



Roj: **SAP MU 1927/2019 - ECLI:ES:APMU:2019:1927**

Id Cendoj: **30030370042019100706**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **26/09/2019**

Nº de Recurso: **410/2019**

Nº de Resolución: **691/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**MURCIA**

SENTENCIA: 00691/2019

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

**Teléfono:** 968 229119 **Fax:** 968 229278

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: AFM

**N.I.G.** 30030 47 1 2012 0000761

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000410 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de MURCIA

**Procedimiento de origen:** S1C SECCION I DECLARACION CONCURSO 0000394 /2012

Recurrente: HISPANIA ACTIVOS CONCURSALES SL

Procurador: ANA MARIA NIETO BERNAL

Abogado: ANTONIO GARCIA DIAZ

Recurrido: BANCO SANTANDER SA

Procurador: FRANCISCO JAVIER BERENGUER LOPEZ

Abogado: AFRODISIO CUEVAS GUERRERO

**SENTENCIA Nº 691**

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán.

Presidente

Don Francisco José Carrillo Vinader

Don Rafael Fuentes Devesa

Magistrados

En la ciudad de Murcia, a veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve.



Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de incidente concursal que con el número ICO 394/2012/1 dimanante del concurso 394/2012 se han tramitado en el Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia entre las partes, como demandado y ahora apelante, HISPANIA ACTIVOS CONCURSALES SL con la representación del Procurador/a Sr/a Nieto Bernal y la asistencia del Letrado/a Sr/a García Díaz y de otra como demandante y ahora apelada BANCO SANTADER SA ( antes BANCO POPULAR ESPAÑOL SA), con la representación del Procurador/a Sr/a Berenguer López y la asistencia del Letrado/a Sr/a Cuevas Guerrero y en la primera instancia de la administración concursal de HUMA MEDITERRANEO SL. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Fuentes Devesa, que expresa la convicción del Tribunal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-** El Juzgado Mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 23 de octubre de 2019 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "*Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, representada por la Procuradora Dña. Gema Pérez Haya y asistida por el Letrado D. Afrodísio Cuevas Guerrero contra la ADMINISTRACION CONCURSAL de la concursada HUMA MEDITERRANEO SL y contra la mercantil HISPANIA DE ACTIVOS CONCURSALES SLU, representada por la Procuradora Dña. Ana María Nieto Bernal, debo declarar y declaro la nulidad del auto dictado por este Juzgado de fecha 9 de septiembre de 2016, en cuanto a la cancelación de la carga hipotecaria a favor de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA sobre la finca registral NUM001 del Registro de la propiedad de Mazarrón, y sin imposición de costas*"

Por auto de 12 de diciembre de 2018 se dicta auto rectificando la indicación de recursos y por auto de 13 de enero de 2019 se acuerda en su parte dispositiva lo siguiente:

*"1º) Estimando el recurso de aclaración interpuesto por el Procurador D. Francisco Javier Berenguer López, en la representación que tiene acreditada en el presente procedimiento de BANCO SANTANDER S.A., ha lugar a rectificar la sentencia dictada por este Juzgado en fecha 23 octubre de 2018, en el sentido de que, en la designación de la finca de referencia, "donde dice finca nº NUM001, debe decir NUM000", debiendo permanecer el resto de la resolución en sus exactos términos.*

*2º) Que se desestima el recurso de aclaración interpuesto por el Administrador Concursal de la mercantil "HUMA MEDITERRANEO, S.L.", D. Lucas, en los términos expuestos en el Fundamento Único de la presente resolución, debiendo permanecer la resolución recurrida en sus exactos términos."*

**SEGUNDO.** - Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la demandada HISPANIA ACTIVOS CONCURSALES SL. Dado traslado de los mismos a la otra parte, se formula oposición por la actora, sin que haya formulado alegación alguna la administración concursal

**TERCERO.** - Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 410/2019 y se señaló para votación y fallo el día 25 de septiembre de 2019.

**CUARTO.** - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero. Planteamiento

1. La comprensión de las cuestiones suscitadas en ese recurso impone previamente que dejemos constancia de los siguientes hitos básicos recogidos en la sentencia, completados con los no controvertidos por las partes en sus escritos y del examen del expediente, tanto en soporte papel como digital:

i) BANCO PASTOR (después absorbido por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA) concedió un préstamo a terceros, garantizado, entre otros inmuebles, y en lo que aquí interesa, con la finca Nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Mazarrón, propiedad de HUMA MEDITERRANEO SL, que actúa como hipotecante no deudor, según escritura de 28/09/2009

ii) declarado con posterioridad el concurso de HUMA MEDITERRANEO SA, en el mismo se persona BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, que como acreedor por otras operaciones comunicó sus créditos, sin que efectuara mención a ese préstamo con garantía hipotecaria

iii) en el inventario elaborado por la administración concursal (AC en abreviatura) se incluye, entre otros, la finca registral nº NUM000, haciendo expresa mención de la existencia de cargas hipotecarias en favor de Roman y otros (1ª y 2ª hipoteca) y en favor de BANCO PASTOR por esa escritura de 28/9/2009. Se valora en 1.000.000€. No obstante, en la escritura de 28/9/2009 se dice que en esa fecha se ha otorgado escritura cancelando la 1ª y 2ª hipoteca (folio 18)



No consta impugnación de este particular de dicho texto

iv) Banco Popular no realizó observaciones al Plan de Liquidación propuesto por la AC, en el que se prevé la venta de las fincas de la concursada libres de cargas hipotecarias, y entre ellas la finca registral NUM000 , ni recurrió el Auto de 27/10/ 2014 que lo aprobó, en el que , con remisión a las normas unificadas de subastas de los juzgados mercantiles de Murcia se contempla que " *la resolución que apruebe el remate o transmita el bien o derecho realizado acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial. Tratándose de bienes afectos a éstos últimos se acordará en dicha resolución su cancelación, destinando la cantidad obtenida por la realización del bien al pago del referido crédito con privilegio especial hasta el importe total garantizado y no satisfecho, y de quedar remanente, al pago de los demás créditos, conforme al artículo 155.3 de la Ley Concursal "*

v) fue anunciada la venta en subasta de una serie de fincas, entre ellas la de la finca nº NUM000 , con las prevenciones anteriores; subasta de esa finca citada que resultó desierta.

vi) mediante diligencia de ordenación de fecha 11/02/2016 se comunican las ofertas recibidas por la Administración Concursal por las fincas cuya subasta había resultado desierta, entre ellas la de la finca NUM000 , realizada por HISPANIA ACTIVOS CONCURSALES SL (por importe de 45.000€ más IVA, libre de cargas y gravámenes) para posibilitar la presentación de una oferta superior, bajo apercibimiento de que en caso de no verificarlo, la Administración Concursal podrá llevar a cabo la operación de venta solicitada, sin necesidad de ulterior resolución.

Asimismo, en igual diligencia se da traslado a Banco Popular por plazo de cinco días a fin de que realizara las manifestaciones que a su derecho convinieran sobre la cancelación de la hipoteca que grava la finca nº NUM000 , interesada por la AC en escrito de 20 enero de 2016, sin que el banco realizara manifestación alguna (admitido por el banco en su demanda)

vii) Por auto de fecha 9/9/2016 se acuerda la cancelación de la carga hipotecaria que grava la finca nº NUM000

No recurrido este auto de 9/9/2016, y presentado el correspondiente mandamiento de cancelación de la carga hipotecaria en el Registro de la Propiedad para su inscripción, se deniega por el Registrador el 25/1/2017 (folio 82), en esencia por considerar que el Juzgado carece de competencia para cancelar cargas hipotecarias que garantizan créditos no concursales

viii) en julio de 2018 se formula demanda incidental por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, ahora BANCO SANTANDER SA, en la que se pide que se declare la nulidad del auto de fecha 9 de septiembre de 2016 que acuerda la cancelación de la carga hipotecaria a favor del citado banco sobre la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad de Mazarrón, a lo que se oponen la administración concursal e HISPANIA ACTIVOS CONCURSALES SL, que es la mercantil que adquirió dicha finca

2. La sentencia dictada en la instancia estima la demanda incidental y declara la nulidad del auto de fecha 9 de septiembre de 2016 en cuanto a la cancelación de la carga hipotecaria a favor del banco actor sobre la citada finca registral, haciendo suya la argumentación obrante en la nota registral , al considerar que carece de competencia el juzgado concursal para la cancelación de gravámenes hipotecarios en garantía de créditos no concursales, con independencia de que no hubiera sido ello previamente denunciado

3. Frente a ello se alza HISPANIA ACTIVOS CONCURSALES SL.

Alega, sin la precisión deseable, error en la valoración de la prueba y de derecho. Lo primero, en extracto, porque el banco a lo largo del proceso concursal ha podido manifestar su condición de hipotecante no deudora de la concursada y oponerse a la inclusión de la finca en la masa activa del concurso y a la cancelación de la carga hipotecaria, habiendo permanecido inactiva, y lo segundo, por infracción (a), de una parte de los arts. 217.2 y 3 LEC, al no haber acreditado que, llegado el día del vencimiento del último pago del préstamo garantizado con la finca de la concursada, éste ha sido incumplido por los deudores, y (b) de otra, de los arts. 56, 57, 148, 149.5 y 155LC, al estar sujeta la entidad bancaria a las limitaciones previstas en dichos preceptos, aunque la concursada sea hipotecante no deudor. Añade que ello se entiende sin perjuicio de que lo obtenido por la venta de la finca hipotecada se entregue por la AC a la entidad bancaria, como ya proponía la AC en su contestación de forma subsidiaria

Al tratar del error en la valoración de la prueba se desliza la solicitud de nulidad de actuaciones. Se refiere que el iter procesal relevante se deduce de la prueba propuesta, sin que el Juzgado se manifestara sobre su admisión, lo que causa grave indefensión, por lo que solicita que "de oficio se declare la nulidad de todo lo actuado, retro trayendo los autos al momento de la práctica de la prueba propuesta por esta parte a fin de que el Juzgado de instancia se pronuncie sobre su admisión y práctica"



4. La actora BANCO DE SANTANDER, y ahora apelada, solicita la confirmación de la sentencia al entenderla ajustada, por no concurrencia del error de hecho y de derecho invocados de contrario

5. La administración concursal, que se había opuesto en la instancia a la demanda, permanece ausente en esta alzada

### **Segundo. - La nulidad de actuaciones**

1. Si bien es cierto que no es correcta la actuación del órgano judicial, pues la juez sustituta, antes de dictar sentencia, tenía que haberse pronunciado sobre la prueba propuesta en la contestación a la demanda, ello no justifica la pretensión de nulidad de actuaciones por las razones siguientes:

i) debemos recordar que la inadmisión de prueba, que se equipara aquí al silencio, no conlleva la infracción del art 24 CE ni la nulidad de actuaciones del art 238 LOPJ, dado que el cauce previsto frente a lo que considera indebida denegación de prueba (aquí por omisión) es su proposición como prueba en segunda instancia, con arreglo al art 460.2 LEC. Por todas STS de 12 de marzo de 2014

ii) no se acredita qué indefensión material se produce, necesaria para apreciar la infracción procesal ( art 459LEC), ya que la discrepancia no estriba en una cuestión fáctica, dado que las partes no discuten sobre la condición de la actora como hipotecante no deudora y su conducta procesal, residiendo la divergencia en su tratamiento y las consecuencias que cada uno de ellos extrae de esa conducta

iii) en todo caso, el relato de los hitos esenciales para la resolución de la controversia se desprende de la documental aportada y de los particulares no contradichos expuestos por las partes, completado con el cotejo del expediente concursal, tanto en soporte papel como digital, como habilita la STS 238/2016, de 12 de abril

### **Tercero. La posición jurídica del acreedor hipotecario en el concurso del hipotecante no deudor**

1. La problemática que subyace en este incidente deriva de la realización de una finca titularidad de la concursada, gravada con hipoteca que garantiza un préstamo concedido a terceros. Es un dato no controvertido, pues, que la concursada HUMA MEDITERRANEO es hipotecante no deudor. En estos casos se disocia deuda y responsabilidad, de manera que el garante real responde con sus bienes gravados, pero no debe, a diferencia del fiador personal, que sí debe atender la reclamación con todo su patrimonio. Así, entre otras, la STS de 3 de febrero de 2009

2. Como dijimos en nuestro Auto de 2 de febrero de 2017- y reiteramos en sentencias de 10 de enero y 19 de septiembre de 2019-, en caso de concurso de este hipotecante no deudor, su tratamiento concursal es el siguiente:

"a) en cuanto a la masa pasiva, como el concursado no debe al acreedor hipotecario (garantizado), no se puede reconocer a este último como acreedor en el concurso

b) *en cuanto a la masa activa, como el bien hipotecado/pignorado es del concursado, se debe incluir en el inventario, con la minoración que representa la existencia de la garantía, ya que no se podrá cancelar al no estar incluido en la masa pasiva el crédito asegurado, tal y como prevé el art 82.3 LC en relación con el art. 666.1 LEC . Como dice el primero:*

*"El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva"*

*En este sentido es unánime la doctrina de las Audiencias Provinciales, y entre otras, la SAP Córdoba de 23 septiembre 2013 ; SAP de Granada de 7 de abril de 2016 ; SAP Madrid de 6 de marzo de 2015 y 27 mayo 2016 ; SAP de Pontevedra de 26 de septiembre de 2011 ; SAP de Córdoba de 7 de julio y 23 de septiembre de 2013 ; SAP de Burgos de 16 de diciembre de 2011 ; AAP de Cantabria de 3 de marzo de 2015 y también este Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 6 de marzo de 2014 , y con abundante cita doctrinal, el Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Oviedo, de 20 de enero de 2014 .*

El acreedor hipotecario o prendario conservará la plenitud de las facultades que se derivan de la garantía real constituida a su favor, particularmente la facultad de realizar el valor de los bienes gravados a través de las acciones ejecutivas correspondientes para la satisfacción del crédito que ostenta frente al obligado no concursado, y de hacer suyo, hasta donde alcance la cobertura real, el importe obtenido con esa realización. La discusión es si esas facultades de ejecución, al estar el bien gravado comprendido en la masa activa del concurso, están sometidas a la jurisdicción del juez del concurso y a las especialidades del régimen concursal contenidas en los arts. 56 y 57. A favor de ello la SAP de Córdoba, de 7 de mayo de 2013, en contra el Auto del Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona, de 14 de marzo de 2016"



Poníamos de manifiesto que la realización del inmueble con subsistencia de la carga hipotecaria podía dificultar en gran manera su venta, sobre todo cuando la carga hipotecaria era elevada en relación con el valor del inmueble, y apuntábamos que cabía la venta sin gravámenes en el seno del proceso concursal de la hipotecante no deudora siempre que el titular hipotecario consintiera su cancelación. Venta que, de producirse, habilitaría a la entrega de lo obtenido al mismo ex art 1.876 CC, previa acreditación de la subsistencia y exigibilidad del crédito garantizado, y hasta el montante de la cobertura hipotecaria, procediendo entre tanto a su retención. En cambio, si el crédito garantizado hubiera sido atendido por el obligado al pago, nos encontraríamos con un activo libre, cuyo importe debería ser destinado a pagar a los acreedores contra la masa y concursales.

En nuestra posterior sentencia de 10 de enero de 2019 diferenciamos este hipotecante no deudor de una figura próxima como es la del "tercer poseedor (según la terminología tradicional) o "tercer adquirente" (con denominación científica más apropiada) de la finca hipotecada ", que, como dice la STS de 20 de diciembre de 1999

"... es la persona que ha adquirido la propiedad del inmueble que hipotecó su transmitente. Es, por tanto, ajeno a la constitución de la hipoteca, y, asimismo, ajeno a la deuda, garantizada con la hipoteca, aunque el bien adquirido responde de esta. El tercer poseedor tiene que sufrir o soportar el procedimiento y, finalmente, la realización de la finca. No se le impone ningún "facere", se halla en posición de "in patiendo", por lo que el requerimiento de pago que se hace equivale más bien a una notificación"

Postura que se reitera en las SSTS de 26 de enero y 13 de diciembre de 2007

"Tercer poseedor "o "tercer adquirente" que es inmune al concurso, según dispone el art 56.4LC, que, como dice el AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 18 de marzo de 2009

"(su) finalidad es la protección del acreedor hipotecario en los casos de transmisión de la finca hipotecada, evitando que el deudor perjudique la posición de aquél mediante la transmisión de los bienes objeto de la garantía al concursado o a quien está próximo al estado de insolvencia"

3.El examen de las actuaciones procesales pone de relieve que los distintos operadores jurídicos implicados en el concurso de HUMA MEDITARRANEA no han sido especialmente hábiles en el tratamiento de esta realidad (la hipoteca en el concurso del hipotecante no deudor), sin que las alegaciones de las partes vertidas en sus escritos, en especial las del recurso, ayuden a enfocar con precisión el tema.

3.1. En primer lugar, resulta contradictorio por la apelante reconocer que la concursada es hipotecante no deudora, y simultáneamente imputar al banco la condición de "acreedor contingente "y achacarle la omisión de no haber comunicado ese crédito, ni impugnado la lista de acreedores en el que no figura en esa condición (por la operación que aquí nos ocupa, aclaramos). Ya hemos visto que el banco, por esta operación, no ostenta crédito alguno frente a HUMA, sin perjuicio de que la finca nº NUM000 de su titularidad responda en caso de impago por los obligados (los terceros prestatarios)

3.2 En segundo lugar, dado que aquí no se discute el ejercicio por el acreedor hipotecario de las facultades ejecutivas derivadas de la garantía real constituida a su favor, carecen de sentido las digresiones vertidas en el recurso de apelación (a) sobre la ausencia de acreditación ( art 217.2 y 3 LEC) de la subsistencia y exigibilidad del crédito garantizado, y, (b) sobre límite temporal para la ejecución hipotecaria separada ( art 57.3LC)

Ello no es relevante para determinar si es posible la cancelación registral acordada en el auto de 2016, que ahora se declara nulo. Otra cosa es la trascendencia que lo primero pueda tener a la hora del destino de la suma obtenida

3.3 En tercer lugar, si bien acierta la AC al no incluir en la lista de acreedores al banco titular de la hipoteca (pues por esta operación no es acreedor en el concurso) e incluir en la masa activa el bien hipotecado (pues es de la concursada), yerra en su valoración, al no minorarla por la existencia de la garantía ( art 82.3 LC en relación con el art. 666.1 LEC)

Ante ello, que implícitamente suponía que el activo se pensaba realizar libre de cargas, y por ello su importe no reducía el valor del bien, no reacciona el banco, que no impugna el inventario en este particular

3.4 En cuarto lugar, no acierta la AC al elaborar el plan de liquidación, pues debía haber indicado que la finca nº NUM000 - minorada en su valor por el importe debido garantizado- se iba a realizar con subsistencia de la hipoteca. Al no discriminar, trata esta finca como si estuviera sujeta a un privilegio especial, con la previsión de cancelación de la hipoteca en caso de realización y entrega al titular de la hipoteca del dinero obtenido hasta la cobertura real. Y ante esto no reacciona el banco, que ninguna observación realiza



3.5 En quinto lugar, y consecuencia de lo anterior, la equivocación se traslada al auto de aprobación del plan de liquidación, al no dar a la realización de la finca nº NUM000 el tratamiento adecuado, que imponía su discriminación respecto de las fincas sujetas a privilegio especial. Auto que fija las reglas de realización de activos, y que deviene firme, pues ningún recurso interpone el banco sobre el particular

3.6 En sexto lugar, correlato de lo anterior, se anuncia la venta en subasta de la finca nº NUM000 como si estuviera afectada a un privilegio especial (cuando no lo está), con cancelación de la hipoteca, sin queja alguna del banco, que nada dice

Después, ante la petición de la AC de cancelación de la carga hipotecaria que grava la finca nº NUM000, persiste en su pasividad el banco, que nada alega en el traslado conferido para manifestarse sobre ello

Y finalmente, acordado por auto de fecha 9/9/2016 la cancelación de la hipoteca, deviene firme al no interponerse recurso alguno por el banco

#### **Cuarto. La cancelación de la hipoteca que grava la finca nº NUM000**

1. Aunque no podamos predicar que el proceso de realización de la finca nº NUM000 haya sido ortodoxo, ello no significa que proceda confirmar la estimación de la demanda incidental, pues lleva razón la apelante al exponer que la cancelación acordada en este proceso de realización ha sido consentida por el banco actor; consentimiento que, en su doble vertiente, procesal y material, justifican la revocación de la sentencia

2. En primer lugar, desde una vertiente estrictamente procesal, lo impone la cosa juzgada formal prevista en el art 207 LEC

No podemos perder de vista que lo que se pide, y así se acuerda, es la nulidad de auto de 9 de septiembre de 2016 en cuanto ordena cancelar la carga hipotecaria que pesa sobre la finca NUM000.

De todos es conocido que la nulidad debe hacerse valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, sin que sea admisible con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones (art 240 y 241 LOPJ). Aquí no se denunció a través del sistema de recursos motivo alguno que justificara su nulidad, por lo que dicha resolución de 2016 ha devenido firme, por consentida, y *"queda pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella"* (art 207.4 LEC).

La STC de 12 enero de 2009, al tratar el efecto de cosa juzgada de las resoluciones firmes, expone que su tratamiento constitucional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva abarca dos frentes distintos, el de la cosa juzgada formal y el de la cosa juzgada material. En lo que aquí interesa nos dice

"... el del respeto a la cosa juzgada formal dentro del propio procedimiento en el que se dicta la resolución que la produce, ofrece su protección básica a través del principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, integrado por nuestra jurisprudencia en el art. 24.1 CE, con la sola excepción, y en sus estrechos límites definidores, de los recursos de aclaración y de complemento ex arts. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), 214 y 215 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC; últimamente, SSTC 47/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 318/2006, de 15 de noviembre, FJ 2; 121/2007, de 21 de mayo, FJ 1, entre otras).

[...]el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad" (SSTC 48/1999, 22 de marzo, FJ 2, 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)"

De igual modo, el TS recoge esta distinción en la sentencia de 8 de abril de 2013, y respecto de la autoridad de cosa juzgada formal nos dice

"Esta eficacia afecta al propio tribunal que ha dictado la resolución, ya sea en su efecto negativo, que impide que pueda ser recurrida (inimpugnabilidad), ya sea en su efecto positivo, pues dentro del mismo proceso no podrá dictarse en contra otra resolución que la contradiga y, además, todas las resoluciones posteriores deberán partir del presupuesto lógico de lo decidido en aquella"

Con arreglo a estas consideraciones legales y jurisprudenciales, no puede confirmarse la estimación de la demanda, pues lo pretendido por el banco - ahora apelado- es que se declare nula la cancelación de una hipoteca llevada a cabo con sujeción al proceso de realización concursal previsto en el plan de liquidación consentido (pues nada se dice en sentido contrario), sino que, además, expresamente dicha cancelación fue aceptada por el banco, por lo que pasados casi dos años la pretensión de nulidad es extemporánea, y admitirlo implicaría una quiebra de la seguridad jurídica consagrada en el art 9.3 CE



3. En segundo lugar, desde una vertiente sustantiva, queda justificada la cancelación registral de la hipoteca, al haber sido consentida por el titular de la misma

El que, en principio, la realización del inmueble en este caso que nos ocupa (concurso de hipotecante no deudor) deba realizarse en sede concursal con subsistencia de la carga hipotecaria, no significa que no sea posible su realización libre de gravamen.

Ya hemos anticipado que no apreciamos obstáculo en admitir la venta sin gravámenes en el seno del proceso concursal, siempre que el titular hipotecario consienta su cancelación.

Con ello evita la probable frustración de la realización, de manera que, a cambio de facilitar su venta, de producirse, ese titular hipotecario podrá reclamar lo obtenido con la misma, con arreglo al art 1.876CC, previa acreditación de la subsistencia y exigibilidad del crédito garantizado, y hasta el montante de la cobertura hipotecaria, procediendo entre tanto la AC a su retención. Solo cuando el crédito garantizado hubiera sido atendido por el obligado al pago estaría justificado que la AC destinara el importe obtenido a la masa activa

En el caso que nos ocupa, perfecto conocedor el banco de que la realización proyectada por la AC de la finca nº NUM000 era libre de cargas hipotecarias, de forma reiterada lo ha permitido. No solo no impugna la valoración dado al bien en el inventario, sino que (i) nada dice sobre las previsiones del plan de liquidación al respecto, (ii) no impugna el auto que lo aprueba, y, (iii) tolera los actos encaminados a esa venta libre de carga (edictos de subasta y comunicación de ofertas tras subasta desierta). Y si existiera alguna duda, no se opone a la petición expresa de cancelación registral de la hipoteca formulada por la AC

Deducir de toda esa actuación el consentimiento a la cancelación no es descabellado sino lógico, pues se trata de actos reiterados que permiten inferir dicho asentimiento. No es admisible la postura posterior del Banco. Si no estaba de acuerdo con esa cancelación registral debía haberlo dicho. Ha tenido múltiples ocasiones para reaccionar, y no lo ha hecho, por lo que debe asumir las consecuencias de su inactividad. Si esta fue querida o debida a su desidia no altera la conclusión expuesta. Lo que no es admisible es negar a ese comportamiento pasivo trascendencia. El principio de confianza así lo impone cuando, atendidas las circunstancias concurrentes, se espera de las partes que expongan su postura, y, aquí expresamente se confirió traslado para que se manifestara al respecto. Con ello viene a confirmar el asentimiento a la cancelación. No se trata de sancionar un mero acto de silencio, como se dice en la demanda. Consentimiento que ya, sin género de dudas, se revela cuando es acordada por el auto de 9 de septiembre de 2016, y no se recurre.

4. Por tanto, como la cancelación registral ha sido tolerada por el titular registral, no cabe predicar que la misma violente norma imperativa alguna, discrepando con la tesis de que el juez del concurso carece de competencia para dicha cancelación por las razones siguientes

4.1 En primer lugar, al estar comprendida la finca en la masa activa, la competencia para su ejecución corresponde al juez del concurso, y por tanto también para la cancelación de la hipoteca. La especialidad en caso de hipoteca en garantía de deuda ajena es que es preciso advenir que concurre el asentimiento del titular hipotecario, que aquí hemos concluido que sí existe

4.2 En segundo lugar, no cabe confundir la posición del "tercer poseedor o tercer adquirente" de finca hipotecada con la del "hipotecante no deudor".

La inmunidad al concurso que establece el art 56.4LC para el primero no se puede predicar del segundo ya que (i) no cabe su aplicación analógica, al tratarse de una norma excepcional y (ii) no concurre la ratio que justifica la inmunidad: con ella se pretende evitar que el titular de la hipoteca vea involuntariamente limitadas sus facultades ejecutivas por un acto unilateral del deudor (transmisión de la finca hipotecada a un insolvente), pero en el caso del hipotecante no deudor, el titular de la hipoteca sí está en condiciones de comprobar la solvencia de quien le presta la garantía real, valorando, en consecuencia, la posibilidad de que éste pudiera entrar en concurso, y con ello ver afectada su facultades ejecutivas. En este sentido, se pronuncia el AAP Cantabria, sección 4ª, de 11 febrero de 2015

5. Finalmente, en cuanto al destino de la suma obtenida por la realización de la finca, aunque ya hemos anticipado nuestro parecer, no podemos hacer pronunciamiento alguno por exigencias del principio de congruencia (art 218 y 465LEC en relación con art 399LEC), dado que el objeto procesal se circunscribe a determinar si es posible la nulidad del auto de 2016 que declara la cancelación registral de la hipoteca que grava la finca nº NUM001. Será la AC la que deberá resolver lo procedente, previa acreditación de la subsistencia y exigibilidad del crédito garantizado con la tan mentada hipoteca.

Aclarar que ello no es incompatible con el Auto de este Tribunal de 11 de mayo de 2017 alegado por el apelado, pues lo que dijimos entonces es que ese derecho de cobro no deriva del art 155 LC, y así es, pues el titular de la hipoteca no es acreedor con privilegio especial. Pero ello no significa que no deba ser el destinatario del



importe obtenido, pues ello deriva no del art 155LC, sino directamente de la sujeción que impone la hipoteca al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida ( art 1876 CC) y cuya cancelación es consentida

#### **Cuarto. Costas**

1. La estimación del recurso conlleva la no imposición de costas de esta alzada ( art. 398 y 394 de la LEC), sin que procede la imposición de las causadas en la instancia, atendidas las dudas jurídicas suscitadas por el tratamiento singular dado en el concurso a la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso interpuesto por HISPANIA ACTIVOS CONCURSALES SL contra la sentencia de 23 de octubre de 2018 dictada por el Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia, debemos revocar la misma, y, en consecuencia, debemos desestimar la demanda formulada, sin imposición de las costas causadas en ambas instancias

Procédase a devolver al apelante el depósito para recurrir y devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### **MODO DE IMPUGNACION**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea **notificada**, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012