

1.7. Concursal Civil

¿ES COMPETENTE EL JUEZ DEL CONCURSO PARA EL CONOCIMIENTO DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL?

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Ayudante Doctora

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA.—II. ARGUMENTOS QUE ESGRIME LA JURISPRUDENCIA PARA DEFENDER LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA. CONTRARRÉPLICA DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA (1)

Se trata ésta de una cuestión que se plantea en caso de intersección de un procedimiento de ejecución hipotecaria con un procedimiento concursal y que es enormemente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia.

Dados los artículos 8.3.º y 57.1 LC no se duda de que la competencia objetiva para conocer de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad empresarial (art. 56 LC) corresponde al Juez del Concurso. En este sentido, la Resolución de la DGRN, de 6 de junio de 2009 (*JUR* 2009/337093) (2). La polémica se plantea en torno a la competencia para conocer de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial.

En la doctrina sostienen que el juez del concurso sólo es competente para conocer de las ejecuciones sobre bienes afectos, GÓMEZ GÁLLIGO, RIBELLES, DE

(1) El presente trabajo de investigación se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación dirigido por la Profesora Titular de la UCM, doctora Matilde CUENA CASAS, MATRIMONIO Y CONCURSO DE ACREEDORES. SEJ 2007-60719.

(2) En el caso que resuelve, la DGRN entiende que, como consta anotado preventivamente en la finca objeto de ejecución hipotecaria, no solo la declaración de concurso del deudor hipotecario, sino también la afección de los bienes hipotecados a su actividad empresarial, en virtud de mandamiento dictado por el Juzgado de lo Mercantil, el Registrador, cuya función calificadora debe realizarse por lo que resulte de los documentos presentados para su inscripción y de los asientos del Registro (art. 18 LH), está vinculado por la proclamación registral de la afección, declaración que implica necesariamente la suspensión de las actividades ejecutivas iniciadas con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, y que determina la imposibilidad de la continuación de la ejecución hipotecaria al margen del juez del concurso, por lo que el Registrador obró correctamente, cuando ante la presentación en el Registro del mandamiento dictado por el Juez de Primera Instancia que conocía del procedimiento de ejecución hipotecaria, y que ordenaba al Registrador expedir certificación de dominio y cargas, no expidió la susodicha certificación.

ÁNGEL YAGÜEZ Y HERNANDO MENDÍVIL y HERBOSA MARTÍNEZ (3). SALINAS ADELANTADO opina, con dudas, que en cuanto al inicio de nuevas ejecuciones sobre bienes no afectos tras la declaración de concurso, es competente el Juez del Concurso, dado el artículo 8.3 LC (lo mismo sostiene ZUBIRI DE SALINAS, para quien el art. 8.3 LC que choca con el art. 684.1.1.º LEC, es preferente por ser norma especial y posterior) (4). En cambio, continúa SALINAS ADELANTADO, en el caso de ejecuciones en marcha, dado el artículo 55.1.2.º LC, da la impresión de que el juez competente seguirá siendo el que inició los trámites, lo cual, dice, es coherente con la regla de la *perpetuatio jurisdictionis* del artículo 411 LEC (5). Comparte la posición de este autor CURIEL LORENTE (6).

En cambio, sostienen que el Juez del Concurso ha de conocer también de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A. (7), DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD (8), CARRASCO PERERA (9) y BLANQUER ÜBEROS (10).

En cuanto a la jurisprudencia, según el auto del Juzgado de lo Mercantil de Salamanca, número 4, auto de 25 de mayo de 2010 (AC 2010/1240), la inmensa mayoría de la doctrina de los *Juzgados de lo Mercantil*, entiende que el conocimiento de la ejecución hipotecaria sobre bienes no afectos a la actividad empresarial corresponde a los Jueces de Primera Instancia. Pueden citarse en esta línea (11), el voto particular del magistrado SANCHO GARGALLO, I., en el auto de 28 de junio de 2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª (AC 2007/1581), AJM, número 1 de Alicante, de 23 de febrero de

(3) RIBELLES, J. M., «Comentario al artículo 57 LC», en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (dir.). Editorial Iurgium, Madrid, 2004, pág. 305. GÓMEZ GÁLLIGO, J., «Comentario al artículo 56 LC», en *Comentarios a la legislación concursal*. SÁNCHEZ CALERO, J., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.), Vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 1058 y 1059. GÓMEZ GÁLLIGO entiende que las ejecuciones a que hace referencia el artículo 56.2 *in fine*, serían conocidas por el Juez de Primera Instancia ante el que se hubiesen entablado. Lo mismo sostiene la Resolución de la DGRN, de 6 de junio de 2009 (JUR 2009/337093).

(4) ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», en *Las claves de la Ley Concursal*. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I., y BONET NAVARRO, A. (dir.), 2005, págs. 296 a 301.

(5) SALINAS ADELANTADO, C., «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*. Vol. 4, 2005, págs. 3881 a 3883.

(6) CURIEL LORENTE, F., «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 4862.

(7) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 y 57 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coord.), Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1036 a 1083.

(8) DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD, V., «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 4892.

(9) CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la LC*, Thomson-Civitas, 2.ª ed., Pamplona, 2008, págs. 85 y 139.

(10) BLANQUER ÜBEROS, R., *Las garantías reales en el concurso*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 91 y 92.

(11) Sin hacer distinción de si lo que defienden es la competencia de los Jueces de 1.ª Instancia en todo caso, o solo para el caso de que la ejecución hipotecaria sobre el bien no afecto se haya entablado antes de la declaración de concurso.

2006; AJM, número 1 de Asturias, de 13 de marzo de 2006; AJM, número 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006 (AC 2006/1217), y 26 de septiembre de 2006 (AC 2007/383); AJM, número 1 de Alicante, de 29 de septiembre de 2006 (PROV 2007/38872); AJM, número 1 de Alicante, de 3 de julio de 2007; AJM, número 8 de Madrid, de 15 de enero de 2010. A esta jurisprudencia podemos añadir el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a), de 28 de junio de 2010 (JUR 2010/276414) y el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5.^a) de 19 de abril de 2010 (JUR 2010/233283). También se dice que en el primer encuentro de Jueces de la especialidad mercantil, celebrado por el CGPJ en Valencia, el 9 y 10 de diciembre de 2004, capítulo de conclusiones, casi mayoritariamente se consideró que las ejecuciones sobre bienes no afectos a la actividad empresarial ya iniciadas al declararse el concurso continuarían ante el Juez Civil, surgiendo la duda respecto de las nuevas ejecuciones que se inicien tras la declaración de concurso, no alcanzándose conciliación en este punto.

Sin embargo, en la Jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, se advierte una tendencia a considerar que corresponde a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial. Así pueden citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 28 de junio de 2007 (AC 2007/1581); el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), de 21 de noviembre de 2008 (JUR 2009/60566), el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (AC/2009/1170) [que sostiene la competencia de los Jueces Mercantiles solo para el caso de que la ejecución hipotecaria sobre bienes no afectos se haya iniciado tras la declaración de concurso], y el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (JUR 2010/327974).

II. ARGUMENTOS QUE ESGRIME LA JURISPRUDENCIA PARA DEFENDER LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA. CONTRARRÉPLICA DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Expuesto el estado de la cuestión, iremos desggranando los argumentos principales que la jurisprudencia da en defensa de la competencia de los Jueces de 1.^a Instancia, procediendo a su refutación, pues nosotros, salvo opinión mejor fundada en derecho, consideramos que es a los Jueces Mercantiles a los que corresponde el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos y no afectos a la actividad empresarial.

El auto del Juzgado de lo Mercantil de Salamanca, número 4, auto de 25 de mayo de 2010, manifiesta que por auto del mismo Juzgado, de 12 de mayo de 2010, a la luz de lo expuesto por la inmensa mayoría de la doctrina de los Juzgados de lo Mercantil, *decidió cambiar el criterio que hasta entonces tenía de aceptar la competencia de todas las ejecuciones hipotecarias seguidas contra bienes del deudor concursado, criterio nuevo que ahora va a mantener. Entiende así el Juzgado que hasta que no se declare por el Juzgado de lo Mercantil, a instancia de la administración concursal, o de otro legitimado que el bien es afecto a la actividad empresarial, no rige la excepción del artículo 8.3 de la LC a la competencia objetiva de los Juzgados de 1.^a Instancia. Para apreciar si el bien es o no afecto, la solución no puede ser obviar las reglas generales de competencia objetiva del Juzgado de 1.^a Instancia, y sin ni siquiera plantearse*

la afección del bien, remitir sin más todas las ejecuciones hipotecarias contra el concursado al Juzgado de lo Mercantil. Decidido por el Juez del Concurso que el bien es afecto, debe remitir dicha resolución al Juzgado de 1.ª Instancia que esté conociendo de la ejecución hipotecaria a fin de que entonces, y sólo entonces, se acuerde la suspensión de la misma y en su caso, la remisión al Juez del Concurso para su conocimiento en los casos en que proceda. La previsión genérica del artículo 8.3.º de la LC ha de ponerse en conexión con el artículo 55.4 y 57.1 LC, según los cuales la apertura del concurso no implica la paralización de las ejecuciones hipotecarias ni impide su inicio, como ejecución separada al concurso, como excepción frente al resto de ejecuciones civiles. Y la única salvedad a ello se encuentra en las ejecuciones hipotecarias que tengan por exclusivo objeto la realización de bienes afectos o necesarios a la actividad empresarial o profesional del deudor. Este es el único supuesto donde existe competencia objetiva del Juez del concurso para servir ante él separadamente el proceso de ejecución hipotecaria.

Nos parece que el Auto reseñado estaría indicando, que aunque el Juez Civil conociese de la existencia del concurso, no podría inhibirse del conocimiento de la ejecución hipotecaria *a priori*, amparándose en el artículo 8.3.º LC, sino que debería esperar a suspender el procedimiento de ejecución a que constase en el mismo la afección de los bienes. Sin embargo esta interpretación choca claramente con el artículo 568 LEC.

El artículo 568 LEC, tras la reforma verificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial señala con meridiana claridad:

«1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso.

2. El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.

3. Si existieren varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto a que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás».

Si la demanda ejecutiva hipotecaria se presentó antes de la declaración de concurso y antes de que el Tribunal dicte auto autorizando el despacho de la ejecución, conoce de la situación concursal, debe abstenerse de dictar dicho auto. Y si lo dictó antes de conocer la situación concursal, en el instante en que ésta conste en el procedimiento el Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle, sin esperar a que el Juez Concursal remita al Juez de Instancia su decisión sobre el carácter afecto del bien que se ejecuta. En el fondo el artículo 568 parte de que la competencia para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias contra bienes del concursado corresponde al Juez del Concurso, quedando delimitada su competencia en el ámbito temporal como dice SÁNCHEZ RUS por el auto de declaración de concurso (art. 21) y por resolución firme que acredite la conclusión del mismo (art. 176 LC).

Otros argumentos que baraja la jurisprudencia en defensa de la competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia son los expuestos por el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª), de 28 de junio de 2010 (*JUR* 2010/276414).

Doña Gema y don Elías, prestatarios de Caixa Galicia, habían constituido una garantía hipotecaria a favor de la entidad bancaria sobre una finca de la cual la nuda propiedad pertenecía a doña Gema. Doña Gema fue declarada en situación de concurso voluntario mediante Auto de 20 de febrero de 2009. Caixa Galicia, el 7 de octubre de 2009 (por lo tanto con posterioridad a la declaración de concurso) presentó demanda de ejecución de hipoteca inmobiliaria ante el Juzgado de Primera Instancia, declarándose éste incompetente al entender en aplicación de los artículos 86 ter.1.3.º LOPJ y 8 LC, que quien resultaba competente era el Juzgado que conocía del concurso de doña Gema.

La Audiencia, ante la Apelación planteada por Caixa Galicia, razona del siguiente modo:

Hay que determinar si la ejecución de la hipoteca inmobiliaria frente a un activo del concurso aparece configurada como un procedimiento que se ha de seguir en todo caso ante el Juez del Concurso, o por el contrario se trata de un procedimiento que podrá seguirse como una ejecución separada dependiendo de que la naturaleza del bien sobre el que recae la garantía real hipotecaria se califique como bien afecto o no afecto. Presupuesto de lo anterior es la cuestión atinente a la calificación de la naturaleza del bien. En los casos del artículo 56.1 LC cobra todo su sentido la *vis attractiva* del concurso que encuentra su lógico fundamento en la necesidad de amparar en su seno a todas aquellas cuestiones que conciernan al destino de los bienes afectos y solo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso, y en ese preciso sentido se expresa la redacción literal del artículo 57.1 LC. «El ámbito de esta norma que viene a residenciar en el Juez del Concurso la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones sobre garantías reales debe entenderse limitado únicamente a los bienes afectos, conclusión que se puede alcanzar por la sola rúbrica del precepto «inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales» y por su propia redacción cuando habla del ejercicio de las acciones previstas en el artículo anterior, es decir, de las que habían quedado paralizadas o suspendidas por tratarse de bienes afectos. Si por el contrario el bien sujeto a la garantía real se tratara de un bien no afecto a aquella actividad, la repetida *vis attractiva* deberá necesariamente decaer al haber desaparecido el presupuesto sobre el que se sustenta. *Ninguna ventaja se sigue para el concurso de que tales ejecuciones se ventilen dentro del proceso, pues, como ya se ha dicho, la realización forzosa de la garantía constituida sobre un bien no afecto, precisamente por tal circunstancia, no incide en la solución que aquél pueda alcanzar, razón por la que procede acudir a las normas extraconcursales a la hora de determinar la competencia para el conocimiento de las ejecuciones sobre los repetidos bienes que gozarán por tanto de la ejecución separada a todos los efectos.* Entiende esta Sala que no cabe argüir en contra de la anterior decisión la regla general proclamada por el artículo 8 LC cuando en su apartado 3.º —en términos coincidentes con lo dispuesto en el art. 86 ter.1.3.º LOPJ— atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». Primeramente por cuanto la norma competencial contenida en el artículo 57 solo tiene razón de ser si es considerada como regla especial frente a la general arriba transcrita, siendo así que en caso contrario, esto es, si se entendiera que comprende las ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes, devendría en un precepto superfluo por redundante. *Pero es que además el propio diseño de las*

ejecuciones en la Ley Concursal está admitiendo la existencia de ejecuciones separadas que escapan a la jurisdicción del Juez del Concurso, como son las ejecuciones que puedan continuar la Administración Pública y los Tribunales de la jurisdicción laboral en los supuestos contemplados por el artículo 55-1 LC, para cuyas actuaciones ejecutivas no operará el cierre registral que para las restantes se produce con la práctica de la correspondiente anotación preventiva del concurso (art. 24-4 LC). Finalmente la solución aquí expuesta puede verse reforzada si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes (art. 3-1 Civil), visto que el apartado 5.º del artículo 55 LC que originalmente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue suprimido en aras a posibilitar el íntegro desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello».

A estos argumentos cabe responder del siguiente modo:

La *vis attractiva* del procedimiento concursal no sólo se sustenta en la necesidad de amparar en el seno del concurso las cuestiones que conciernan al destino de los bienes afectos. La *vis attractiva* del concurso se fundamenta ante todo en el carácter universal del procedimiento, siendo principio clásico del Derecho Procesal español que la fuerza atractiva de los juicios universales es máxima.

Se dice que la rúbrica del artículo 57 («Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales») debía disipar cualquier duda acerca de los procedimientos de ejecución a que se refiere el artículo 57. Pero esta interpretación sólo pone en correlación sistemática el artículo 57 con el artículo 56 LC, olvidando otro precepto fundamental en la materia, el artículo 568 LEC, que lleva por rúbrica: «Suspensión en caso de situaciones concursales» y que señala que «el inicio de la ejecución y la reanudación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal», inicio o continuación de ejecuciones hipotecarias atribuido por la LC al Juez del Concurso (art. 8.3.º y 57.1 LC).

Por otro lado, no hay por qué entender limitado el ámbito objetivo del artículo 57.1 a las acciones que han quedado paralizadas o suspendidas como consecuencia de la aplicación de lo previsto en el artículo 56.1 y 2. Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 28 de junio de 2007, el encabezamiento del artículo 57 LC no hace diferenciación entre bienes afectos y no afectos. Tampoco la hace su contenido. El artículo 56, al que se refiere, en su último párrafo expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor. Es decir, que en tal caso no padecerá la ejecución hipotecaria paralización ni suspensión por el plazo máximo de un año, *recaiga sobre bienes afectos o no afectos. Poniendo en relación dicho artículo 56.4 con el artículo 57.1 resulta que las ejecuciones que se inicien o reanuden con arreglo al artículo 56.4, pueden ser ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos respecto de los que el concursado es tercer poseedor. Ese supuesto entonces no se vería excluido de la competencia del Juez del Concurso. Si tal ocurre cuando el concursado es tercer poseedor, lo mismo ocurrirá cuando el concursado sea dueño hipotecante* (12).

(12) Argumento interesante que es útil para defender la competencia del Juez del Concurso, aunque nosotros sostenemos que el artículo 56 no se refiere en su apartado 4 al tercer poseedor en sentido técnico regulado por la LH y la LEC, sino a un simple

Se dice que en el caso de que la ejecución hipotecaria recaiga sobre bienes no afectos, ninguna ventaja se sigue de que conozca el Juez del Concurso. Pero esta afirmación no es exacta. Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (AC 2009/1170), debe tenerse en cuenta que el bien objeto de ejecución separada *«no queda excluido totalmente del concurso, pues el mismo se tiene en cuenta para la valoración del patrimonio del deudor y puede ocurrir que tras su ejecución exista un sobrante, siendo claro el interés que todos los acreedores pueden tener en el resultado de dicho procedimiento de ejecución, por lo que se estima más razonable que todas las ejecuciones se encuentren bajo la dirección y control del Juez del Concurso»*. En efecto, la atribución competencial al Juez del Concurso proporciona, como dice SÁNCHEZ RUS: «un medio de tutela sumamente enérgico de los intereses de la masa». Conviene recordar a este respecto las palabras de Díez-PICAZO: «Nosotros entendemos no obstante, que, desde el punto de vista del concurso, son mayores las ventajas que los inconvenientes de suprimir o, por lo menos, de limitar el derecho de ejecución separada, pues la existencia de este tipo de créditos [privilegiados], con ese adicional derecho, impide la definitiva configuración de la masa activa, cuya consistencia final no se conoce hasta que las ejecuciones separadas no han concluido; y obliga a los acreedores del concurso y a los órganos de éste a operaciones de seguimiento muy difíciles, porque se refieren a procedimientos ajenos. Así la diligencia impone controlar esos procedimientos, conocer el momento en que se encuentren, decidir si se acude o no a las subastas, para que no se envilezca en ellas el valor de los bienes y, en este caso, llevar a cabo operaciones de inversión de fondos para poder acudir a las subastas» (13). Precisamente la atribución competencial al juez del concurso obvia parte de estas dificultades y proporciona una tutela eficiente a la masa de acreedores. Además permite que el Juez del Concurso formule un juicio de procedencia sobre la ejecución pretendida.

poseedor. Es decir, el artículo 56.4 contemplaría el supuesto de un bien propiedad de un tercero, hipotecado por dicho tercero, del que el concursado es simple poseedor (arrendatario, precarista...). En tal caso, la ejecución hipotecaria seguida por deuda que no es del concursado no podría paralizarse so pretexto de que dicho bien es poseído, aprovechado, por un deudor en situación concursal, por muy esencial que sea dicho bien para la actividad empresarial o profesional del citado concursado. El artículo 56.4 daría así una solución que vendría dada por aplicación de las normas generales en la materia. En caso de que el concursado fuese tercer poseedor en sentido técnico, si la hipoteca recayese sobre bienes afectos a la actividad empresarial, su ejecución también quedaría sujeta al artículo 56.1 y 2, pues el conflicto de intereses que se plantea entre el acreedor hipotecario y la masa es el mismo que en el caso de que el concursado sea propietario-deudor hipotecario. El conocimiento de la ejecución hipotecaria en caso de concursado tercer poseedor, en todo caso corresponderá al juez del concurso. Como expondremos más adelante, las mismas dificultades de control para los acreedores concursales que plantean las ejecuciones hipotecarias extraconcursoales en las que el concursado es propietario-deudor hipotecario, se plantearían en el supuesto de ser el concursado tercer poseedor, si se atribuyese la competencia para su conocimiento al Juez Civil. También en esta ejecución, en la que el concursado es tercer poseedor, puede quedar un remanente que deberá remitirse a la masa activa del concurso (art. 692.1 LEC). Hay pues, un interés de los acreedores concursales en controlar dicha ejecución para que no se envilezca el valor de los bienes y el remanente que quede para el concurso sea el mayor posible.

(13) Díez PICAZO, L., «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*. Editorial Civitas-Fundación Universidad-Empresa, 1.^a ed., Madrid, 1982, pág. 297.

El artículo 57 no es una norma especial respecto del artículo 8.3.º LC. Por el contrario, el artículo 8.1.º y 3.º LC determinarían la interpretación del artículo 57. Que esto es así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (III, párrafo 11), la cual, refiriéndose en general a los créditos con privilegio especial, afirma que: «la ejecución se tramitará ante el Juez del Concurso».

Es cierto que para las actuaciones ejecutivas que pueden continuar, según el artículo 55.1 LC no opera el cierre registral que para las restantes se produce con la práctica de la correspondiente anotación preventiva del concurso (art. 24.4 LC). Pero nótese, el cierre registral se produce para las restantes, entre ellas, *las derivadas de una ejecución hipotecaria sobre un bien no afecto verificada ante juez diverso del Juez del Concurso*. De acuerdo con dicho precepto, una vez practicada la anotación preventiva que publica la situación concursal, el Registrador debe rechazar la anotación de cualquier mandamiento de embargo posterior a la declaración de concurso, *dictado por otro órgano jurisdiccional* (así anotación de embargo derivada de una ejecución hipotecaria que se tramita a través del procedimiento de apremio o de ejecución ordinario), con la única excepción de lo establecido en el artículo 55.1 LC. El precepto no exceptúa las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos iniciadas antes o después de la declaración de concurso.

En cuanto a los antecedentes parlamentarios, si observamos la génesis del artículo 57 LC, debemos reconocer la conexión existente en el Proyecto de Ley entre el artículo 56 (equivalente al actual art. 57 LC) y el 55, que hacía referencia tanto a las acciones ejecutivas de garantías reales sobre bienes afectos (párrafos 1.º y 2.º), como a las sobre bienes no afectos (párrafo 5.º), razón por lo que el artículo 56 al decir que: «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», afirmaba, por lo menos, que las acciones ejecutivas hipotecarias sobre bienes no afectos, iniciadas durante la tramitación del concurso se someterían a la competencia del Juez del Concurso. La supresión del párrafo 5.º del artículo 55 no tuvo por finalidad alterar esta idea del legislador, sino que fue fruto de las enmiendas de Convergencia i Unió, que pretendía eliminar la suspensión de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos tras la realización de los bienes (14), por lo que hoy debe seguirse interpretando que, por lo menos, las acciones ejecutivas hipotecarias sobre bienes no afectos iniciadas tras la declaración de concurso, deben someterse a la jurisdicción del Juez del Concurso.

Otro argumento que se baraja en defensa de la competencia de los Jueces Civiles es que la LC, una vez establecida la regla general en el artículo 8.3.º que atribuye al Juez del Concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado, formularía una serie de excepciones a esa misma regla general, en el párrafo 2.º del artículo 55.1, del que se deduciría que la competencia para seguir conociendo de los procedimientos de ejecución exceptuados de la regla general del artículo 55.1, párrafo 1.º, sería del Tribunal de lo Social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, siendo otra excepción la que se contendría en los artículos 56 y 57. «La previsión del artículo 57.1 LC que

(14) Aunque la supresión del párrafo 5.º del artículo 55 en su totalidad generó un vacío normativo en cuanto al régimen de las hipotecas sobre bienes no afectos, como ha señalado la doctrina.

atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, *sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos* [art. 56 a contrario sensu], *pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del artículo 57.1 al inicio o reanudación de ejecuciones suspendidas*» (Voto particular del Magistrado SANCHEZ GARGALLO en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 28 de junio de 2007).

Pero por un lado, la existencia del derecho de ejecución separada *ex artículo 56 a contrario sensu* (como entiende mayoritariamente la doctrina) no exige con carácter de necesidad que tal ejecución separada sea «extraconcurusal», pudiendo ser, «intraconcurusal». Hay que notar, como indica el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.^a, de 21 de noviembre de 2008, que la Disposición Final 3.^a de la LC, en lógica coherencia con su regulación sobre las competencias exclusivas y excluyentes del Juez del Concurso, suprimió del artículo 98.1.2.º de la LEC, *la imposibilidad de acumular a un proceso concursal los procesos de ejecución en los que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados*. En efecto, la LC, a través de esa Disposición Final 3.^a modificó el artículo 98.1.2.º LEC que quedó redactado de la forma siguiente: «Se exceptúan de la acumulación a que se refiere este número los procesos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados, que en ningún caso se incorporarán al proceso sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución». *Se podría haber exceptuado de la acumulación las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial, sin embargo tal cosa no se hizo* (15).

En todo caso, de admitir que el artículo 55.1 LC establece dos excepciones a la competencia del Juez del concurso, habría que entender, como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (AC 2009/1170), que las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución laboral también iniciada y con una serie de requisitos (16), pero que ni la autoridad administrativa ni el

(15) En su redacción originaria señalaba el artículo 98 LEC 2000:

1. «La acumulación de procesos también se decretará:

1.º Cuando esté pendiente un proceso concursal al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda. En estos casos, se procederá conforme a lo previsto en la legislación concursal.

2.º Cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a dicho caudal.

Se exceptúan de la acumulación a que se refieren los dos números anteriores los procesos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados, que en ningún caso se incorporarán al proceso concursal ni al sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución».

(16) El artículo 55.1 LC señala:

«Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración

Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso, por lo que habría que estimar que también las ejecuciones de bienes con garantía real, si se han iniciado con anterioridad podrían seguir su trámite, salvo que se diese el supuesto del artículo 56, pero que al no haber excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso, no habría razón alguna para que las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos posteriores a la declaración de concurso, quedasen al margen de la competencia del Juez del concurso.

Más aún, como indica el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (*JUR* 2010/327974), *las excepciones legales referentes a los procedimientos de apremio administrativo y ejecuciones laborales ya iniciadas no suponen necesariamente que ello deba generalizarse de tal manera que también las ejecuciones de bienes con garantía real que se han iniciado con anterioridad deban seguir su trámite ante el Juez de Primera Instancia, salvo que se dé el supuesto del artículo 56».*

E incluso, es posible dudar de la existencia de verdaderas excepciones en el artículo 55.1 a la competencia del Juez del Concurso. Sin querer sentar una posición definitiva sobre el tema, queremos resaltar las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ:

«El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial, de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al Juez del Concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como *todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos...*

Mediante la correspondiente modificación de la LOPJ (nuevo art. 86 ter), esta atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los Juzgados de lo Mercantil».

Para concluir, puede añadirse a todos los argumentos esgrimidos a favor de la competencia del Juez del Concurso, con la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), auto de 28 de junio de 2007, que el que el artículo 57 LC no haya sido más explícito no puede ocultar que en el caso de ejecución hipotecaria sobre un bien no afecto seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en el concursado y en la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del Concurso. *Es en el concurso donde el crédito garantizado se está haciendo valer (art. 61.1 LC), pudiendo ser rehabilitado (art. 68).*

En cuanto que el crédito garantizado se está haciendo valer en el concurso, hay que señalar que tanto en el caso de ejecución individual como de ejecución colectiva (art. 155.1 LC), la Ley reconoce a los titulares de derechos de realización de valor un privilegio especial, así, en el caso de la hipoteca, sobre los bienes hipotecados. *La efectividad del privilegio requiere el cumplimiento de ciertos requisitos: la inscripción en el Registro de la Propiedad (para la hipoteca inmobiliaria, art. 90.2 LC).* «Además, los créditos asegurados con garantía real inscrita en un registro han de incluirse necesariamente en la lista

del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

de acreedores (art. 86.2)» (17). Si bien el crédito asegurado con garantía real inscrita en un registro público, se incluirá necesariamente (reconocimiento forzoso por la administración concursal) en la lista de acreedores, de acuerdo con el artículo 86.2 LC, sin perjuicio de la facultad de ésta para impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe la existencia y validez de los créditos asegurados con garantía real, ello no obsta para que el acreedor hipotecario tenga que insinuar su crédito en el concurso, sometándose en este sentido, al mismo trato que la generalidad de los acreedores (18). El hecho de que el crédito hipotecario se haga valer en el concurso, con todo lo que ello conlleva según hemos explicado (vid. también art. 157.2 LC) parece exigir congruentemente que la ejecución hipotecaria sobre el bien no afecto tenga lugar ante el Juez del Concurso.

(17) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (coords.), Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 1045.

(18) Artículo 21.1.5.º, 21.4, 49, 85.1 y 3 LC. Por otro lado, si un acreedor hipotecario cobra en la liquidación colectiva, para ello es preciso que haya sido incluido como acreedor concursal en la lista de acreedores. Como el acreedor hipotecario puede verse abocado a la liquidación colectiva de acuerdo con el artículo 57.3, le resultará necesario haber insinuado su crédito en el concurso.

Sin embargo, entiende que el acreedor hipotecario está dispensado del deber de comunicar su crédito, ya que éste es de reconocimiento necesario, si bien es recomendable que efectúe su insinuación. SASTRE PAPIOL [SASTRE PAPIOL, S., «Comentario al artículo 85 y 86 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.^a; SALA REIXACHS, A., y FERRER BARRIENDOS, A. (coords), Tomo II. Artículos 71 al 162. Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2004, págs. 1069 y 1070]. La misma posición sostiene SALINAS ADELANTADO (SALINAS ADELANTADO, C., «Las garantías reales en la Ley concursal...», *op. cit.*, pág. 3867 a 3870). Sin embargo, esta posición no parece acertada, pues aunque los créditos hipotecarios sean de reconocimiento necesario (art. 86.1 *in fine* y 86.2, según los cuales la administración concursal deberá incluir necesariamente en la lista de acreedores los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público que *resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso*) el acreedor no tiene la seguridad de que su crédito conste en el concurso (normalmente sí, a través del inventario), ni sobre todo, de que consta con todas sus características completas de cuantía, vencimiento, etc., por lo que resulta obvio que deberá comunicar su crédito (tiene la carga de hacerlo). En este sentido se pronuncia HERBOSA MARTÍNEZ, para quien ha de tenerse en cuenta que de la escritura de hipoteca inscrita no se desprende la cuantía líquida del crédito que es objeto de reclamación en el concurso; solo la comunicación del acreedor permitirá determinar la cantidad que se pretende hacer efectiva mediante la garantía en el concurso, puesto que del título inscrito sólo deriva la deuda inicial, pero no la deuda actual» (HERBOSA MARTÍNEZ, I., «Realización del crédito hipotecario en el concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, pág. 294). Finalmente, siempre resultará mucho más complicado impugnar la lista de acreedores si el crédito no está incluido o lo ha sido de forma incorrecta (art. 96.3 LC).

Y aunque el acreedor hipotecario moroso queda sujeto a la pena de subordinación, de dicha pena quedan exceptuados los créditos respecto de los cuales la administración concursal debió proceder a un reconocimiento de oficio: créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor o constaren de otro modo en el concurso. Se añaden también los créditos que *constaren en otro procedimiento judicial*. De modo que si se inició una ejecución hipotecaria antes de la declaración de concurso, y se comunica tardíamente el crédito hipotecario, éste no queda afectado por la subordinación, ya que consta en otro procedimiento judicial. De este modo se atiende al problema de que el acreedor hipotecario que inició su ejecución ante el juez civil pueda conocer tardíamente la iniciación del procedimiento concursal (art. 92.1.º LC).

En cuanto a que el crédito puede ser rehabilitado si concurren los presupuestos del artículo 68 LC (19), señala el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a) de 12 de mayo de 2009 (AC 2009/1170), que si ello es así es lógico que el procedimiento hipotecario esté bajo la competencia del Juez del Concurso, y *aunque en teoría ello [la rehabilitación] podría hacerse ante el Juez de Primera Instancia, resulta poco operativo si existen varios procedimientos pendientes en distintos Juzgados de Primera Instancia.*

Igualmente, es en el seno del concurso donde el acreedor hipotecario hace valer la condición de bien no afecto del bien cuya ejecución pretende, ante la administración concursal, la cual se pronunciará al respecto en la elaboración del inventario, en el cual se debe determinar la naturaleza y características de los bienes, entre las que cabe incluir su afección o no a la actividad empresarial (art. 82.2 LC). Si la administración concursal no estimase la alegación del acreedor hipotecario, entonces, en el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 96 LC), podrá impugnarse aquél, resolviendo el juez conforme al procedimiento del incidente concursal. La sentencia que lo resuelva declarará que en ese momento los bienes están o no afectados, debiendo hacerse constar en el Registro de la Propiedad, ya que modifica el derecho inscrito al delimitar las condiciones para su ejercicio (art. 2.2 LH) (20).

(19) Y ello supone un beneficio para el concurso. Hay que tener en cuenta que «la finalidad esencial perseguida por el legislador con la introducción en el concurso de esta nueva institución [la rehabilitación de créditos y contratos] no es otra que dotar a la administración concursal de un instrumento idóneo para la adecuada administración y conservación del patrimonio del concursado (objetivo atribuido a la administración concursal en el art. 43 LC), bien de cara a la continuidad de su empresa (art. 44 LC), caso de tratarse de un empresario y de ser ello razonablemente viable desde un plano económico, o bien con el fin de que dicho patrimonio se vea lo menos mermado y lo mejor conservado y gestionado posible a efectos de satisfacer debidamente los créditos de los acreedores en su posterior liquidación» (MARCO ARCÁL, L. A., «La rehabilitación de créditos y contratos en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004, págs. 2879 y 2880). Es decir que, siempre que beneficie al concurso, cabe una rehabilitación de crédito hipotecario sobre bien no afecto a la actividad empresarial. La actuación de la administración concursal, en todo caso, está sujeta a la supervisión del Juez del concurso (art. 35.6 LC) y a la responsabilidad frente al concursado y los acreedores por los daños y perjuicios que con ello puedan causar a la masa (art. 35.1 y 36.1 y 36.7 LC).

Artículo 68 LC: «La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor de éste cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa.

No procederá la rehabilitación cuando el acreedor se oponga y con anterioridad a la apertura del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante».

(20) ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», *op. cit.*, págs. 296 a 301. La mención sobre la afección o no afección de los bienes puede ser impugnada por el acreedor hipotecario o por el deudor concursado (art. 184.1 LC) o por las demás partes personadas o demás interesados (art. 96.1 en su redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica).

Finalmente, también es en el seno del concurso donde el cónyuge del concursado, persona física, puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 77.2 LC en relación con el artículo 78.4, sustrayendo la vivienda hipotecada que era ganancial a la acción del concurso (21). Argumento que también avala el que la ejecución de bienes no afectos (singularmente, la vivienda familiar) tenga lugar ante el Juez del Concurso.

III. CONCLUSIONES

I. De los argumentos expuestos podemos concluir que el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos por el Juez del Concurso es la interpretación más acorde con la naturaleza del concurso, puesto que aunque el acreedor privilegiado pueda ejecutar el bien en ejecución separada, ello no significa necesariamente que dicho bien quede al margen del mismo. La ejecución separada intraconcursal sería más conforme con el principio de universalidad del concurso (22) o de doble integración universal, que tiende a impedir que ningún acreedor actúe al margen del procedimiento (art. 49 LC) y que ningún bien se detraiga de la masa (art. 76 LC). Aunque considerásemos que el artículo 57 no regula la hipótesis de la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos, con base en todo lo expuesto, hay que entender que la lógica del sistema nos lleva a estimar la competencia del Juez del Concurso (23).

II. Nosotros entendemos, y en esto seguimos a LÓPEZ SÁNCHEZ, que todas las actuaciones ejecutivas hipotecarias judiciales o extrajudiciales iniciadas antes de la declaración de concurso, ya recaigan sobre bienes afectos o no afectos a la actividad empresarial se suspenden desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento (art. 568 LEC y 56.2 LC), pues la competencia para conocer de las mismas ya no corresponde al Juez Civil por los

(21) Sobre el artículo 78.4, puede verse CUENA CASAS, M., «La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar», en *El Derecho Privado en contextos de crisis*. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, de 2009 (epígrafe 2.4).

(22) GARRIDO, J. M., «Comentario al artículo 155 LC. Pago de créditos con privilegio especial», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (COORD.), Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 2447.

(23) Queremos destacar, no obstante, que hay autores que niegan la existencia del derecho de ejecución separada del acreedor hipotecario. Así, DÍAZ FRAILE y J. J. JURADO. Esta posición es interesante atendiendo al principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra defendido por SALGADO DE SOMOZA y que siguió la legislación española por lo menos desde las Ordenanzas de Bilbao de 1737 hasta la Ley Hipotecaria de 1869. En otro lugar, hemos defendido una interpretación del artículo 55 y 56 LC (en tanto se procediese a una reforma legislativa que permitiese la paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar), que negaría el derecho de ejecución separada para el acreedor hipotecario sobre la vivienda familiar, sin perjuicio del tratamiento concursal que correspondiese dar a su crédito (art. 55.2 LC), siempre que ello no perjudique el interés del concurso, el deudor hipotecario sea de buena fe y el acreedor hipotecario sea una entidad de crédito o financiera de cualquier clase. También para el caso de que el deudor hubiera asumido un endeudamiento irresponsable al contratar el préstamo hipotecario, siempre que la entidad de crédito o la financiera hubiera sido igualmente irresponsable por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor. Vid., JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, miércoles, 13 de octubre de 2010, núm. 7487 (epígrafe V).

argumentos que hemos expuesto (24). Las actuaciones se reanudarán ante el Juez del Concurso, de acuerdo con el artículo 56.2 en relación con el artículo 56.1, cuando la garantía recaiga sobre bienes no afectos o cuando concurra alguna de las circunstancias que determina el fin de la paralización de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos. Dicha reanudación se produce necesariamente a instancia de parte, haya o no traslado de oficio de las actuaciones, cuestión procesal que no prejuzgamos (art. 57.1). A instancia de parte, el Juez Concursal decidirá sobre la procedencia de la reanudación [para la calificación del bien como afecto o no afecto estará a lo dispuesto por la Administración concursal en el inventario, o a lo resuelto por el mismo al resolver las impugnaciones al mismo], y en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 57.1) (SÁNCHEZ RUS) (25).

III. Como ya expusimos en otro lugar (26), el criterio de la competencia objetiva del Juez del Concurso no causa particulares perjuicios al acreedor hipotecario, ya que lo normal será que conozca la situación de concurso, y por lo tanto, que se esté en condiciones de que pueda procederse a la suspensión de la ejecución hipotecaria ante el Juez Civil y su reanudación ante el Juez del Concurso. Igualmente, el acreedor hipotecario con el cambio de órgano judicial no sufre pérdida de trámites procesales ni de costas ya que la suspensión surte efectos, no desde la declaración de concurso (como ocurriría en las ejecuciones ordinarias, art. 55.2 LC) sino desde que conste en autos la declaración de concurso (art. 56.2 LC), por lo que las actuaciones ejecutivas posteriores a la declaración de concurso y anteriores a la constancia de éste en el procedimiento serían válidas y el acreedor hipotecario no perdería los trámites efectuados con el cambio de órgano judicial (27). Esta regla se aplica por

(24) LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Comentario a la Disposición Final 3.^a de la Ley Concursal», en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, págs. 2287 a 2289. SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 LC», *op. cit.*, págs. 1064 y 1065.

(25) No obstante, el juez de la ejecución podrá denegar la suspensión si cuando ha de decidirse sobre la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria el bien había sido ya adjudicado en el seno del proceso de ejecución, ya sea al acreedor, ya sea a un tercero como consecuencia de la subasta, puesto que se habría producido en tal caso la salida del bien del patrimonio del concursado para ingresar en el patrimonio de ese acreedor o tercero (ARRIBAS, A., «El problema del concepto de bienes afectos», en *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso español de Derecho de la insolvencia*. BELTRÁN, E., y PRENDES, P. (dirs.), Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2009, pág. 283). Este criterio es defendido por la Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8242). En el caso enjuiciado por la DGRN, la subasta del bien hipotecado fue celebrada el 26 de marzo de 2007, misma fecha del auto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas, mientras que la declaración de concurso en virtud de auto firme, tuvo lugar el 18 de abril de 2007, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad el 1 de junio de 2007. Procedía pues la inscripción en el Registro de la Propiedad, del testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, que no había permitido el Registrador competente, pese a que estuviese practicada la anotación preventiva que publicaba la situación concursal.

(26) JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Familia y Concurso de acreedores*. CUENA CASAS, M. (coord.), Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2010, págs. 289 a 291 (nota 70).

(27) HERBOSA MARTÍNEZ, I., «Realización del crédito hipotecario en el concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, pág. 314.

analogía al caso de ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos iniciadas antes de la declaración de concurso.

IV. Que este criterio de la competencia objetiva del Juez del Concurso no perjudica al acreedor hipotecario se desprende del documento «Propuestas de modificación a la Ley Concursal», elaborado en octubre de 2008 por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, que propone la modificación urgente del artículo 57.1 en el siguiente sentido:

«Artículo 57. Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales.

1. *El ejercicio de cualquier proceso de ejecución que afecte, en general, al patrimonio del concursado, se someterá a la jurisdicción del Juez del Concurso, quien decidirá, conforme a lo previsto en el artículo anterior, el inicio o reanudación de la misma, y acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.*».

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS, A.: «El problema del concepto de bienes afectos», en *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso español de Derecho de la insolvencia*, BELTRÁN, E. y PRENDES, P. (Directores). Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2009.
- BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales en el concurso*. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la LC*. Thomson-Civitas, 2.ª ed., Pamplona, 2008.
- CUENA CASAS, M.: «La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar», en *El Derecho Privado en contextos de crisis*. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1 de 2009.
- CURIEL LORENTE, F.: «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*, Editorial Civitas - Fundación Universidad - Empresa, 1.ª ed., Madrid, 1982.
- DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD, V.: «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.). Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GARRIDO, J. M.: «Comentario al artículo 155 LC. Pago de créditos con privilegio especial», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «Comentario al artículo 56 LC», en *Comentarios a la legislación concursal*. SÁNCHEZ CALERO, J. y GUIARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.). Vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I.: «Realización del crédito hipotecario en el concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Familia y concurso de acreedores*. CUENA CASAS, M. (coord.), Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2010.

- «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, miércoles, 13 de octubre de 2010, núm. 7487.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «Comentario a la Disposición Final 3.^a de la Ley Concursal», en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- MARCO ARCALÁ, L. A.: «La rehabilitación de créditos y contratos en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004.
- RIBELLES, J. M.: «Comentario al artículo 57 LC», en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (dir.). Editorial Iurgium, Madrid, 2004.
- SALINAS ADELANTADO, C.: «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4, 2005.
- SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A.: «Comentario al artículo 56 y 57 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1036 a 1083.
- SASTRE PAPIOL, S.: «Comentario al artículo 85 y 86 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.^a; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), Tomo II. Artículos 71 al 162. Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2004.
- ZÚBIRI DE SALINAS, M.: «Hipoteca y concurso», en *Las claves de la Ley Concursal*. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I., y BONET NAVARRO, A. (dir.), 2005.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- AJM de Asturias, núm. 1, de 13 de marzo de 2006 (*JUR* 2007/368555).
- AJM de Barcelona, núm. 2, de 24 de mayo de 2006 (*AC* 2006/1217).
- AJM de Barcelona, núm. 2, de 26 de septiembre de 2006 (*AC* 2007/383).
- AJM de Alicante, núm. 1, de 29 de septiembre de 2006 (*PROV* 2007/38872).
- AJM de Salamanca, núm. 4, de 25 de mayo de 2010 (*AC* 2010/1240).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 28 de junio de 2007 (*AC* 2007/1581).
- Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), de 21 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/60566).
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (*AC* 2009/1170).
- Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 19 de abril de 2010 (*JUR* 2010/233283).
- Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a), de 28 de junio de 2010 (*JUR* 2010/276414).
- Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (*JUR* 2010/327974).
- Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007/8242).
- Resolución de la DGRN de 6 de junio de 2009 (*JUR* 2009/337093).

RESUMEN

*EJECUCIÓN HIPOTECARIA
DE EJECUTADO CONCURSADO
COMPETENCIA JUDICIAL*

Es un problema muy discutido en la doctrina y en la jurisprudencia y aún pendiente de resolución definitiva, el de la competencia judicial para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias, cuando el ejecutado es declarado en concurso. Argumentos de orden lógico y sistemático, así como los precedentes legislativos y la propia naturaleza del proceso concursal, donde el crédito hipotecario se está haciendo valer, exigen, a nuestro juicio, que la ejecución separada sobre bienes no afectos a la actividad empresarial sea intraconcurzal, al igual que la ejecución separada sobre bienes afectos.

ABSTRACT

*MORTGAGE FORECLOSURE
AGAINST A BANKRUPT BORROWER
JUDICIAL COMPETENCE*

Who holds judicial competence to hear a mortgage foreclosure when the borrower has been declared bankrupt? This is a problem that is highly disputed in doctrine and in jurisprudence, and it has yet to be definitively settled. Logical, systematic arguments, legislative precedent and the very nature of the bankruptcy procedure itself (the setting where mortgage credits are brought to the fore) require, in the authors' judgement, that separate foreclosure on assets not related with the borrower's business activity be handled within the bankruptcy proceedings, the same as separate foreclosure on business-related assets.