concursada se encuentra en fase de liquidación y se han iniciado acciones recaudatorias para cobrar los créditos públicos contra la masa. La última reforma de la LC con la modificación del artículo 84.4 de la LC ya analizada y la introducción de un nuevo apartado, el número 6, en el artículo 56 para precisar que la declaración de necesidad o de afección de los bienes que se atribuye al juez de lo mercantil, únicamente es a los efectos de lo establecido en los artículos 55 y 56 de la LC, pone de manifiesto, ante las discrepancias interpretativas surgidas, que la intención del legislador, ex artículo 3 del código civil, en materia de ejecución de créditos contra la masa es autorizar ejecuciones administrativas singulares una vez se den las circunstancias que enumera el artículo 84.4 de la LC, entre las que se incluye la apertura de la fase de liquidación, sin que el juez de lo mercantil tenga que realizar declaración alguna como *conditio sine qua nom* a la ejecución referida, porque la declaración de necesidad o afección se impone por la ley a los únicos y exclusivos efectos de lo dispuesto en los artículos 55 y 56 de la LC –créditos concursales, que no créditos contra la masa–. Además la claridad del añadido –«administrativos»– efectuado en el novedoso artículo 84.4 de la LC, que no deja duda alguna al intérprete, viene a corroborar la conclusión expuesta y evidencia que con las modificaciones introducidas en esta materia por la Ley 38/2011, el legislador viene a desautorizar la interpretación efectuada sobre esta materia por la Sala de Conflictos del TS y algún tribunal de lo mercantil, permitiendo como ha sido tradicional en nuestro derecho de quiebras y suspensiones de pago, iniciar ejecuciones singulares administrativas para la recaudación de créditos contra la masa, que no se someten al concurso. Además de lo expuesto parece claro que una vez abierta la fase de liquidación supuesto en el que obviamente la actividad ha cesado no tiene mucho sentido la declaración del carácter necesario de los bienes y es que si bien la Ley Concursal no define expresamente que se entiende por bienes imprescindibles para la actividad empresarial o profesional del deudor, debe tratarse obviamente de bienes necesarios para permitir la continuidad de la empresa por venir afectados al proceso productivo, lo que no tiene razón de ser cuando no hay actividad –único límite que establece la LC para suspender procedimientos administrativos preferentes–. El carácter extraconcursal de los créditos contra la masa hace que los titulares de dichos créditos gocen de las garantías jurisdiccionales ordinarias, de modo que, en principio reconocido su derecho en sentencia judicial u otro título ejecutivo, como es un acto administrativo o la providencia de apremio, es posible entablar acción ejecutiva o iniciar y proseguir el procedimiento de apremio administrativo para el cobro de sus créditos –la nueva ley lo dice expresamente–; aunque es bien cierto que la posibilidad de iniciar y o proseguir el procedimiento de apremio para exigir el pago de los créditos contra la masa se suspende hasta el inicio de la fase de liquidación, por lo que habiéndose acreditado que la fase de liquidación se declaró en el caso que nos ocupa por auto de 1 de diciembre de 2010, son

correctas tanto las providencias de apremio dictadas por la TGSS en abril y mayo de 2011 y el embargo subsiguiente por cuanto se ha acreditado que dicho embargo es para garantizar el cobro de créditos contra la masa cuyo régimen jurídico nada tiene que ver con el que afecta a los créditos concursales. Y, en fin, a la conclusión expuesta no empece el contenido de lo dispuesto en el artículo 24 de la LC, por el carácter extraconcursal de los créditos contra la masa con régimen jurídico diferenciado al que corresponde a los créditos concursales. Este es el criterio que está empezando a adoptarse por las Audiencias Provinciales. Es el caso de la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de 15 de diciembre de 2011, cuyo fundamento de derecho tercero tiene el siguiente tenor literal «...se rechaza que la certificación administrativa infrinja lo dispuesto en el artículo 55 de la LC porque el referido precepto está incardinado sistemáticamente dentro de la regulación de los créditos concursales y, en nuestro caso, los recargos por falta de pago, intereses de demora y costas del procedimiento de apremio derivan de un crédito posconcursal, en los que sí se permite el inicio de ejecución para hacerlos efectivos según establece el inciso final del artículo 154.2 de la LC. Si es posible la iniciación del procedimiento de apremio por parte de la TGSS para hacer efectivo un crédito posconcursal, los recargos por falta de ingreso, los intereses de demora y las costas del procedimiento de apremio han de calificarse como créditos contra la masa en virtud de lo dispuesto en el artículo 84.2.10º LC». A igual conclusión se llega expresamente en la redacción del artículo 84.4 de la LC tras la reforma introducida por la ley 38/2011 que en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera de esa ley, se aplicará a los concursos en tramitación a su entrada en vigor el día 1 de enero de 2012».

IV

El registrador emitió informe el día 12 de noviembre de 2012 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 2, 3, 9, 12, 13, 18, 19 bis, 322, 323 y 326 de la Ley Hipotecaria; 2, 7, 51, 98, 101, 430 y 434 del Reglamento Hipotecario; 8, 10, 24, 55, 84, 90, 94, 96, 98, 109, 110, 130, 142, 154 y 157 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; disposiciones transitorias primera y cuarta de la Ley 38/2011, de 10 de octubre; las Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2007, 4 de julio de 2008 y de 22 de junio de 2009; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de junio y 2 de octubre de 2009, 7 de junio de 2010, 29 de junio y 26 de octubre de 2011 y 11 de febrero, 18 de abril y 7 de julio de 2012.

1. La única cuestión que se debate en esta resolución es si procede anotar en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social habida cuenta que las fincas sobre la que se ordena tiene anotada la declaración de concurso y que la diligencia de embargo que consta en el mandamiento es posterior al auto por el que se declaró el concurso.

2. Antes de entrar en la cuestión sustantiva es preciso, una vez más, recordar la continua doctrina de este Centro Directivo (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que afirma que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales (artículo 66 de la Ley Hipotecaria). Como consecuencia de lo anterior el

expediente se ventila exclusivamente a la luz de la documentación que fue presentada y calificada por el registrador sin que pueda tenerse en cuenta cualquier otra aportada con posterioridad (artículo 327 de la Ley Hipotecaria).

3. Por lo que se refiere a la cuestión sustantiva es principio del Derecho Concursal que el conjunto de relaciones jurídico patrimoniales del concursado quedan sujetas al procedimiento de concurso (artículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). Por lo que a sus deudas se refiere este principio viene plasmado en el artículo 24 de la propia Ley al establecer lo siguiente en relación a la publicidad del concurso en el Registro de la Propiedad: «... Practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1». Junto a la excepción prevista en el artículo 55.1 y que se refiere, en lo que ahora nos interesa, a procedimientos de ejecución administrativos respecto de los que se hubiere dictado diligencia de embargo con anterioridad al auto de declaración del concurso (vid. al respecto la Resolución de 26 de octubre de 2011), la legislación concursal contempla como créditos o deudas extraconcursoales los denominados créditos contra la masa que, al igual que los anteriores, quedan al margen del procedimiento concursal aunque, también como los anteriores, siempre bajo la supervisión del juez que conoce del concurso. Así lo expresa rotundamente la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 4 de julio de 2008: «Sin embargo, el hecho de que no se integren en la masa concursal no comporta que la ejecución no se controle en el seno del proceso jurisdiccional dirigido por el Juez de lo Mercantil antes de proceder al pago de los créditos concursales, conforme al artículo 154.1 de la Ley Concursal».

Estos créditos, de variada naturaleza conforme al artículo 84.2 de la Ley Concursal, que la doctrina llama en ocasiones posconcursoales (a pesar de que algunos se devengan con anterioridad a la declaración de concurso), no se integran en la masa pasiva del concurso y de ahí que deban ser satisfechos a medida que se produce su vencimiento con cargo a los bienes que la administración haya dispuesto al efecto (vid. artículos 84 y 154 de la Ley Concursal). Ahora bien su satisfacción, su pago fuera de la masa pasiva, depende de su calificación como créditos contra la masa por declaración incidental del juez (artículo 84.4 de la Ley Concursal) o de su inclusión en la relación separada de acreedores contra la masa que elabora la administración concursal (artículos 94.4 y 96.5 de la Ley Concursal) y que, unida al informe que ésta realiza, se presenta al juez del concurso para que dicte la resolución que proceda (artículo 98 de la Ley Concursal). Por este motivo el artículo 84. 4 de la propia Ley Concursal establece que «...no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos».

Resulta con nitidez de la regulación legal que la iniciación de un procedimiento administrativo de ejecución contra el concursado por falta de pago de un crédito contra la masa exige por un lado que este carácter sea indubitado y por otro que el procedimiento concursal se encuentre en la fase procedimental adecuada bien por aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio, por aprobación judicial del convenio aceptado por la junta de acreedores o por declaración judicial de apertura de la fase de liquidación (vid. artículos 109, 130 y 142 de la Ley Concursal), a salvo la excepción del transcurso del plazo de un año.

4. Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto (Resoluciones de 29 de junio de 2011 y 7 de julio de 2012). En el supuesto que ha provocado este expediente, como en aquéllos, no resulta del mandamiento que se tratara de créditos contra la masa, habiendo sido alegada esta circunstancia en el escrito de recurso, por lo que no pudo tomarse en consideración en la nota de calificación y tampoco ahora para dictar esta Resolución (artículo 326 de la Ley Hipotecaria). Pero es que aunque se afirme en el mandamiento que se trata de créditos contra la masa, faltaría un pronunciamiento al respecto del juzgado de lo Mercantil competente en el concurso, requisito necesario

aunque no se trate de los créditos exceptuados de la paralización de la ejecución a que se refiere el artículo 55 de la Ley Concursal, sino ante el pago de créditos contra la masa contemplados en el artículo 154 de la misma Ley.

Del estudio sistemático de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal resulta que la consideración de que un determinado crédito es un crédito contra la masa al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la vis atractiva que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso. Explícitamente lo recoge así el artículo 84.4 de la Ley Concursal al decir: «4. Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal». Y es que, como señala la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, «el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos».

Nada obsta a lo anterior el carácter administrativo del procedimiento ni la indiscutida facultad de autotutela de la administración. El párrafo segundo del artículo 22 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, modificado por la disposición final decimosexta de la Ley 22/2003, Concursal, dispone que, en caso de concurso, los créditos por las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.

5. En el expediente que provoca la presente, resulta del Registro la existencia de una anotación preventiva por la que se publica la declaración de concurso de acreedores del titular registral; no resulta de los libros registrales ni de la documentación aportada al tiempo de la calificación ninguna de las circunstancias previstas en la Ley Concursal para la iniciación de procedimientos de ejecución administrativa. Siendo las providencias de apremio y diligencias de embargo posteriores a la declaración del concurso, y no habiéndose obtenido con carácter previo un pronunciamiento del juzgado ante el que se sigue el concurso que declare que los créditos son créditos contra la masa susceptibles de ejecución separada, no procede sino la confirmación de la negativa a la anotación.

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

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

Madrid, 17 de enero de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.