



www.civil-mercantil.com

RESOLUCIÓN de 4 de julio de 2016, 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 Vélez-Málaga n.º 2, por la que se deniega la expedición de una certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria.

(BOE de 12 de agosto de 2016)

SUMARIO:

Registro de la Propiedad. Certificación de titularidad y cargas en un proceso de ejecución hipotecaria del 688 LEC. Deudor hipotecante en concurso. Convenio aprobado por sentencia. Se produce una radical mutación de los efectos de la declaración de concurso una vez aprobado el convenio con los acreedores, de tal manera que la paralización y suspensión de acciones y ejecuciones singulares prevista en el artículo 55 de la Ley Concursal sólo despliega sus efectos, durante la fase de declaración de concurso, quedando las mismas superadas por la aprobación firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio, eso sí, de las previsiones o medidas adoptadas en el mismo que pudieran tener naturaleza patrimonial más allá de una mera quita o espera. Por ello, una vez aprobado el convenio, debemos atenernos a las limitaciones en él impuestas. La aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte a los acreedores hipotecarios, también incide en la ejecución hipotecaria, pues se levanta la suspensión de ejecución sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, como se deduce del artículo 56 de la Ley Concursal. Esta ha sido la doctrina adoptada por el Tribunal Supremo, que recoge la efectiva transformación que supone el paso de la fase de declaración de concurso a la aprobación del convenio y una clara distinción entre créditos concursales (recogidos en el convenio o adheridos a él) y los créditos contra la masa surgidos como consecuencia de la continuación de la actividad del concursado. Esta eliminación de los efectos propios de la declaración de concurso, y su sustitución por los establecidos en el convenio ha sido igualmente reconocida en la doctrina de este Centro Directivo. Por lo tanto, el único impedimento para que el acreedor hipotecario pueda ejecutar separadamente su garantía, incluso cuando recaiga sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, es que del contenido del convenio aprobado resulte afectado el ejercicio de este derecho, en cuyo caso el régimen de sus derechos dependerá de la solución negociada acordada, circunstancia que podrá ponerse de manifiesto ante el juez competente por el deudor o por cualquier interesado legítimo.

PRECEPTOS:

Ley Hipotecaria de 1946, art. 18.
Ley 1/2000 (LEC), arts. 656 y 688.
Ley 22/2003 (Concursal), arts. 8, 50, 56, 57, 103, 108, 133 y 176.
Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), art. 100.



www.civil-mercantil.com

En el recurso interpuesto por doña a. M. J., en nombre y representación de «NCG Banco, S.A.», como sucesora universal de «Caja de Ahorros de Galicia», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga número 2, don Santiago Aliaga Montilla, por la que se deniega la expedición de una certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria, estando el titular registral en concurso de acreedores y existiendo convenio en el que votó favorablemente el ejecutante.

Hechos

I

Mediante mandamiento expedido el día 5 de mayo de 2014 por la secretaria judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Vélez-Málaga, se solicitó certificación de dominio y cargas relativo a la finca registral número 983 del Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga número 2, en procedimiento de ejecución hipotecaria número 242/2014, de conformidad con el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a instancia de «NCG Banco, S.A.», contra la mercantil «Antobeni Málaga, S.L.», declarada en concurso.

II

Presentada la anterior documentación en el Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga número 2, en unión de los siguientes documentos: a) diligencia de adición extendida el día 17 de julio de 2014 por la secretaria judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Vélez-Málaga, en la que se hace constar que la finca registral número 983 no se encuentra afecta al concurso de acreedores, al haberse autorizado, mediante auto, la venta directa de la finca propiedad de la concursada «Antobeni Málaga, S.L.»; b) testimonio expedido el día 18 de septiembre del año 2014 por la secretaria judicial del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga, del auto dictado el día 29 de enero de 2013 por la juez de dicho Juzgado, en el que se autoriza la venta directa de la indicada finca; c) diligencia de adición extendida el día 1 de septiembre de 2015 por la secretaria judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Vélez-Málaga; d) testimonio de auto dictado el día 9 de junio del año 2015 por el Magistrado-Juez de Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga, y e) testimonio de la propuesta de convenio, plan de pagos y viabilidad de la entidad concursada «Antobeni Málaga, S.L.» en procedimiento concursal voluntario autos número 1008/2010, fueron objeto de la siguiente calificación: «Registro de la Propiedad número dos de Vélez-Málaga Se califica negativamente el documento presentado en virtud de las siguientes causas de tipo suspensivo o denegatorio, cuya motivación jurídica se ordena a través de lo siguiente: Hechos: Primero: A las 13:30 horas, del día 11/03/2016, se presenta en este Registro bajo el asiento número 1823 del Diario 74, mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Vélez-Málaga, el día 05/05/2014, en virtud del procedimiento de ejecución hipotecaria número 242/2014 seguido en dicho Juzgado a instancia de NCG Banco S.A., contra Antobeni Málaga SL, en el que ordena se expida certificación de conformidad con el artículo 688 de la LEC, al objeto de ejecutar la hipoteca que grava la finca número 983 del término municipal de Vélez-Málaga 02; en unión de los siguientes documentos: 1.-Diligencia de adición extendida el día diecisiete de julio del año dos mil catorce, por la Secretaria del indicado juzgado de Primera Instancia número cuatro de Vélez-Málaga, en la que se hace constar que la finca 983 de este Registro no se encuentra afecta al concurso de acreedores, al haberse autorizado mediante auto la venta directa de la finca propiedad de la concursada «Antobeni Málaga, S.L.»; 2.- Testimonio expedido el día dieciocho de septiembre del año dos mil catorce, por la Secretaria



www.civil-mercantil.com

del Juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga, del auto dictado el día veintinueve de enero del año dos mil trece, por la Juez de dicho Juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga, en el que se autoriza la venta directa de la indicada finca 983 de este Registro; 3.– Diligencia de adición extendida el día uno de Septiembre de dos mil quince por la Secretaria del indicado juzgado de Primera Instancia número cuatro de Vélez-Málaga.–4.–un testimonio del auto número 305/2.015, dictado el día nueve de junio del año dos mil quince, por el Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga; y 5.–un testimonio de la propuesta de convenio, plan de pagos y viabilidad, de la citada entidad concursada «Antobeni Málaga, S.L.», en el procedimiento concursal voluntario autos número 1008/2.010.–Segundo.– La expedición de la certificación solicitada en dicho mandamiento fue denegada, motivando una nota de calificación puesta al margen del asiento 189, del diario 74 de fecha de 26 de noviembre del año 2015, cuyo contenido se da aquí por íntegramente reproducido para evitar repeticiones innecesarias. Tercero-. Dicho mandamiento ha sido presentado nuevamente en unión de una adición al mandamiento librado el 5 de mayo de 2014, por la Letrada de la Administración de Justicia del citado Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Vélez-Málaga, en el que literalmente se indica: «Que el convenio aprobado por sentencia dictada con fecha de 5 de noviembre del año 2012, únicamente afecta a los créditos ordinarios por importe de 127.382,82 euros, ya que NCG Banco S.A., no se ha adherido de forma expresa respecto de los créditos privilegiados en virtud del artículo 123.2 de la Ley concursal». Cuarto-. Calificado nuevamente el documento reseñado por el Registrador que se suscribe, se han apreciado algunos defectos que impiden la expedición de la certificación solicitada en base a los siguientes Fundamentos de Derecho: Primero.–Con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, este Registrador ha calificado bajo su responsabilidad el título presentado, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos por lo que resulta del mismo y de los asientos de este registro. Añade el artículo 100 de su Reglamento que «La calificación de los documentos judiciales se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro». Segundo.–En este caso se califica el mandamiento al principio relacionado en el que en el procedimiento de ejecución hipotecaria que con el número 242/2014 se sigue en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cuatro de Vélez-Málaga, a instancia de NCG Banco S.A. contra Antobeni S.L. se solicita se expida certificación de la finca 983 para la ejecución de la hipoteca de la inscripción 13ª, constituida sobre dicha finca, resultando del registro que la titular registral de la misma, es decir, la entidad Antobeni Málaga S.L. se encuentra en situación de concurso, declarada en Auto dictado el día dieciséis de 16 de diciembre de 2010, por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga en procedimiento de concurso voluntario que con el número 1008/2.010 se sigue en dicho Juzgado por lo que, de conformidad con el artículo 56 de la Ley concursal «Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a las que se refiere el apartado anterior, se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no fin, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieren publicados los anuncios de la subasta del bien o derecho. Sólo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. ...5.–A los efectos de lo

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». En este sentido, según RDGRN de 6 de junio de 2009, procede la denegación de la certificación de cargas solicitadas por el Juez de la ejecución de la hipoteca y de la nota marginal prevista en el artículo 659 de la LEC cuando en el Registro conste anotada la declaración de concurso del deudor en la que además consta que el bien hipotecado está afecto a la actividad empresarial de la sociedad concursada, pues en estos casos se paralizan las actuaciones del Juez de la ejecución y corresponde la competencia al Juzgado de lo Mercantil del concurso. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid de 21 de julio de 2010 confirma dicha Resolución sobre denegación de certificación y de la nota marginal por existir anotación decretada por el Juzgado de los Mercantil de ser necesaria la finca para la continuidad de la actividad de la concursada. Una vez que consta claramente la competencia del Juez del concurso para decidir sobre los bienes afectos conforme los apartados 2 y 5 del artículo 56 de la Ley Concursal, lo adecuado resulta denegar la expedición de la certificación y la nota marginal comunicando al Juez de la ejecución la situación concursal y la posibilidad de expedir la certificación y practicar la nota y comunicaciones a titulares de asientos posteriores si se acompaña el testimonio de la resolución del juez del concurso de que los bienes no están afectos o en otro caso, se de alguna de las circunstancias del párrafo 1 del apartado 1º del artículo 56 de la Ley Concursal. Tercero.–En este caso es que además existe aprobado un convenio y sin que se haya manifestado que el acreedor cuya ejecución aislada ahora se pretende se ha opuesto al mismo y no se encuentra vinculado por él, por lo que en cualquier caso corresponde al juez del concurso decidir si cabe la ejecución separada y bajo la competencia del juez de lo Civil (cfr. art 56 LC: «...no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte a ejercicio de este derecho...»). En efecto, por la diligencia de adición al mandamiento calificado antes citada, de fecha uno de septiembre de dos mil quince, la Secretaria del Juzgado de primera Instancia e Instrucción de Vélez-Málaga, da fe de que «Conforme a lo acordado por Auto de fecha nueve de junio de dos mil quince, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga, se pone en conocimiento no haber lugar a declarar la afección o no de la finca registral número 983 del Registro de la Propiedad número dos de Vélez-Málaga, propiedad de la concursada, Antobeni Málaga S.L., a la actividad empresarial o profesional de la misma; aprobado el convenio por Sentencia de fecha cinco de noviembre de 2012, cesan los efectos de la declaración del concurso de acreedores; desde ese momento la ejecución hipotecaria se rige por sus normas ordinarias y sin perjuicio de lo previsto en el Convenio». Según resolución de la DGRN de 17 de diciembre de 2012 el hecho de que haya recaído una sentencia de aprobación de propuesta de convenio no puede llevar implícita la consideración de que dicho convenio no afecta a la parte ejecutante, ya que eso dependerá de los términos del convenio. Debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 57 de la Ley Concursal, el inicio o reanudación de las acciones paralizadas por aprobación de convenio se ha someter a la jurisdicción del juez del concurso en tanto no conste la conclusión de dicho concurso por alguna de las causas establecidas en el artículo 176 de la Ley Concursal. Y en este sentido no se prevé la conclusión del concurso por aprobación del convenio, sino por auto firme que declare el cumplimiento del mismo (art 176.2). Dicho extremo fue confirmado por Resolución DGRN de 24 de octubre de 2014.–Según resulta del acta de la junta de acreedores de la entidad concursada «Antobeni Málaga, S.L.», celebrada el 3 de septiembre del año 2012, de la que se acompaña testimonio judicial, la entidad « Nova Caixa Galicia Banco», hoy NCG Banco SA, fue uno de los acreedores que aprobó la indicada propuesta de convenio, plan de pagos y vialidad, de dicha entidad



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

concurada, en el procedimiento concursal voluntario autos número 1008/2.010.—En el punto 11.3 del mismo consta literalmente lo siguiente: «11.3.—Sobre los créditos. Desde la fecha de eficacia los créditos quedan afectados por el contenido del presente convenio en general, siendo objeto, en particular, de una novación modificativa de cuanto a la espera a la que quedan sometidos en virtud de la propuesta de pago, de suerte que resultan aplazados en su exigibilidad por el tiempo correspondiente a dicha espera sin que dicho aplazamiento del pago gente a favor de los acreedores obligados interés alguno. Desde el momento en que se declare la firmeza de la resolución aprobatoria del presente convenio, quedarán sin efecto ni valor alguno cualquier tipo de procedimiento judicial o administrativo, cuantos embargos, anotaciones preventivas, administraciones, trabas o retenciones de cualquier índole o naturaleza se hayan establecido sobre cualesquiera bienes o derechos de Euralex S.L, a instancia de los acreedores obligados por el presente convenio y que tengan su origen en operaciones conectadas con anterioridad a la declaración del concurso, viniendo obligados tales acreedores a desistir sin costas de tales procedimientos pendientes y a solicitar la cancelación y levantamiento de procedimientos pendientes y a solicitar la cancelación y levantamiento de tales embargos, anotaciones o retenciones, lo que deberán llevar a efecto dentro de los treinta días siguientes a la fecha indicada.»—Además en el Anexo 5 5.1.Optimización de activos (desglose) en propiedad (Página 85) consta respecto de la nave de Vélez-Málaga, que la misma se mantiene para servir de soporte comercial a toda la zona de costa Este de Málaga-Almería, en el segmento de distribuidores. Además se observa que el punto 5.6 Ámbito de aplicación, de la Quita y de la Espera, (página 10) de dicho convenio, se hace constar expresamente lo siguiente: «El contenido del presente convenio vinculará a Antobeni Málaga S.L. y a sus acreedores concursales (ordinarios y subordinados), respecto de los créditos que fueren anteriores a la declaración del concurso aunque por cualquier causa no hubieran sido reconocidos.» (...) «Los acreedores, en cuanto a los créditos privilegiados que puedan ostentar, sólo quedarán vinculados al contenido del Convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquella se hubiera computado como voto favorable, respecto a esta clase de créditos. Además podrá vincularse al Convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el Juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el Convenio». Por otro lado el citado auto número 305/2.015, dictado el día 9 de junio del año 2015, por el Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga, en su parte dispositiva acordó lo siguiente: «No haber lugar a declarar la afección o no de la finca registra número 983 del Registro de la Propiedad nº 2 de Vélez-Málaga, propiedad de la concursada (Antobeni Málaga, S.L.), a la actividad empresarial o profesional de la misma; aprobado el convenio por sentencia de fecha 05/11/2012, cesan los efectos de la declaración del concurso acreedores y por ende las especificaciones previstas para la ejecución hipotecaria en el seno del concurso de acreedores; desde ese momento la ejecución hipotecaria se rige por sus normas ordinarias, y sin perjuicio de lo previsto en el convenio.»—De todo ello resulta que al haber votado a favor del convenio, tal y como resulta del testimonio de fecha de 20 de octubre de 2015 expedido por el secretario del Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga que se acompaña, NCG Banco S.A., en cuanto acreedor privilegiado queda vinculado por dicho convenio y por tanto, afectado por éste, por imperativo del art. 134 LC según el cual: Artículo 136 Eficacia novatoria. Los créditos de los acreedores privilegiados que hubieran votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los acreedores subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera, y en general afectados por el contenido del convenio». Como ya se indicó en la precedente nota de calificación, ello implica la pérdida de la exigibilidad aislada de su crédito al margen del Convenio de conformidad con el art. 56 LC. En estos casos el art. 57 LC desplaza la competencia de la



www.civil-mercantil.com

ejecución al juez concursal al disponer que «inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales. 1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, que a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.» Teniendo en cuenta los citados hechos y fundamentos de Derecho acuerdo: 1.–Denegar nuevamente la expedición de la certificación solicitada. 2.–Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de 10 días. Esta suspensión/denegación conlleva la prórroga del asiento de presentación por plazo de sesenta días contados desde la última de dichas notificaciones. 3.– Contra esta calificación cabe: (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Santiago Aliaga Montilla registrador/a de Registro Propiedad de Vélez-Málaga 2 a día veintinueve de Marzo del año dos mil dieciséis».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña A. M. J., en nombre y representación de «NCG Banco, S.A.», como sucesora universal de «Caja de Ahorros de Galicia», interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 28 de abril de 2016, en base a los siguientes argumentos: «(...) Que en fecha 5 de abril de 2016 he sido notificado de la calificación negativa del titular de este Registro con fecha 29 de marzo de 2016, en relación a la solicitud de expedición de certificación de conformidad con el artículo 688 de la LEC, al objeto de ejecutar la hipoteca que grava la finca ng 983 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 2 de Vélez-Málaga al Tomo 1077 del Archivo, libro 171 del término municipal de Vélez-Málaga (...) Que, frente a la referida calificación negativa, el compareciente, en nombre de NCG Banco, S.A., en su condición de titular de un derecho de crédito, al amparo de lo dispuesto en los arts. 324, ss. y concordantes de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones que se citarán, interpone recurso gubernativo ante la Dirección General de Registros y del Notariado, sirviendo de base al presente recurso gubernativo los siguientes: Primero- Que, en fecha de 16 de octubre de 2014 fue expedida por el titular del Registro de la Propiedad nº 2 de Vélez- Málaga, Calificación Negativa por la que se deniega la expedición de la Certificación de Cargas solicitada de la finca registral nº 983 de Vélez-Málaga por encontrarse la mercantil demandada en situación concurso de acreedores, y ser necesaria acompañar el testimonio de la resolución del Juez del concurso de que la finca objeto de ejecución no está afecta a la actividad de la empresa, y que se acompaña. Segundo.–Que esta parte en escrito de fecha 13 de julio de 2015, solicitó que se adicionara por duplicado el referido mandamiento, haciéndose constar que por Auto de 9 de junio de 2015 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga (Concurso 1008/10), fue aprobado el convenio por sentencia de fecha de 5 de noviembre de 2012 cesando los efectos de la declaración del concurso, lo que supone que una vez aprobado el convenio desaparecen todos los inconvenientes para la satisfacción del acreedor privilegiado con garantía real, en este caso de la finca registral nº 983 de Vélez- Málaga, (...) propiedad de la mercantil concursada (Antobeni Málaga S.L). (...) Tercero.–Acordada y aportada al Registro la adición anteriormente expuesta, en fecha de 26 de noviembre de 2015, el Registro de la Propiedad nº 2 de Vélez-Málaga procedió de nuevo a calificar negativamente la expedición de la Certificación de Cargas, que se aporta, al considerar el Registrador que la entidad había votado a favor del convenio, tal y como resulta del testimonio de fecha 20 de octubre de 2015 expedido por el secretario del Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga (...) Cuarto.–Que a la vista de ésta última calificación negativa en fecha de 2 de marzo de 2016, (...) procedimos a solicitar al Juzgado adición del mandamiento donde se manifestase que la adhesión al convenio realizada por esta parte se



www.civil-mercantil.com

circunscribe únicamente sobre el crédito ordinario que asciende a la cantidad de (...) €, tal y como se puede comprobar en la documentación aportada. Quinto.–Que en fecha de 7 de marzo de 2016, el Juzgado procedió a acordar la adicción al mandamiento en el siguiente sentido «Que el convenio aprobado por Sentencia dictada con fecha cinco de noviembre del dos mil doce, únicamente afecta a los créditos ordinarios por importe de (...) €, ya que NCG Banco, S.A., no se ha adherido de forma expresa respecto los créditos privilegiados en virtud del artículo 123.2 de la Ley Concursal», la cual fue presentada en el Registro de la Propiedad. Sexto.–Que en fecha de 29 de marzo de 2016, el Registrador ha vuelto a calificar negativamente la expedición de la certificación de cargas debido al siguiente motivo: «De todo ello resulta que al haber votado a favor del convenio, tal y como resulta del testimonio de fecha 20 de octubre de 2015 expedido por el secretario del Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga que se acompaña, NCG Banco S.A, en cuenta acreedor privilegiado, queda vinculado por dicho convenio y, por tanto, afectado por este, por imperativo del art. 134 LC según el cual: Artículo 136. Eficacia novatoria. Los créditos de los acreedores privilegiados que hubieran votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedaran extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera, y en general afectados por el contenido del convenio» (...) Séptimo.–Considera la parte recurrente que el Sr. Registrador de la Propiedad, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, no tiene en cuenta que el convenio aprobado por Sentencia dictada con fecha cinco de noviembre del dos mil doce, únicamente afecta a los créditos ordinarios por importe de (...) €, ya que NCG Banco S.A, no se ha adherido de forma expresa respecto los créditos privilegiados en virtud del artículo 123.2 de la Ley Concursal». Por ello, es interés de esta parte destacar que el artículo 123.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que menciona expresamente lo siguiente: «El voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación», especifica claramente que el convenio aprobado únicamente afectará a los créditos privilegiados cuando así se hubiese manifestado en el acto de la votación, hecho que en este caso no se ha producido, tal y como podemos comprobar en el Acta de Junta acreedores (...). Concluye solicitando la revocación de la calificación.

IV

Comunicada la interposición del recurso al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Málaga, presentó escrito donde consta lo siguiente: «se realizan las siguientes alegaciones según el traslado dado de conformidad a lo previsto por el art 327 de la ley hipotecaria, que procede realizar calificación positiva, toda vez que como obra en autos la finca objeto de ejecución no se encuentra afectada al concurso de acreedores, por lo que puede ser ejecutada de forma ordinaria a través de los autos de EH 242/2014».

V

El registrador emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria; 100 del Reglamento Hipotecario; 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 8, 50, 56, 57, 103, 108, 133 y 176 de la Ley Concursal; las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2013, 2 de junio y 12 de diciembre de



2014 y 26 de marzo de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de junio y 2 de octubre de 2009, 20 de febrero, 12 de septiembre, 19 de noviembre y 17 de diciembre de 2012, 8 de abril, 8 de noviembre y 13 de diciembre de 2013, 6 y 24 de octubre de 2014, 8 de junio de 2015 y 4 de abril de 2016.

1. Son datos a tener en cuenta los siguientes:

- Mediante mandamiento expedido el día 5 de mayo de 2014 por la secretaria del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Vélez-Málaga, se solicita certificación de dominio y cargas relativo a la finca número 983 del Registro de Vélez-Málaga número 2, en procedimiento de ejecución hipotecaria número 242/2014, de conformidad con el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a instancia de «NCG Banco, S.A.», contra la mercantil «Antobeni Málaga, S.L.».

- La entidad «Antobeni Málaga, S.L.» se encuentra en situación de concurso, declarada en auto dictado el día 16 de diciembre de 2010, por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga.

- Consta aprobado el convenio de acreedores por sentencia de fecha 5 de noviembre de 2012. Según resulta el acta de la junta de acreedores de la entidad concursada «Antobeni Málaga, S.L.», celebrada el día 3 de septiembre del año 2012, de la que se acompaña testimonio judicial, la entidad «Nova Caixa Galicia Banco», hoy «NCG Banco, S.A.», fue uno de los acreedores que aprobó la indicada propuesta de convenio, plan de pagos y viabilidad, de dicha entidad concursada, en el procedimiento concursal voluntario autos número 1008/2010. En el punto 11.3 del mismo consta literalmente lo siguiente: «Sobre los créditos. Desde la fecha de eficacia los créditos quedan afectados por el contenido del presente convenio en general, siendo objeto, en particular, de una novación modificativa de cuanto a la espera a la que quedan sometidos en virtud de la propuesta de pago, de suerte que resultan aplazados en su exigibilidad por el tiempo correspondiente a dicha espera sin que dicho aplazamiento del pago gente a favor de los acreedores obligados interés alguno. Desde el momento en que se declare la firmeza de la resolución aprobatoria del presente convenio, quedarán sin efecto ni valor alguno cualquier tipo de procedimiento judicial o administrativo, cuantos embargos, anotaciones preventivas, administraciones, trabas o retenciones de cualquier índole o naturaleza se hayan establecido sobre cualesquiera bienes o derechos de Euralex, S.L., (la sociedad «Antobeni Málaga, S.L.» pertenece al grupo Euralex S.L.) a instancia de los acreedores obligados por el presente convenio y que tengan su origen en operaciones conectadas con anterioridad a la declaración del concurso, viniendo obligados tales acreedores a desistir sin costas de tales procedimientos pendientes y a solicitar la cancelación y levantamiento de procedimientos pendientes y a solicitar la cancelación y levantamiento de tales embargos, anotaciones o retenciones, lo que deberán llevar a efecto dentro de los treinta días siguientes a la fecha indicada».

- El punto 5.6 del citado convenio (ámbito de aplicación, de la quita y espera) hace constar expresamente lo siguiente: «El contenido del presente convenio vinculará a Antobeni Málaga, S.L. y a sus acreedores concursales (ordinarios y subordinados), respecto de los créditos que fueren anteriores a la declaración del concurso aunque por cualquier causa no hubieran sido reconocidos (...) Los acreedores, en cuanto a los créditos privilegiados que puedan ostentar, solo quedarán vinculados al contenido del Convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiera computado como voto favorable, respecto a esta clase de créditos».

- En auto número 305/2015, dictado el día 9 de junio del año 2015, por el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga, en su parte dispositiva acordó lo

siguiente: «No haber lugar a declarar la afección o no de la finca registra número 983 del Registro de la Propiedad nº 2 de Vélez- Málaga, propiedad de la concursada (Antobeni Málaga S.L.) a la actividad empresarial o profesional de la misma; aprobado el convenio por sentencia de fecha cinco de noviembre de 2012, cesan los efectos de la declaración del concurso acreedores y por ende las especificaciones previstas para la ejecución hipotecaria en el seno del concurso de acreedores; desde ese momento la ejecución hipotecaria se rige por sus normas ordinarias, y sin perjuicio de lo previsto en el convenio».

- Finalmente, en fecha de 7 de marzo de 2016, el Juzgado procedió a acordar la adición al mandamiento en el siguiente sentido: «Que el convenio aprobado por Sentencia dictada con fecha cinco de noviembre del dos mil doce, únicamente afecta a los créditos ordinarios por importe de (...) €, ya que NCG Banco S.A, no se ha adherido de forma expresa respecto los créditos privilegiados en virtud del artículo 123.2 de la Ley Concursal».

El registrador deniega la expedición de la certificación por entender que al haber votado el ejecutante a favor del convenio ello implica la pérdida de la exigibilidad aislada de su crédito al margen del convenio de conformidad con el artículo 56 de la Ley Concursal.

La recurrente, por su parte, alega que la adhesión al convenio tal y como resulta de la documentación aportada es únicamente en cuanto a los créditos ordinarios sin que afecte por lo tanto al crédito hipotecario privilegiado que se regirá por las normas propias de la ejecución hipotecaria.

2. Se debate pues en el presente recurso sobre la posibilidad de expedición de una certificación de titularidad y cargas dentro de un proceso de ejecución hipotecaria, certificación que debe expedirse de conformidad con el artículo 688 en relación con el apartado 1 del artículo 656, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que la deudora e hipotecante se encuentra en situación legal de concurso, pero habiéndose aprobado el convenio en virtud de sentencia. Este tema ha sido objeto de tratamiento en la reciente Resolución de esta Dirección General de 4 de abril de 2016.

Esta Dirección General considera que tratándose de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, el argumento básico de la competencia del juez del concurso sería la vis atractiva de que goza, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Ley Concursal. Sin embargo, de la interpretación conjunta de los artículos 56 y 57 de la misma Ley Concursal debe entenderse que los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial no están sujetos a limitación en cuanto al inicio o continuación del proceso de ejecución, por cuanto la paralización de ejecuciones de garantías reales a que se refiere el artículo 56, se refiere únicamente a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial; y, el artículo 57 dice literalmente «el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de este,...», es decir, referido exclusivamente a los bienes necesarios.

La única restricción aplicable en estos supuestos sería la prevista en el apartado tercero del artículo 57 de la Ley Concursal, cuando determina que «abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada».

La razón de la suspensión es la de lograr un mayor beneficio para todos los acreedores, protegiendo el valor de la masa activa impidiendo que los activos más valiosos,



www.civil-mercantil.com

que con frecuencia son los inmuebles, se enajenen mediante su ejecución, permitiendo la continuidad de la actividad empresarial o su posible enajenación global o unitaria.

La reforma introducida en el artículo 56 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, reforzó esta idea, al suprimir como excepción a la suspensión de la ejecución hipotecaria el supuesto en que ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta del bien o derecho afecto.

En la misma línea, el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que modificó el artículo 5 bis de la Ley Concursal, ha establecido que el deudor en la comunicación del inicio de negociaciones para alcanzar acuerdos de refinanciación «...indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente» y que «las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación».

Por ello resulta fundamental que quede claramente establecida la condición del bien en cuestión, en este caso la finca hipotecada, como necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y la calificación del registrador debe extenderse a la exigencia de dicha circunstancia.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013 que refiriéndose también a un caso de denegación de la expedición de certificación de cargas señala: «(...) no supone despojar a la hipoteca de su carácter de derecho real de garantía de carácter privilegiado que sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone desde su inscripción en el Registro de la Propiedad (...), sino que se limita a reconocer las facultades calificadoras del registrador y la aplicación al caso de lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley Concursal, cuya previsión es cierto que incide negativamente sobre los derechos del acreedor hipotecario para beneficiar el resultado del concurso, pero se trata de una norma jurídica cuya aplicación se impone tanto a los tribunales como a otros operadores jurídicos, como el registrador de la propiedad, aunque en este caso suponga un perjuicio para la parte recurrente cuyos postulados sobre su aplicación conducirían a su palmaria vulneración».

3. Ahora bien, hay que analizar si el hecho de que conste aprobado el convenio de acreedores, como sucede en este supuesto de hecho, modifica lo anteriormente expuesto. El propio artículo 56.1 de la Ley Concursal dispone que: «Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación».

Como ha señalado este Centro Directivo en la reciente Resolución de 8 de junio de 2015, el convenio, como negocio resultado del sometimiento a la junta de acreedores de una propuesta de quita, espera, o ambas soluciones, vincula a las partes -tanto pasivas como activas- del concurso una vez que se haya recabado la preceptiva aprobación judicial. Los efectos de este convenio se recogen en el artículo 133 de la Ley Concursal, cuyo tenor literal aplicable al tiempo de la aprobación del convenio (11 de enero de 2010) señalaba lo siguiente: «1. El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación (...) 2. Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor señala el artículo 42 (...)».



www.civil-mercantil.com

Del sentido gramatical del precepto resulta que la aprobación firme del convenio implica la sustitución de los efectos de suspensión o intervención en las facultades del concursado propias de la declaración del concurso por las previsiones y determinaciones establecidas, en su caso, en el propio convenio. Dichas nuevas precisiones, sin embargo, no pueden exceder de quitas, esperas u otras medidas, puesto que las que pudieran afectar a la capacidad o al poder de disposición propio del concursado no suponen un cierre del registro, a tenor del artículo 137 de la indicada Ley Concursal: «1. El convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor. 2. Las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite».

En este escenario, las facultades y posibilidades de actuación se entienden recuperadas para el concursado, que quedará vinculado a las demás medidas relativas a sus bienes, derechos y obligaciones adoptadas en el convenio y aprobadas por el juez, y cuya eficacia se extienden no sólo al mismo concursado, sino también a los propios acreedores si bien conforme al artículo 134.2: «Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio».

Hay que tener en cuenta que actualmente, después de la introducción del punto 3 del artículo 134, por el número 19 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y por lo tanto no aplicable a este expediente por razón de fechas, los acreedores privilegiados quedarán vinculados al convenio cuando concurren determinadas mayorías de acreedores de su misma clase.

De esta manera, las circunstancias de quita, espera u otras adoptadas dentro del convenio impedirían, en su caso, el ejercicio de acciones separadas dentro de los límites de dichas medidas, según resulta del claro efecto novatorio previsto en el artículo 136 en relación a los créditos reconocidos en la masa de acreedores: «Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio». La eventual infracción de los acuerdos estipulados en el convenio sólo puede arbitrarse mediante la solicitud de incumplimiento del convenio dirigida al propio juez del concurso (artículo 140 de la Ley Concursal).

4. Por todo lo analizado, se produce una radical mutación de los efectos de la declaración de concurso una vez aprobado el convenio con los acreedores, de tal manera que la paralización y suspensión de acciones y ejecuciones singulares prevista en el artículo 55 de la Ley Concursal sólo despliega sus efectos -al margen de otras previsiones legales sobre ejecución de garantías reales, ajenas a este supuesto- durante la fase de declaración de concurso, quedando las mismas superadas por la aprobación firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio, eso sí, de las previsiones o medidas adoptadas en el mismo que pudieran tener naturaleza patrimonial más allá de una mera quita o espera. Por ello, una vez aprobado el convenio debemos atenernos a las limitaciones en él impuestas. La aprobación de



www.civil-mercantil.com

un convenio cuyo contenido no afecte a los acreedores hipotecarios, también incide en la ejecución hipotecaria, pues se levanta la suspensión de ejecución sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, como se deduce del artículo 56 de la Ley Concursal antes transcrito.

Esta ha sido la doctrina adoptada por el Tribunal Supremo, que recoge la efectiva transformación que supone el paso de la fase de declaración de concurso a la aprobación del convenio y una clara distinción entre créditos concursales (recogidos en el convenio o adheridos a él) y los créditos contra la masa surgidos como consecuencia de la continuación de la actividad del concursado. En la Sentencia de 2 de junio de 2014 se recoge esta esencial mutación: «5. Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, «no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor», salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente. Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificarse una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento...».

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Primera de 12 de diciembre de 2014, al considerar en sus fundamentos de Derecho octavo y noveno: «Esta norma responde a la lógica de que si el concurso de acreedores entra en la fase de liquidación, haya una única ejecución universal de todo el patrimonio del deudor concursado, para que pueda asegurarse el pago de los créditos conforme a las reglas legales de preferencia de cobro, previstas para acreedores tanto concursales como contra la masa. Las únicas excepciones serán las ejecuciones administrativas o laborales que sobre bienes embargados antes de la declaración de concurso no se hayan visto afectadas por la paralización prevista en el art. 55 LC, y las ejecuciones de garantías y las acciones de recuperación asimiladas que se hubieran iniciado antes del concurso o antes de la liquidación (caso de haberse visto afectadas por la suspensión o la paralización). Lo que resulta claro es que una vez abierta la fase de liquidación no cabe abrir apremios administrativos o ejecuciones separadas. (...) En realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en que se levantan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC). Así como el impago de los créditos concursales provocaría la rescisión del convenio y la apertura de la liquidación (art. 140 LC), el impago de los créditos contra la masa daría lugar a su reclamación de pago y, si fuera necesario, la preceptiva ejecución. Sin perjuicio de que también pudiera justificar una acción de incumplimiento del convenio y de apertura de la liquidación». Esta misma doctrina ha sido reiterada en la Sentencia de 18 de febrero de 2015, y por último, de manera más sintética, ha considerado la Sentencia de 26 de marzo de 2015 que: «Una cuestión que nadie discute es que con la aprobación del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC) y otra, muy distinta, es que el concurso no puede entenderse concluido hasta que no alcance firmeza el auto que declare cumplido el mismo, de acuerdo con lo previsto en los arts. 141 y 176.1.2.º LC. Por tanto, respecto de cualquier acreedor afectado por el convenio, y el recurrente lo está, según se ha visto en el motivo anterior, sólo el juez del concurso es competente para entender que ha sido incumplido (art. 140 LC)».

Esta eliminación de los efectos propios de la declaración de concurso, y su sustitución por los establecidos en el convenio ha sido igualmente reconocida en la doctrina de este Centro Directivo. Así, en Resoluciones consolidadas desde la antigua regulación de suspensión de pagos (15 de noviembre de 1999) hasta la regulación actual de la Ley Concursal (entre otras, en las Resoluciones de 13 de octubre de 2011, 8 de abril y 13 de diciembre de 2013 ó 6 de octubre de 2014) contemplan una recuperación de las facultades del concursado, sin



www.civil-mercantil.com

perjuicio de los propios efectos previstos en el convenio que sujetarán y regularán las relaciones entre deudor y acreedores. A modo de ejemplo la Resolución de 8 de abril de 2013 consideró que aprobado el convenio, y en tanto no resulte del mismo ninguna limitación, que en ningún caso pueda suponer exclusión del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (cfr. artículo 1911 del Código Civil), debe entenderse que es posible la práctica de anotaciones preventivas de embargo, ordenadas por juzgados o administraciones distintos del Juzgado de lo Mercantil que lo estuviera conociendo, por cuanto, como proclama el artículo 133 de la Ley Concursal desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso; y la posterior de 13 de diciembre de 2013 señaló que incluso en ausencia de tales medidas limitativas o prohibitivas, algunos de los efectos de la fase común del concurso, previstos en el Título III de la Ley Concursal, subsisten y se extienden a la fase de convenio, alguno de ellos de indudable trascendencia registral. Todo ello sin perjuicio de entender, también en consonancia con la jurisprudencia antes detallada, que el concurso no puede entenderse concluido hasta que no alcance firmeza el auto que declare cumplido el mismo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 141 y 176.1.2.º de la Ley Concursal, así Resolución de 24 de octubre de 2014.

5. Por lo tanto, el único impedimento para que el acreedor hipotecario pueda ejecutar separadamente su garantía, incluso cuando recaiga sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, es que del contenido del convenio aprobado no resulte afectado el ejercicio de este derecho, en cuyo caso el régimen de sus derechos dependerá de la solución negociada acordada, circunstancia que podrá y ponerse de manifiesto ante el juez competente por el deudor o por cualquier interesado legítimo.

En este punto conviene analizar los términos del convenio de acreedores presentado a fin de determinar el alcance de la intervención del acreedor privilegiado que insta la ejecución controvertida. Recoge el apartado 5.6 del convenio: «El contenido del presente convenio vinculará a Antobeni Málaga, S.L. y a sus acreedores concursales (ordinarios y subordinados) respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos (...) Quita y espera: los acreedores con crédito ordinario y subordinado tendrán una quita del 30% de la deuda que figura en el listado de acreedores ordinarios y subordinados aprobado en los textos definitivos presentado por la administración concursal y una espera de nueve años (...) Los acreedores en cuanto a los créditos privilegiados que puedan ostentar, sólo quedarán vinculados al contenido del Convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquella se hubiera computado como voto favorable, respecto de esta clase de créditos». Además se acompaña el acta de junta de acreedores en la que se relacionan los asistentes, existiendo un listado de acreedores ordinarios entre los que se encuentra «NCG Banco, S.A.» por un importe de «(...)» euros. Dicho importe se tiene en cuenta a la hora de computar los créditos ordinarios adheridos.

Que la entidad ejecutante puede iniciar el procedimiento al margen del concurso depende de si se considera que queda o no vinculado por el convenio, lo que nos lleva a analizar los artículos 123, 124, 134 y 136 de la Ley Concursal. Dice el artículo 136: «Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado en favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance a la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera, y en general afectados por el convenio». En el mismo sentido en artículo 134.1: «El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuese anteriores a la declaración del concurso, aunque por cualquier causa no hubieran sido reconocidos (...) 2. Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del



www.civil-mercantil.com

convenio si hubieran votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión se hubiese computado como voto favorable». Es necesario, por tanto, determinar cuándo por el voto de un acreedor privilegiado produce la vinculación al convenio en relación con los créditos a los que la ley atribuye privilegio. Dice el artículo 123 en la redacción aplicable en la fecha en la que se aprobó el convenio y que en cuanto a este respecto ha permanecido invariable pues en su redacción dada por Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se suprime el primer párrafo relativo al quórum de constitución de la junta, manteniendo los dos párrafos que se transcriben a continuación: «2. El voto de un acreedor privilegiado a favor de una propuesta producirá en el caso de que sea aceptada por la junta y de que el juez apruebe el correspondiente convenio, los efectos que resulten del contenido de éste, respecto de su crédito y su privilegio. 3. El voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios, se presumir emitido en relación a estos últimos y solo afectará a los privilegiados si así se hubiera manifestado expresamente en el acto de votación».

La vinculación del acreedor privilegiado al convenio exige dos presupuestos diferentes, sin producirse de manera automática por el solo hecho de la emisión del voto. Se requiere en primer término que el voto se haya emitido respecto de una propuesta presentada en junta, celebrada con la concurrencia preceptiva y aprobada por el Juez, y en segundo término que del contenido del convenio resulten efectos respecto del crédito y del privilegio. No puede deducirse de la literalidad del artículo 123 que la sola aprobación del convenio modifique la situación del acreedor privilegiado y lo convierta en ordinario, por ello, cuando el convenio no contenga referencias específicas al respecto, su aprobación, pese a haber participado en la misma el acreedor privilegiado, no afectará al privilegio.

En el supuesto de este expediente se dice claramente en el convenio presentado que «los acreedores en cuanto a los créditos privilegiados que puedan ostentar, sólo quedarán vinculados al contenido del Convenio si hubieran votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquella se hubiera computado como voto favorable, respecto de la está clase de créditos» y del acta de la junta resulta que no se hace mención alguna al carácter de acreedor privilegiado de «NCG Banco, S.A.» ni al contenido del privilegio. Finalmente en la adición al mandamiento originario que ha provocado este recurso, extendido por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vélez-Málaga que recoge «que el convenio aprobado por sentencia dictada con fecha de 5 de noviembre de 2012, únicamente afecta a los créditos ordinarios (...) ya que NCG Banco, S.A., no se ha adherido de forma expresa respecto de los créditos privilegiados en virtud del artículo 123.2 de la Ley Concursal».

En conclusión, de los datos obrantes en el expediente no resulta que el convenio aprobado venga a afectar a la garantía real del préstamo objeto de ejecución.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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, 4 de julio de 2016. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.