

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**12624** *Resolución de 23 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Benidorm n.º 2 a practicar una anotación preventiva de concurso.*

En el recurso interpuesto por don V. I. H. U., en su condición de Administrador único de la entidad acreedora «Iuris Tantum, S.L.», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Benidorm número 2, doña Consuelo García Pedro, a practicar una anotación preventiva de concurso.

#### Hechos

I

Por mandamiento expedido el 10 de marzo de 2015 por la secretaria del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, doña C. C. G., en el que se inserta literalmente el auto de declaración de concurso de acreedores, necesario y voluntario, de don G. A. E. M., se solicita, conforme al artículo 24 de la Ley Concursal, la práctica de anotación preventiva de la declaración de concurso de acreedores.

II

Presentado dicho título en el Registro de la Propiedad de Benidorm n.º 2, fue objeto de la siguiente calificación emitida por la registradora: «Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: La Registradora de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por correo, el día 29 de mayo de este año, bajo el asiento número 1065 del Diario número 44, y con el número de entrada 1694, que corresponde al mandamiento expedido por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de los de Alicante, en virtud de procedimiento de concurso abreviado 815/2014-C seguido contra don G. A. E. M., ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: La finca que comprende el precedente mandamiento figura inscrita, con carácter ganancial, a favor de los esposos, don G. A. E. M., con NIF..., y doña K. D. S. B., con NIE..., en virtud de escritura otorgada en Benidorm, el 22 de julio de 2004, ante el Notario don Antonio Magraner Duart, que causó la inscripción 4.ª de la finca 24038, al folio 193, del libro 396, tomo 832, de fecha 29 de septiembre de 2004. Del mandamiento que precede, no resulta que la nombrada doña K. D. S. B., con NIE..., haya sido notificada de la inclusión de la finca en la masa activa, pues en otro caso quedaría en indefensión respecto a la facultad que le concede el art. 77 LC para pedir la disolución de la comunidad.—Fundamentos de Derecho: En caso de concurso de persona casada —como es el caso que nos ocupa—, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con o que resulte del convenio o de la liquidación del concurso (art. 77 LC). Teniendo en cuenta este precepto, la anotación de la declaración judicial de concurso sobre bienes gananciales, debería hacer referencia a que ha sido notificado el otro cónyuge de la inclusión en la masa activa, pues

en otro caso quedaría en indefensión respecto a la facultad que le concede dicho precepto legal, y además, es una exigencia del principio registral de tracto sucesivo del art. 20 LH. En relación con este precepto, véanse también los artículos 1373 del CC, 541 LEC y 144.1 RH.—Y por considerarlo defecto subsanable, se procede a la suspensión de los asientos solicitados del documento mencionado. No se toma anotación preventiva por defecto subsanable por no haberse solicitado. De conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, la vigencia del asiento de presentación quedará automáticamente prorrogada por sesenta días, a partir del momento en que conste acreditada en este Registro de la Propiedad la recepción de la última comunicación correspondiente. Se advierte el derecho a recurrir (...). Benidorm, a dieciséis de junio del año dos mil quince. La Registradora (firma ilegible) Fdo. doña Consuelo García Pedro».

## III

Don V. I. H. U., en su condición de Administrador único de la entidad acreedora «Iuris Tantum, S.L.», interpuso recurso contra la calificación de 16 de junio de 2015, mediante escrito que tuvo entrada en el citado Registro el 30 de julio de 2015, en el que alega lo siguiente: «... Inexistencia de matrimonio entre don G. E. M. y doña K. D. S. B. Inaplicabilidad del artículo 77 de la Ley Concursal. La calificación emitida por la Sra. Registradora se basa en la existencia de matrimonio entre los que figuran como titulares de la finca a la que se refiere el mandamiento no inscrito, por lo que, fundamenta la calificación desfavorable en la aplicación de lo previsto en el artículo 77 de la Ley Concursal, relativo a la existencia de bienes conyugales. Apareciendo como formalmente correcta la argumentación, sin embargo, no resulta de aplicación en este caso, puesto que, en realidad, no existen bienes de carácter conyugal. Y ello porque no existe matrimonio inscrito entre los que se consideran cónyuges por la calificación emitida. En este sentido, y a la vista de la notificación aportada al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante (y objeto de este recurso), el propio Juzgado ha dictado Diligencia de ordenación por la que se acuerda comunicar a la Registradora el hecho de que no existe anotado matrimonio entre el concursado, don G. E. M., y doña K. D. S. B., según certificación expedida el 2 de junio de 2015 por el secretario del Registro Civil de Alcoy. (...) Consecuentemente, en atención a lo certificado por el Registro Civil, no resulta de aplicación la previsión realizada en el artículo 77 de la Ley Concursal, procediendo por tanto la inscripción del mandamiento emitido en su día por el reiterado Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante y derivado del procedimiento de concurso abreviado 815/2014-C (...)».

## IV

Mediante escrito de 10 de agosto de 2015, la Registradora de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 4, 1362 a 1374, 1375, 1387, 1388 y 1911 del Código Civil; 6 a 12 del Código de Comercio; 1, 18, 20 y 40 de la Ley Hipotecaria; 6, 10, 21, 75, 77, 82, 86, 93, 96, 142, 143, 148, 149 y 184 y la disposición final quinta de la Ley Concursal; los artículos 541 y 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 100 y 144 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de agosto de 2006, 4 de mayo y 17 de diciembre de 2012, 21 de junio y 28 de agosto de 2013, 23 de mayo de 2014 y 8 de julio de 2015.

1. Por la calificación objeto del presente recurso la registradora suspende la práctica de una anotación preventiva de declaración de concurso de acreedores respecto de una finca inscrita, con carácter ganancial, a nombre del concursado, porque no consta haberse notificado al cónyuge del concursado el auto de declaración de concurso.

El recurrente alega que no existen bienes de carácter conyugal porque no existe matrimonio inscrito entre los que se consideran cónyuges por la calificación emitida. Y acompaña al escrito de recurso copia de diligencia de ordenación expedida por la secretaria del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante por la que se comunica a la registradora el hecho de que no existe anotado matrimonio entre el concursado y la persona indicada en la calificación, según certificación expedida el 2 de junio de 2015 por el secretario del Registro Civil competente.

2. Para la resolución del recurso interpuesto es necesario realizar, con carácter preliminar, las dos siguientes puntualizaciones: La primera, que, en este procedimiento sólo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación –en este caso el mandamiento expedido por la secretaria del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante solicitando la práctica de anotación preventiva de la declaración de concurso de acreedores–, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma que no pueden ser tomados en consideración en la resolución del presente recurso (vid. por todas, las Resoluciones de 21 de junio y de 28 de agosto de 2013). En segundo lugar, procede señalar que el recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado, a salvo la posibilidad de acudir a los Tribunales para ventilar y contender sobre la validez o nulidad de los títulos, para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado, sin que sea éste la vía adecuada para rectificar los asientos ya practicados, los cuales, están bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria) y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley. Es el artículo 40 de la Ley Hipotecaria el que regula los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando éste es inexacto (vid. entre otras muchas, la Resolución de 2 de agosto de 2006).

3. Respecto de la calificación de documentos judiciales, el imprescindible respeto a la función jurisdiccional, que las leyes atribuye en exclusiva a jueces y magistrados, exige que las autoridades y los funcionarios públicos, incluidos, por tanto, los registradores, cumplan las resoluciones judiciales, sin que competa, por tanto, al registrador de la Propiedad calificar los fundamentos de esas resoluciones (Resoluciones de 4 de mayo y 17 de diciembre de 2012, 15 de marzo de 2013 y 23 de mayo de 2014). Pero, simultáneamente, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión (artículo 24 de la Constitución Española) justifica que la calificación del registrador frente a documentos judiciales no se limite a las formalidades extrínsecas del documento presentado, sino que incluya el examen de la competencia del juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de la resolución dictada con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del propio Registro –o de la normativa registral, legal o reglamentaria, que sea de aplicación– a la inscripción o la cancelación ordenada (artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento). Precisamente en el caso ahora analizado de lo que se trata es de determinar la conformidad al Derecho vigente de un mandamiento librado en ejecución de lo ordenado en un auto de declaración de concurso de una persona física casada en régimen de sociedad de gananciales. En efecto, se plantea en el recurso si, para practicar en el Registro de la Propiedad la anotación de concurso de acreedores de esa persona, es necesario que conste la notificación del auto de declaración de concurso al cónyuge del concursado.

El problema se plantea porque la Ley 2/2003, de 9 de julio, Concursal, nada establece sobre tal extremo. Esta Ley prescribe determinadas comunicaciones (artículo 21.4) y determinadas notificaciones (artículo 21.5), pero no se refiere a la notificación del auto al cónyuge de la persona física declarada en concurso, voluntario o necesario, de acreedores. A diferencia de lo que acontece en caso de embargo de bien ganancial inscrito en el Registro de la Propiedad, en el que, para que sea susceptible de anotación en ese Registro, se exige que la demanda de la que trae causa el embargo decretado hubiera sido dirigida contra ambos cónyuges o, habiendo sido demandado sólo uno de ellos, dicha

demanda se hubiera notificado al otro (artículo 144 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 1373 del Código Civil y con el artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento civil), la Ley Concursal no ha previsto la notificación del auto declarando el concurso al cónyuge del concursado.

4. Por lo que se refiere a la cuestión de fondo del recurso, una primera solución del problema planteado sería considerar que existe una laguna y, por consiguiente, tratar de encontrar en el ordenamiento jurídico una norma legal que, por identidad de razón, permita su aplicación analógica al supuesto ahora considerado (artículo 4.1 del Código Civil). En este sentido, se ha defendido la existencia de analogía entre el auto de declaración de concurso y la resolución judicial por la que se despacha ejecución a solicitud de acreedor, sea a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, sea a causa de deudas propias de uno de los cónyuges pero en la que, por inexistencia o insuficiencia de bienes privativos, se persiguieran bienes comunes. Si en esos casos el embargo debe notificarse necesariamente al otro cónyuge, la identidad de razón permitiría entender que también el auto de declaración de concurso debe notificarse a ese otro cónyuge (artículo 541.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Ley Concursal (disposición final quinta) reforzaría esta argumentación.

Este modo de razonar descansa en la pretendida analogía entre la ejecución individual y el concurso de acreedores, concebido como un procedimiento de ejecución colectiva y universal. Sin embargo, esa analogía, que quizás pudiera encontrarse, aunque no sin dificultad, con el viejo concurso de acreedores y con la quiebra, difícilmente juega respecto de la institución regulada en la Ley 22/2003, de 9 de julio, en la que, junto con esos dos anteriores procedimientos, también se refunden en un procedimiento unitario el beneficio de quita y espera y la suspensión de pagos. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley, esa unidad del procedimiento «se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores». En este procedimiento flexible, pretender la analogía con la ejecución individual no tiene fundamento. En el Derecho vigente, el auto de declaración de concurso no es un auto de despacho de ejecución.

5. Para encontrar una solución mejor fundada a ese problema, resulta necesario comenzar recordando que, entre las indicaciones que debe contener la memoria que debe acompañarse a la solicitud de declaración de concurso voluntario de deudor persona casada (artículo 6.2.2.º, párrafo segundo de la Ley Concursal) o que debe presentar dicho deudor en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto de declaración del concurso necesario (artículo 21.1.3.º de la Ley Concursal), figura la relativa a la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio. Esta exigencia –que la Ley 22/2003, de 9 de julio, toma del «Anteproyecto de Ley Concursal» de 12 de diciembre de 1995 (artículo 5.2-1º, párrafo segundo)– no tiene como finalidad facilitar la subordinación del crédito del que, en su caso, fuera titular el cónyuge, y ello porque el ámbito subjetivo por razones familiares de esa postergación legal en que la subordinación consiste es mucho más amplio que el delimitado por la persona del cónyuge del deudor común, de quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, de su pareja de hecho inscrita o de las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de esos dos años (artículo 93.1.1.º, 2º y 3.º de la Ley Concursal).

Esa exigencia está al servicio de la más exacta determinación de la masa activa, a fin de que el administrador concursal, al elaborar el inventario –provisional, primero, y definitivo, después– tenga una primera –y muy valiosa– orientación. Y es que, por expresa exigencia legal –y en coherencia con el principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 del Código Civil)–, la Ley Concursal establece que, si el régimen económico del matrimonio fuera el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no sólo forman parte de la masa activa los bienes privativos (artículo 77.1), sino

también los bienes gananciales o comunes, «cuando deban responder de obligaciones» del cónyuge deudor declarado en concurso de acreedores (artículo 77.2, inciso primero) y, por consiguiente, esos bienes deben incluirse –y valorarse– en el inventario (artículo 82.1 de la misma Ley). Los bienes privativos necesariamente forman parte de la masa activa, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio (sociedad de gananciales, régimen separación de bienes, régimen de participación, etc.); los bienes gananciales o comunes forman parte de la masa activa cuando deban responder de las obligaciones de cónyuge deudor declarado en concurso de acreedores, que será lo que suceda en la mayor parte de los casos: si el cónyuge «deudor civil» hubiera contraído esas deudas en la administración ordinaria de los bienes privativos o el ejercicio ordinario de una determinada profesión, arte u oficio, los bienes gananciales (artículo 1365-2.º del Código civil) formarán parte de la masa; y lo mismo sucederá respecto de las deudas contraídas por el cónyuge «deudor mercantil» en el ejercicio de la actividad empresarial (artículos 6 a 12 del Código de Comercio, en la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 14/1975, de 2 de mayo).

En el Derecho español –a diferencia del Derecho alemán (§ 37 de la Insolvenzordnung de 5 de octubre de 1994)– esta inclusión de los bienes gananciales o comunes en la masa activa es independiente de que la sociedad de gananciales haya sido administrada conjuntamente por ambos cónyuges, como es la regla general (artículo 1375 del Código Civil), o haya sido administrada por el cónyuge luego declarado en concurso, bien por haberlo pactado así en capitulaciones matrimoniales, bien por atribución de la ley o por resolución del juez competente (artículos 1387 y 1388 del Código Civil).

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los bienes, que se presumen gananciales mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (artículo 1361 del Código Civil), no existe una presunción del carácter ganancial de las deudas, o, más exactamente, no existe una presunción de que una determinada deuda contraída por un cónyuge casado en régimen de gananciales deba obtener satisfacción con cargo al patrimonio ganancial. Precisamente por esta razón, la Ley Concursal, además de disponer que «En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal», contiene una muy necesaria norma complementaria según la cual, en la lista de acreedores, cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, el administrador concursal debe hacer constar, respecto de cada uno de los créditos concursales objeto de reconocimiento «si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también respecto sobre el patrimonio común» (artículo 86.4 de la Ley Concursal).

6. El sistema de tutela del cónyuge del deudor común declarado en concurso de acreedores establecido por la citada Ley 22/2003, de 9 de julio, es el derecho a solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, debiendo el juez del concurso acordar la disolución de la sociedad o comunidad y la liquidación o división del patrimonio ganancial o común (artículo 77.2, segundo inciso, de la Ley Concursal). Ese derecho puede ser ejercitado por el cónyuge del concursado en cualquier momento, incluso después de que se hubiera producido la enajenación de uno o varios bienes gananciales. Si se ejercita, el concursado no puede oponerse a la disolución, ni siquiera aunque los bienes privativos fueran suficientes para la satisfacción íntegra de los créditos concursales reconocidos.

Como se comprende sin dificultad, este derecho, para ser efectivo, exige que el cónyuge del concursado conozca la declaración de concurso. Y, salvo que el auto de declaración de concurso contenga mención relativa al cónyuge y a decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 de la Ley Concursal en relación con la disolución de la sociedad de gananciales (artículo 21.7 de la misma Ley), la única forma de asegurar ese conocimiento es a través de la notificación de la declaración de concurso. La notificación es, pues, presupuesto para la efectividad del derecho. De este modo, el cónyuge, en cuanto titular de interés legítimo, podrá personarse en el procedimiento (artículo 184.4 de la Ley Concursal), conocer si todos o algunos bienes

gananciales se han incluido por el cónyuge deudor común en el inventario que acompaña a la solicitud (artículo 6.2.3.º de la Ley Concursal) y, posteriormente, en el inventario de la masa activa que debe confeccionar el administrador concursal y a su informe que debe presentar en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de la declaración de concurso (artículo 75.2.1.º en relación con el 74.1 de la Ley Concursal); y, en función de lo que considere más adecuado para sus intereses, ejercitar en el concurso los derechos que la Ley le atribuye y, en particular, el derecho a impugnar la inclusión de los bienes gananciales, o de algunos de ellos, en ese inventario y el derecho a solicitar la disolución de la sociedad conyugal. Por ello la notificación constituye una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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, 23 de octubre de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.