

## 1.7. Concursal

# Ejecución hipotecaria y concurso de acreedores en el Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>1</sup>

## *Mortgage foreclosure and bankruptcy in the Revised Text of the Bankruptcy Law*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

*Profesora Titular de Derecho Civil*

*Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** Es propio de la ejecución colectiva que representa el concurso de acreedores la exclusión de ejecuciones singulares que desmembran el patrimonio del deudor. Esta exclusión obedece a la *vis atractiva* del concurso y al interés por el mantenimiento de la continuidad de la empresa, bien sea mediante la consecución de un convenio, bien mediante la transmisión íntegra de sus unidades productivas, lo que puede incrementar su valor de realización o permitir una asunción de deuda por el adquirente. En este contexto, prima dicho interés sobre el del acreedor con garantía real de realizar su crédito. Por este motivo su privilegio de ejecución separada se limita cuando se trata de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, mediante la suspensión de la ejecución de la garantía hasta que se alcance un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso sin haberse abierto la liquidación colectiva o alcanzado un convenio. El derecho de ejecución separada se pierde con la apertura de la liquidación si el acreedor no hubiera ejercitado su acción ejecutiva antes de la declaración de concurso o no la hubiera iniciado transcurrido el plazo del año a que hemos hecho referencia antes. Si bien podrá recuperar tal derecho en el caso de que transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien afecto. Durante la paralización o suspensión de la ejecución de garantías reales sobre bienes necesarios para la continuidad empresarial, la administración concursal puede optar por rescatar el bien satisfaciendo el crédito privilegiado como crédito contra la masa. Ya sea en la ejecución individual separada, ya en la colectiva, el acreedor tiene derecho a cobrar sobre el bien hipotecado la totalidad de la responsabilidad hipotecaria o importe de la deuda originaria.

**ABSTRACT:** *The exclusion of singular executions that dismember the debtor's assets is typical of the collective execution that bankruptcy represents. This exclusion*

*is due to the attractive force of the bankruptcy judicial process and the interest in maintaining the continuity of the company, either through the achievement of an agreement with the creditors or through the full transfer of its productive units, which may increase its realization value or allow an assumption of debt by the acquirer. In this context, said interest takes precedence over that of the creditor with real guarantee to carry out his credit. For this reason, its privilege of separate execution is limited when it comes to assets necessary for the continuity of the business or professional activity, by suspending the execution of the guarantee until an agreement with the creditors is reached or one year passes from the declaration of bankruptcy. without having opened the collective execution or reached an agreement. The right of separate execution is lost with the opening of the liquidation if the creditor had not exercised its executive action before the declaration of bankruptcy or had not initiated it after the period of one year to which we have referred before. Although the creditor may recover such right in the event that one year passes from the opening of the liquidation without the affected asset having been disposed of. During the cessation or suspension of the execution of real guarantees on assets necessary for business continuity, the bankruptcy administration may choose to rescue the asset by satisfying the privileged credit as a credit against the estate. Whether in separate individual execution or in collective execution, the creditor has the right to collect on the mortgaged property the entire mortgage liability or amount of the original debt.*

**PALABRAS CLAVE:** Hipoteca, ejecución separada, convenio de acreedores, liquidación concursal

**KEYWORDS:** Mortgage, separate execution, creditors agreement, bankruptcy liquidation

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROHIBICIÓN DE INICIO DE EJECUCIONES SINGULARES Y LA SUSPENSIÓN DE LAS QUE ESTÁN EN CURSO. SU FUNDAMENTACIÓN.—III. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS. 1. PROHIBICIÓN DE INICIO DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NECESARIOS UNA VEZ DECLARADO EL CONCURSO. EXCEPCIONES. 2. SUSPENSIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS INICIADAS SOBRE BIENES NECESARIOS, UNA VEZ PRODUCIDA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. 3. EFECTOS DE LA APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA SOBRE LAS GARANTÍAS REALES. 4. CONDICIÓN DE TERCER POSEEDOR DEL CONCURSADO. 5. PAGO DEL CRÉDITO CON GARANTÍA REAL CON CARGO A LA MASA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo versa sobre la prohibición de ejecuciones singulares que es efecto de la declaración de concurso, así como sobre el régimen especial previsto para las ejecuciones de garantías reales, donde es preciso distinguir entre aquellas que tienen por objeto, o que no tienen por objeto, bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional a los efectos del ejercicio del derecho de ejecución separada.

Las normas relativas a esta problemática se contienen en la Sección 2ª, Capítulo II, Título III, del Libro Primero del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, Texto Refundido de la Ley Concursal) que lleva por rúbrica “De los efectos sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos”.

Hay que tener presente que el ámbito de aplicación del Libro I del Texto Refundido de la Ley Concursal que trata del concurso de acreedores se extiende también a las personas físicas no empresarias.

Como señalan ENCISO ALONSO-MUÑUMER y SANJUÁN Y MUÑOZ, “debemos tener en cuenta que *las personas naturales no empresarios se registrarán por el Libro Primero y no les es aplicable el Libro Tercero [relativo al procedimiento especial para microempresas] que solo lo son a los empresarios y microempresas definidas en el mismo*. Tampoco les serán aplicables, cuando no son empresarios, lo previsto en el Libro Segundo [relativo al Derecho preconcursal]”<sup>2</sup>.

*Si se trata de empresarios debemos distinguir*, por un lado las microempresas a las que se aplica el Libro Tercero; por otro lado, las PYMES a las que se les aplica el Libro Primero para el concurso y lo previsto en el Libro Segundo para el Plan de reestructuración con las especialidades de los artículos 682 a 684 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En cuanto al resto de empresarios que no son microempresarios ni PYMES “se les aplica el Plan de Reestructuración del Libro Segundo y el Libro Primero para insolvencia”<sup>3</sup>.

No obstante, y aunque en este trabajo comentaremos normas del Libro Primero de del Texto Refundido de la Ley Concursal, aplicables a personas físicas dejaremos fuera del mismo las cuestiones relativas a la vivienda habitual del concursado persona física (que puede estar gravada o no con garantía hipotecaria).

Hay que tener presente que el concurso de persona física puede ser de persona casada en régimen de gananciales u otro de comunidad, y que además, puede el deudor persona física acceder al Beneficio de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho a través de dos modalidades, mediante plan de pagos y sin liquidación de masa activa (art. 495 TRLC), lo que puede permitir lograr que no se ejecute la vivienda familiar (art. 497.2.1º TRLC) o bien con liquidación de la masa activa (art. 486.2º TRLC). En todo caso, los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real se regulan en el artículo 492 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal y su conexión con las normas reguladas en los artículos 145 a 151, sobre paralización y suspensión de ejecuciones de garantías reales, como decimos, quedan fuera de este trabajo<sup>4</sup>.

También dejaremos fuera el estudio de lo previsto en el artículo 694.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal, sobre paralización de ejecuciones judiciales y extrajudiciales en el procedimiento especial para microempresas, a las que se aplica “las normas previstas en el Derecho preconcursal, con las especialidades previstas para el procedimiento especial”<sup>5</sup>.

Finalmente, indicar que la competencia judicial exclusiva para el conocimiento de los concursos de acreedores la Ley Concursal en su artículo 44 la atribuye a los *jueces de lo mercantil*, “suprimiéndose el párrafo segundo, que atribuía a los Juzgados de primera instancia la competencia para declarar y tramitar el concurso de acreedores de una persona natural que no sea empresario, y tercero en el que se definía qué debía considerarse empresario a estos efectos. La supresión

referida se debe a la reforma llevada a cabo por la LO 7/2022, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia de los Juzgados de lo mercantil que *vuelve a residenciar en los Juzgados de lo mercantil el conocimiento de los concursos de acreedores de aquellas personas naturales que no sean sujetos mercantiles, recuperando así una competencia original perdida (LOPJ art. 86 ter)*<sup>6</sup>.

## II. LA PROHIBICIÓN DE INICIO DE EJECUCIONES SINGULARES Y LA SUSPENSIÓN DE LAS QUE ESTÁN EN CURSO. SU FUNDAMENTACIÓN

De acuerdo con el artículo 142 del Texto Refundido de la Ley Concursal “desde la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni tampoco apremios administrativos, incluidos los tributarios, *contra bienes y derechos de la masa activa*”.

Esta prohibición de inicio de ejecuciones singulares una vez declarado el concurso obedece al carácter universal del procedimiento concursal que pretende abarcar la totalidad de los acreedores del deudor insolvente y la totalidad de los bienes embargables de su patrimonio con vistas a respetar el principio *par conditio creditorum* o paridad de trato entre los acreedores ordinarios sin distinción de fechas y la clasificación y graduación para el pago de los créditos establecida en la Ley Concursal (o sea los privilegios que la ley establece para el caso de insolvencia del deudor común) (art. 1921 CC)<sup>7</sup>.

El privilegio es una garantía del crédito de origen legal que en el ámbito del concurso de acreedores se rige por los artículos 269 a 284 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Mientras que en el ámbito civil, cuando el deudor no está en estado de insolvencia y no tiene el deber de solicitar la declaración de concurso (arts. 2 y 5 TRLC), la existencia de privilegios crediticios se rige por los artículos 1922 a 1929 del Código Civil, haciéndose efectivos en las ejecuciones singulares a través del mecanismo procesal de la tercería de mejor derecho.

Así, por ejemplo goza de un privilegio general y de una preferencia de cobro según el Código Civil en una ejecución singular, *un crédito que conste en sentencia firme de fecha anterior, en el proceso de ejecución sobre bienes muebles o inmuebles del deudor no sujetos a privilegio especial, de un crédito que derive de una sentencia posterior* (arts. 1924. 3º y 1928 CC).

Como decimos, esta preferencia crediticia podría hacerse valer en la ejecución iniciada por el acreedor cuyo título ejecutivo es una sentencia de fecha posterior mediante la tercería de mejor derecho. De acuerdo con el artículo 614 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante Ley de Enjuiciamiento Civil) quien afirme que le corresponde un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante podrá interponer demanda de tercería de mejor derecho, a la que habrá de acompañarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente.

Interpuesta la tercería de mejor derecho en el tiempo indicado en el artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>8</sup>, la ejecución forzosa continuará hasta realizar los bienes embargados, depositándose lo que se recaude en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para reintegrar al ejecutante de las costas de la ejecu-

ción y hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine al resolver la tercería (art. 616 LEC).

*La sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho resolverá sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución en que aquella sentencia recaiga* (art. 620. 1 LEC). Si la sentencia estima la tercería de mejor derecho, no se entregará al tercerista cantidad alguna procedente de la ejecución, mientras no se hayan satisfecho al ejecutante las tres quintas partes de las costas causadas en ésta hasta el momento en que recaiga aquella sentencia (art. 620.2 LEC).

Ahora bien, declarado el concurso de acreedores, la clasificación y graduación de los créditos se rige por la Ley Concursal (art. 1921 CC) y se hace efectiva a través de la lista de acreedores (arts. 285 y ss. TRLC) y en el marco del convenio concursal (arts. 396 398 TRLC) o de la ejecución colectiva (arts. 429 a 440 CC).

Como el proceso concursal pretende abarcar la totalidad de acreedores del deudor (art. 251.1. TRLC), así como la totalidad de sus bienes embargables (art. 192 TRLC) para realizar un ordenado reparto del patrimonio del deudor insolvente es por lo que desde la declaración de concurso se prohíbe el inicio de ejecuciones singulares.

Al mismo tiempo “se garantiza otro de los fines del concurso, cual es el de intentar mantener la continuidad de la actividad empresarial de la sociedad en concurso, en caso de ser ello posible”<sup>9</sup>.

Esta prohibición de ejecuciones singulares opera “tanto sobre los créditos concursales como sobre los créditos contra la masa, y cesa con la aprobación del convenio”, conforme al artículo 394.1 TRLC<sup>10</sup>.

“La imposibilidad de despachar la ejecución forzosa singular *ex novo* se basa en la necesidad de obtener el resarcimiento del acreedor reconocido en el título ejecutivo dentro del concurso y conforme con los principios que forman el procedimiento concursal. El derecho reconocido en una sentencia firme de condena dictada por otro juez en otro procedimiento no queda desamparado, pues la imposibilidad de ejecutar de forma autónoma no implica la desafección del patrimonio del deudor a la responsabilidad contraída en el título ejecutivo, si bien dicho patrimonio se aplica no a la exclusiva satisfacción del concreto acreedor ejecutante, sino del conjunto de los acreedores del concursado. El crédito reconocido en el título ejecutivo pasará, por tanto, a integrar la masa pasiva y será resarcido en los términos que finalmente se determine en el informe de la administración concursal”<sup>11</sup>.

Complementando lo dispuesto en el artículo 142 del Texto Refundido de la Ley Concursal, el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que “no se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se haya en situación de concurso...”.

A la prohibición de inicio de ejecuciones singulares el Texto Refundido de la Ley Concursal añade en su artículo 143.1 la suspensión de las actuaciones y procesos de ejecución en curso.

Señala este precepto que “las actuaciones y los procesos de ejecución contra los bienes o derechos de la masa activa que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tra-

tamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Serán nulas cuantas actuaciones se hubieran realizado desde ese momento”.

De acuerdo con el artículo 568.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “el letrado de la administración de justicia decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración de concurso”.

La sanción de nulidad de que habla el artículo 143.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal para las actuaciones realizadas desde la fecha de la declaración de concurso parece lógica y tiene por finalidad evitar que se transmitan de manera irrevindicable bienes a terceros de buena fe, con derecho de separación del bien de la masa activa, de manera que tales bienes quedasen excluidos de la masa activa del concurso mermando las posibilidades de cobro de otros acreedores (art. 239 TRLC)<sup>12</sup>. De este modo, la aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria impediría la alegación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria<sup>13</sup>.

A lo expuesto anteriormente establece una excepción el artículo 144 del Texto Refundido de la Ley Concursal según el cual cuando se incorpore a las actuaciones o al procedimiento correspondiente el *testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que un bien o derecho concreto que hubiese sido objeto de embargo no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*, podrán proseguirse las actuaciones y procedimientos de ejecución suspendidos de las siguientes clases:

1º. Las ejecuciones laborales en las que el embargo de ese bien o derecho fuese anterior a la fecha de la declaración de concurso.

2º. Los procedimientos administrativos de ejecución en los que la diligencia de embargo fuera anterior a la fecha de la declaración de concurso.

El dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma y el sobrante se integrará en la masa activa del concurso. *No obstante, si en tercera de mejor derecho ejercitada por la administración concursal se determinase la existencia de créditos concursales con preferencia de cobro, el importe de lo obtenido al que alcance esa preferencia se pondrá a disposición del concurso.*

### III. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.

#### 1 PROHIBICIÓN DE INICIO DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NECESARIOS UNA VEZ DECLARADO EL CONCURSO. EXCEPCIONES

El auto de declaración de concurso, a cuyo contenido se refiere el artículo 28 del Texto Refundido de la Ley Concursal produce sus efectos de inmediato (art. 32 TRLC), dando lugar a la apertura de la fase común (art. 30.1 TRLC).

Uno de los efectos que produce es que los titulares de derechos reales de garantía (hipotecas inmobiliarias, en particular) sobre bienes o derechos de la masa activa (arts. 106 a 108 LH), no podrán iniciar ejecuciones hipotecarias judiciales o extrajudiciales (art. 129.1 LH)<sup>14</sup> sobre esos bienes o derechos, ya sean acreedores concursales, o sea acreedores del concursado o bien acreedores de terceros diversos del concursado pero en garantía de cuyos créditos el concursado haya

ofrecido bienes incluidos en la masa activa. Esto es, el concursado ha sido hipotecante no deudor o hipotecante por deuda ajena. Todo ello siempre que estemos en presencia de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, pues si se tratase de bienes no necesarios, dichas ejecuciones sí podrían iniciarse.

En este sentido el artículo 146 del Texto Refundido de la Ley Concursal señala que si se pretendiese iniciar una ejecución hipotecaria sobre un bien no necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional (art. 111 TRLC), se deberá acompañar a la demanda el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que tales bienes no son necesarios para esa continuidad. Cumplido este requisito, podrá iniciarse la ejecución ante el órgano jurisdiccional o administrativo competente para tramitarla (diverso del juez del concurso *ex art. 52.1.2ª* en relación con el artículo 146 *in fine* TRLC)<sup>15</sup>.

La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso (art. 147 en relación con el artículo 52.1.3ª TRLC), cualquiera que sea la fase en la que se encuentre el concurso. Dicha declaración se producirá no de oficio sino a solicitud del titular del derecho real cuya ejecución se pretende, previa audiencia de la administración concursal.

En todo caso, los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes *o derechos de la masa activa (por lo tanto, sobre bienes necesarios), sean o no acreedores concursales (por lo tanto también los titulares de hipotecas en garantía de deudas ajenas al concurso)*, podrán iniciar el procedimiento de ejecución judicial o extrajudicial en los siguientes casos:

1. Desde la fecha de eficacia de un convenio *que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos*.

Evidentemente, un convenio impedirá el derecho de ejecución separada a los acreedores concursales titulares de garantías reales siempre que se prevea un aplazamiento de los créditos (tiempos de espera), así como supuestos en que expresamente se excluya el derecho de ejecución separada. Lo que puede producirse en los casos del artículo 397 del Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>16</sup>. Así:

— Cuando los acreedores privilegiados con garantía real hubieran sido autores de la propuesta de convenio, o se hubieran adherido a ella antes de su aceptación, salvo que hubieran revocado la adhesión.

— Cuando los acreedores privilegiados con garantía real se hubieran adherido en forma al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez *antes de la declaración judicial de su cumplimiento*. Si la adhesión se produce con posterioridad a la fecha de eficacia del convenio (art. 393 TRLC), el derecho de ejecución separada se habría ostentado temporalmente sobre los bienes necesarios, desde la fecha de eficacia del convenio hasta el momento en que se produce tal adhesión que conlleva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 del Texto Refundido de la Ley Concursal, esto es, que el crédito quedará extinguido en la parte a que alcance la quita, *aplazado en su exigibilidad por el tiempo de espera, y en general afectados por el convenio*.

— Cuando se produce el efecto de arrastre de los acreedores privilegiados regulado en el artículo 397.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Este precepto prevé que los acreedores privilegiados (también los acreedores con garantía real)



queden vinculados al convenio si, dentro de la misma clase a la que pertenezcan (arts. 269 y ss. y 287 TRLC) se hubieran obtenido las siguientes mayorías: 1º) el 65 % del importe de los créditos privilegiados de la misma clase, cuando el convenio consista en el *pago íntegro de los créditos en plazo no superior a tres años*, o en el pago inmediato de los créditos vencidos con quita inferior al 20 %; o cuando contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; *esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años*; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo. 2º) El 75 % del importe de los créditos privilegiados, de la misma clase, en los convenios que tuvieran otro contenido. En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de *las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase*.

— Cuando el convenio contenga previsiones para la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (p.e., créditos que gocen de garantía real hipotecaria). Como señala el artículo 323 del Texto Refundido de la Ley Concursal, “la propuesta de convenio podrá contener previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, que deberán atenerse a los modos de realización y reglas establecidas al efecto en esta ley” (arts. 209 a 225 TRLC)<sup>17</sup>. En estos casos el acreedor privilegiado sujeto al convenio deberá recibir el importe que resulte de la realización del bien o derecho *en cantidad que no exceda de la deuda originaria* en los términos que resulten de las previsiones del convenio. *Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa*. Si con dicha realización no se consiguiese la completa satisfacción del crédito en los términos que resulten de la propuesta de convenio, el resto será tratado con la clasificación que le corresponda (art. 433.2, 281.1.3º y 440 TRLC)<sup>18</sup>.

2. *Desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración del concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación (ni la aprobación de convenio).*

En estos casos, la demanda de ejecución sobre bienes necesarios se presentará por el titular del derecho real de garantía ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda, acordará la tramitación en pieza separada, dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 148.2 TRLC). En estos supuestos hay privilegio de ejecución separada pero intraconcursal.

Iniciadas o reanudadas las actuaciones ejecutivas, no podrán ser suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso (art. 148.3 TRLC).

## 2. SUSPENSIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS INICIADAS SOBRE BIENES NECESARIOS, UNA VEZ PRODUCIDA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

En el caso de ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, iniciadas antes de la declaración de concurso, el artículo 145.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal prevé la suspensión de los procedimientos, *aunque ya estuviesen publicados*



*los anuncios de subasta.* Se hace así primar el interés del concurso y la posibilidad de alcanzar un convenio que permita la continuidad de la actividad empresarial o un convenio con asunción de deuda (art. 324 TRLC), o una liquidación con transmisión íntegra de la empresa evitando la desmembración de esta (art. 422 TRLC), sobre el interés del acreedor hipotecario de ver prontamente realizado su crédito en ejecución separada<sup>19</sup>.

La declaración del carácter necesario del bien corresponde al juez del concurso a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal. La previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias (art. 147 TRLC).

Corresponde al deudor comunicar al concurso la existencia de los procedimientos de ejecución en curso (arts. 7.1.3º y 28.2 TRLC), y a la administración concursal comunicar la existencia del concurso de acreedores en dichos procedimientos (art. 80 TRLC). La ley piensa que, en tal caso, el acreedor hipotecario deberá dirigirse al juez del concurso solicitando se declare que el bien no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y así poder levantar la suspensión que en todo caso se ha producido del procedimiento, una vez consta en el mismo el auto de declaración de concurso (*arg. ex* art. 146 TRLC).

En efecto, todo procedimiento se suspenderá una vez conste en el mismo el auto de declaración de concurso (arts. 145.2 y 146 TRLC) y sólo si se incorporase al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que el bien que se está ejecutando no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, podrá alzarse la suspensión (*arg. ex* art. 146 TRLC).

Si el juez del concurso declarase que el bien es necesario, la suspensión del procedimiento se mantendrá hasta que se produzca alguno de los eventos enunciados en el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley Concursal y que hemos explicado antes. En resumen, desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el derecho de ejecución separada o desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación ni la consecución de un convenio, los titulares de derechos reales de garantía podrán continuar aquellos procedimientos cuya tramitación hubiera sido suspendida aunque se trate de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional (art. 148.1 TRLC).

La solicitud de reanudación de la ejecución suspendida se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 148.2 TRLC). Se ostenta derecho de ejecución separada pero intraconcursal.

Iniciadas o reanudadas las actuaciones ejecutivas, no podrán ser suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso (art. 148.3 TRLC).

3. EFECTOS DE LA APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA SOBRE LAS GARANTÍAS REALES.

La apertura de la fase de liquidación produce la pérdida del derecho de ejecución separada sobre bienes y derechos de la masa activa para aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración del concurso (ya se trate de garantías reales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o sobre bienes no necesarios).

Igualmente se produce la pérdida del derecho de ejecución separada para aquellos acreedores que no hubiesen iniciado la ejecución de la garantía transcurrido un año desde la declaración de concurso (es decir, transcurrido el plazo máximo de prohibición de iniciación o de suspensión que prevé la ley *ex art. 148 TRLC* para las garantías reales que recaen sobre bienes necesarios).

No obstante, el titular de la garantía real recuperará el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se hay enajenado el bien o derecho afecto.

Los titulares de garantías reales que pierden el derecho de ejecución separada podrán cobrar su crédito en la ejecución colectiva (liquidación) con arreglo a lo previsto en los artículos 430.3 y 433.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. De acuerdo con el artículo 430.3 del Texto Refundido “el importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado *en cantidad que no exceda de la deuda originaria*. El resto, si lo hubiere, corresponde a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda”, o sea como crédito ordinario o subordinado (art. 433.2, 281.1.3º, 435.1 y 440 TRLC)<sup>20</sup>.

Teniendo presente que si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales procederá el pago total o parcial, de los intereses cuyo devengo haya quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso, calculados al tipo convencional y, si no existiera al tipo legal (art. 440 en relación con el art. 281.3º y 152.2 TRLC)<sup>21</sup>.

De acuerdo con los artículos 209, 421, 423 y 423 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal, la realización durante la fase de liquidación de la masa activa de cualquier bien o derecho que según el último inventario presentado por la administración concursal tuviere un valor superior al cinco por ciento del valor total de los bienes y derechos inventariados, se realizará mediante subasta electrónica, salvo que el juez, al establecer las reglas especiales de liquidación hubiera establecido otra cosa (arts. 423.1, 415 y 209 TRLC)<sup>22</sup>.

La subasta electrónica de los bienes y derechos deberá realizarse mediante la inclusión de estos bienes, bien en el portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, bien en cualquier otro portal electrónico especializado (art. 423.2 TRLC).

Si en dicha subasta, realizada a iniciativa del administrador concursal o del titular del derecho real de garantía no hubiera ningún postor, el beneficiario de la garantía tendrá derecho a adjudicarse el bien en los términos y plazos establecidos por la legislación procesal civil (arts. 670 y 671 LEC y art. 423.bis.1 TRLC).

Si el beneficiario de la garantía (acreedor concursal o no) no ejercitarse dicho derecho, cuando el valor de los bienes subastados según el inventario de la masa activa (art. 201 TRLC), fuese inferior a la deuda garantizada, el juez, oídos el administrador concursal y el titular del derecho real de garantía, los adjudicará a éste por ese valor, o a la persona natural o jurídica que el interesado hubiera señalado. Si el valor del bien fuera superior, ordenará la celebración de nueva subasta sin postura mínima (art. 423 bis TRLC).

En el caso de procedimientos suspendidos y que no se hubiesen reanudado antes de la apertura de la fase de liquidación, el artículo 149.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal prevé que “las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación la suspensión quedará sin efecto”. Esto es, cabrá ejercitar el derecho de ejecución separada pero de forma intraconcursal, ante el juez del concurso.

#### 4. CONDICIÓN DE TERCER POSEEDOR DEL CONCURSADO

Es posible que el concursado haya adquirido un bien que es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional con la carga de la hipoteca establecida por el transferente. El concursado tercer poseedor soporta la responsabilidad hipotecaria, sin asumir la obligación contraída por el transferente hipotecante en los términos señalados en los artículos 114 y 115 de la Ley Hipotecaria.

En este caso, en que el acreedor no es acreedor concursal (es acreedor del transferente) y el concursado tampoco es el hipotecante no deudor, la Ley considera que la declaración de concurso no debe afectar a la ejecución de la garantía, de manera que no se producirá la prohibición de inicio o la suspensión de la ejecución aunque el bien sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial. Probablemente al pensar que el titular de la garantía no puede quedar afectado por las vicisitudes que atraviere un tercer adquirente del bien, el cual cae en concurso tras la adquisición. Lo contrario, mermaría su garantía real y la reipersecutoriedad del bien propio de la misma.

En este sentido señala CABANAS TREJO que “aunque el bien sea necesario para la actividad del dueño/concursado, el acreedor podrá ejecutar la garantía con total libertad y por el cauce ordinario que prefiera, dirigido contra el deudor [persona diversa del concursado], nunca ante el Juez del Concurso, pues no es el órgano competente para una actuación de este tipo. No es propiamente una ejecución separada, en cuanto contrapuesta a una hipotética realización concursal, sino la única forma posible de realización. La razón para admitir esta excepción es que, de lo contrario, podría dificultarse la ejecución mediante la transmisión del bien a una persona vinculada con el deudor, en situación de insolvencia próxima”<sup>23</sup>.

#### 5. PAGO DEL CRÉDITO CON GARANTÍA REAL CON CARGO A LA MASA

Durante la paralización de las ejecuciones de garantías reales y suspensión de las iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal

podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.

Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y *en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores* (art. 430.2 TRLC)<sup>24</sup>.

De acuerdo con el artículo 272 del Texto Refundido de la Ley Concursal el privilegio especial, a ciertos efectos, como es este que contemplamos, estará limitado al valor razonable del bien (valor de la garantía), con las deducciones establecidas en esta ley. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegio especial será clasificado según corresponda.

Para calcular el valor del privilegio legal de que goza el acreedor hipotecario hay que atender a lo previsto en el artículo 273 del Texto Refundido de la Ley Concursal según el cual “a los efectos de la determinación del límite del privilegio especial, se entenderá por valor razonable de los bienes y derechos de la masa activa: ... 1º En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España. Este informe no será necesario cuando dicho valor hubiera sido determinado por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España dentro de los seis meses anteriores a la declaración de concurso”. Una vez determinado el valor razonable del bien, para calcular el límite del privilegio especial (o valor de la garantía) la administración concursal deberá deducir el 10 % del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía y el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien (art. 275.1 TRLC).

*“En ningún caso el valor de la garantía puede ser inferior a cero ni superior al valor del crédito con privilegio especial, así como tampoco al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria que se hubiera pactado”*, señala literalmente el artículo 275.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Satisfecho el privilegio especial de este modo, o sea mediante la rehabilitación del crédito contemplada en el artículo 430.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, el remanente de deuda restante será clasificado según corresponda y satisfecho en convenio o en la liquidación colectiva.

En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el artículo 430.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal, esto es, mediante la realización de la garantía. El producto líquido obtenido se destinará al pago del acreedor privilegiado *en cuantía que no exceda de la deuda originaria, es decir, de la responsabilidad hipotecaria que puede ser superior al valor del privilegio especial que figure en la lista de acreedores* (art. 272 TRLC en relación con el art. 281.3º TRLC)<sup>25</sup>.

Como señala SIERRA NOGUERO, “en un supuesto de pago parcial del importe del crédito con cargo a la masa, el acreedor podrá ejercer, por ministerio de la ley, las prerrogativas que son reconocidas a su crédito: la ejecución del bien o derecho afecto si aún está a tiempo y, tanto si hay ejecución separada como colec-

tiva, con prioridad de cobro sobre lo obtenido con respecto a los demás acreedores concursales *hasta el importe de la deuda originaria*<sup>26</sup>.

Por lo tanto, “el ejercicio de la facultad de rescate crea una ficción legal por la que un crédito concursal se paga como si fuese un crédito contra la masa y con el límite del valor razonable del bien o derecho gravado. Sin embargo, no pierde definitivamente su naturaleza como crédito concursal [privilegiado], al ser una situación transitoria reversible en caso de impago”<sup>27 28</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Las garantías reales gozan de un privilegio ejecutivo consistente en la posibilidad de ejecución separada del concurso de acreedores. Este privilegio lo ostentan los acreedores con garantía real (ya sean acreedores del concursado o no), sobre bienes integrados en la masa activa que no sean necesarios para el ejercicio de la actividad profesional o empresarial así como sobre los bienes necesarios una vez transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese alcanzado un convenio o se hubiese producido la apertura de la liquidación concursal.

2. El derecho de ejecución separada puede perderse como efecto del convenio de acreedores, al que se haya adherido el acreedor hipotecario, siempre que se prevea un aplazamiento de los créditos (tiempos de espera) o previsiones para la enajenación de los bienes afectos a créditos con privilegio especial, así como en supuestos de arrastre del acreedor privilegiado por el convenio.

3. En caso de pérdida del derecho de ejecución separada por la apertura de la liquidación concursal, el acreedor hipotecario cobrará en dicha ejecución con cargo al bien afecto hasta el importe de la deuda originaria. Si con la realización del bien no pudiese satisfacerse íntegramente dicha deuda originaria, el remanente de crédito deberá ser tratado como ordinario o subordinado y se satisfará con arreglo a las normas de graduación y pago establecidas en la Ley Concursal.

4. La Administración Concursal puede optar por rescatar el bien hipotecado mediante comunicación dirigida al acreedor hipotecario durante la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria, optando por atender su pago con cargo a la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía (o sea, del valor razonable del bien que marca el límite del privilegio especial en la lista de acreedores, a ciertos efectos).

#### V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS 112/2019, de 20 de febrero
- STS 227/2019, de 11 de abril
- SAP de Madrid, sección 28ª, 220/2022, de 25 de marzo de 2022
- SAP de Madrid, sección 28ª, 407/2022, de 3 de junio de 2022

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBIOL PLANS, J. (Dir.). (2022). *Claves y aspectos prácticos de la reforma concursal y paraconcursal*. Bosch: Madrid.
- CABANAS TREJO, R. (2021). *La hipoteca en el concurso de acreedores. Una aproximación notarial desde la práctica judicial y registral reciente*. Barcelona: Aferre.
- CAMPUZANO, A. B y SANJUAN, E. (2022). *GPS Concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASTRO MATUTE, K. J. (2021). *Ejecuciones hipotecarias sobre bienes inmuebles y concurso de acreedores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- CUENA CASAS, M. (2023). Vivienda familiar y concurso de acreedores en *Actualidad Civil*, núm. 9, 1–30.
- CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M<sup>a</sup> (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M<sup>a</sup>. E. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2022). *Reforma Concursal. Ley 16/2022. Guía Rápida Francis Lefebvre*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, S. A.
- FACHAL NOGUER, N. (2021). *Garantías reales y concurso. Soluciones desde la práctica judicial*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2022). Procedimiento especial para microempresas. En: J. Pulgar (Dir.). *Manual de Derecho Concursal*. Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, pp. 168–205.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M<sup>a</sup>. (2020). Comentario al artículo 142 TRLC. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 768–772.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M<sup>a</sup>. (2020). Comentario al artículo 143 TRLC. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 772–778.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M<sup>a</sup>. (2020). Comentario al artículo 144 TRLC. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 778–782.
- JIMÉNEZ PARIS, T.A. (2017). Derecho de separación de la masa activa y adquisición a non domino. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2053–2074.
- JIMÉNEZ PARIS, T.A. (2022) (1). La venta extrajudicial de finca hipotecada. Cuestiones sustantivas. Especial referencia a la vivienda habitual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 792, 2415–2435.
- JIMÉNEZ PARIS, T.A. (2022) (2). La venta extrajudicial de finca hipotecada (II). Cuestiones procedimentales. Especial referencia a la vivienda habitual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm., 793, 2909–2928.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2023). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma concursal por Ley 16/2022, de 5 de septiembre. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 797, 1886–1907.
- MARTÍN LÓPEZ, A.I. (2022). La masa pasiva del concurso y los créditos contra la masa en: J. Pulgar Ezquerro (Dir.), *Manual de Derecho Concursal*, Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, pp. 329–397.
- PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). (2022). *Manual de Derecho Concursal*. Madrid: La

Ley, Wolters Kluwer.

PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). (2020). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. 2 Tomos. Madrid: La Ley Wolters Kluwer.

RUIZ-RICO ARIAS, M<sup>a</sup>. D. (2023). La propiedad de vivienda habitual y la ejecución hipotecaria tras la ley del derecho a la vivienda de 2023: insuficiente protección y necesidad de reforma legal en *Diario La Ley*, núm., 10373, 23 de octubre de 2023, 1–32. 333.

SIERRA NOGUERO, E. (2020) (1). Comentario al artículo 430 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 1875–1887.

SIERRA NOGUERO, E. (2020) (2). Comentario al artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 1090–1099.

VEIGA COPO, A. (Dir.). (2020). *El acreedor en el Derecho Concursal y Preconcurso a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi



## NOTAS

<sup>1</sup> Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación “La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar” con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la Catedrática de Derecho Civil, Profesora Dra. Matilde Cuenca Casas.

<sup>2</sup> ENCISO ALONSO-MUÑUMER y SANJUÁN Y MUÑOZ, 2022, 11.

<sup>3</sup> ENCISO ALONSO-MUÑUMER y SANJUÁN Y MUÑOZ, 2022, 11.

<sup>4</sup> Sobre el régimen jurídico de la vivienda habitual en el concurso de acreedores, *vid.*: CUENCA CASAS, 2023, 1–30. Sobre la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual tras la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, *vid.*, RUIZ-RICO ARIAS, 2023, 1–32. Para los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real, *vid.*: FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 148–151. Sobre la exoneración del pasivo insatisfecho, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2023.

<sup>5</sup> GALLEGU SÁNCHEZ, 2022, 186. Artículo 694.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal: “La apertura del procedimiento especial supondrá la paralización de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos del deudor, con independencia de si la ejecución se había iniciado o no en el momento de la solicitud y de la condición del crédito o del acreedor, siendo de aplicación lo previsto en el capítulo II del título II del libro segundo]] con las especialidades aquí previstas. La suspensión de las ejecuciones no afectará a los créditos con garantía real, sin perjuicio de que el deudor lo solicite de acuerdo con los supuestos que así lo permitan en este libro tercero. Tampoco se suspenderán las ejecuciones de los créditos que no se vean afectados por el plan de continuación. Así, en el supuesto de los créditos públicos, no se suspenderá la ejecución de los créditos que tengan la calificación de privilegiados de acuerdo con las reglas generales ni, en todo caso, de los porcentajes de las cuotas de la seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales ni a los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional”. *Vid.*, GALLEGU SÁNCHEZ, 2022, 186–187.

<sup>6</sup> ENCISO ALONSO-MUÑUMER y ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ, 2022, 19.

<sup>7</sup> Artículo 1921 del Código Civil: “Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen. *En caso de concurso, la clasificación y la graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal*”.

<sup>8</sup> Artículo 615 Ley de Enjuiciamiento Civil. *Tiempo de la tercera de mejor derecho*. “1. La tercera de mejor derecho procederá desde que se haya embargado el bien a que se refiere la preferencia, si ésta fuere especial o desde que se despachare ejecución si fuere general. 2. No se admitirá demanda de tercera de mejor derecho después de haberse entregado al ejecutante la suma obtenida mediante la ejecución forzosa o, en caso de adjudicación de los bienes embargados al ejecutante, después de que éste adquiera la titularidad de dichos bienes conforme a lo dispuesto en la legislación civil”.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, 2020 (1), 769.

<sup>10</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, 2020 (1), 770.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, 2020 (1), 771.

<sup>12</sup> Artículo 239 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Separación de bienes y derechos*. “1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos. 2. La denegación de la entrega del bien por la administración concursal podrá ser impugnada por el propietario por los trámites del incidente concursal. 3. La sentencia que se dicte en el incidente de separación será directamente apelable. La tramitación y la resolución de este recurso de apelación tendrán carácter preferente”. *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2017.

<sup>13</sup> *Cfr.*, GONZÁLEZ GARCÍA, 2020 (2), 775.

<sup>14</sup> Artículo 129.1 de la Ley Hipotecaria: “La acción hipotecaria podrá ejercitarse: a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV

del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada". *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2022, (1) y (2).

<sup>15</sup> Artículo 146 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios*. Los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla".

<sup>16</sup> Artículo 397 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Extensión del convenio a los créditos privilegiados*. "1. Los acreedores privilegiados quedarán vinculados al convenio aprobado por el juez si hubieran sido autores de la propuesta o si se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, así como si se adhieren en forma al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez antes de la declaración judicial de su cumplimiento. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio cuando, dentro de la misma clase a la que pertenezcan, se hubieran obtenido las siguientes mayorías: 1º. El sesenta por ciento del importe de los créditos privilegiados de la misma clase cuando el convenio consista en el pago íntegro de los créditos en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos vencidos con quita inferior al veinte por ciento, o cuando contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, espera, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo. 2º. El setenta y cinco por ciento del importe de los créditos privilegiados de la misma clase, en los convenios que tuvieran otro contenido. En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase".

<sup>17</sup> "Un cambio del Texto Refundido de la Ley Concursal respecto de la Ley Concursal es la ubicación sistemática de las normas especiales de realización de los bienes afectos. Antes en la liquidación y ahora entre las normas de la masa activa. El apartado II de la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley Concursal señala que el Título IV *De la masa activa* incluye << también las reglas generales de enajenación de los bienes y derechos que la componen, muchas de ellas ahora contenidas en el título sobre liquidación de la Ley Concursal >>. En cambio, el derogado artículo 155.4 Ley Concursal se ubicaba dentro de las normas dedicadas a la liquidación de la masa activa, pero señalaba que la subasta era la regla general para realizar los bienes afectos << en cualquier estado del concurso >>. Con la nueva ubicación del artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal y su aplicación también a la realización de estos bienes afectos << en cualquier estado del concurso >> es más claro que la subasta es el modo ordinario de realización dentro del concurso. En principio, la subasta es viable en cualquiera de sus tres fases: común (cuando sea posible), liquidación y convenio. ... En fase de convenio el artículo 323.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal dispone que << La propuesta de convenio podrá contener previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, que deberán atenerse a los modos de realización y reglas

*establecidos al efecto en esta ley >>.* Se refiere a las reglas especiales de los artículos 209 a 225 del Texto Refundido de la Ley Concursal”. (SIERRA NOGUERO, 2020 (2), 1091–1092). Así el convenio puede contener previsiones de dación en pago, en cuyo caso quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial o bien de dación para pago, en cuyo caso, si hubiera remanente tras la realización del bien, corresponderá a la masa activa y si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 211 TRLC).

<sup>18</sup> Artículo 433.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Pago de créditos ordinarios.* ... 2. Los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con la parte de los créditos con privilegio especial en que no hubieran sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos, salvo que tuvieran la condición de subordinados”. Artículo 281 Texto Refundido de la Ley Concursal. *Créditos subordinados.* “1. Son créditos subordinados: ... 3º. Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, *salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía.* Artículo 440 Texto Refundido de la Ley Concursal. *Pago de intereses.* Si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, procederá el pago, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso, calculados al tipo convencional y, si no existiera, al tipo legal”.

<sup>19</sup> Artículo 145 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Efectos sobre la ejecución de garantías reales.* “...2. Desde la declaración de concurso, las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedarán suspendidas, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta”.

<sup>20</sup> Como señala la SAP de Madrid, sección 28ª, de 25 de marzo de 2022, “no pueden prevalecer las normas comunes sobre imputación de pagos [artículos 1137, 1110 CC y 318 del C de C], en las que el recurrente pretende fundamentar la clasificación de los créditos por intereses como ordinarios, sobre la legislación especial al efecto constituida por lo establecido en la Ley Concursal vigente al tiempo de la resolución, que no se ha visto alterada por lo posteriormente establecido en el Texto Refundido de la Ley Concursal a la hora de clasificar los créditos concursales y que concreta como deben calificarse los créditos hipotecarios concursales en sus artículos 270.1º, 272, 275 y 281.1.3º. ... La interpretación literal de tales preceptos conducía inexorablemente a la conclusión de que los intereses tienen naturaleza de crédito subordinado, salvo en el caso de los intereses devengados en virtud de un préstamo hipotecario —créditos con garantía real— *pero únicamente hasta donde alcance la garantía.* Así los intereses son crédito subordinado por naturaleza salvo que estén dentro del ámbito de la garantía hipotecaria, que es lo que les atribuye la calificación de privilegio especial. Fuera de tal ámbito, son créditos subordinados y no ordinarios, ...”.

<sup>21</sup> Artículo 152 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Suspensión del devengo de intereses.* “1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales. 2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior los créditos salariales, que devengan intereses conforme al interés legal del dinero y los créditos con garantía real, que devengarán los intereses remuneratorios pactados hasta donde alcance el valor de la garantía”.

<sup>22</sup> Artículo 415 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Reglas especiales de liquidación.* “1. Al acordar la apertura de la liquidación de la masa activa o en resolución posterior, el juez, previa audiencia o informe del administrador concursal a evacuar en el plazo máximo de diez días naturales, podrá establecer las reglas especiales de liquidación que considere oportunas, así como, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal, modificar las que hubiera establecido. Las reglas especiales de liquidación establecidas por el juez podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en cualquier momento, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal”. Artículo 423 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Regla de la subasta.* “1. La realización durante la fase de liquidación de la masa activa de cualquier bien o derecho o conjunto de bienes o derechos que, según el último inventario presentado por la administración concursal tuviera un valor superior al cinco por ciento del valor total de los

bienes y derechos inventariados, se realizará mediante subasta electrónica, salvo que el juez, al establecer las reglas especiales de liquidación, hubiera decidido otra cosa. 2. La subasta electrónica de los bienes y derechos deberá realizarse mediante la inclusión de esos bienes o derechos o parte de ellos, bien en el portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, bien en cualquier otro portal electrónico especializado en la liquidación de activos”. Artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal. “*Modo de realización de los bienes afectos*. La realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará por el administrador concursal mediante subasta electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización.”

<sup>23</sup> CABANAS TREJO, 2021, 174.

<sup>24</sup> Artículo 430 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Pago de créditos con privilegio especial*. ... 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto se encuentren paralizadas las ejecuciones de garantías reales y el ejercicio de acciones de recuperación asimiladas o subsista la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente”.

<sup>25</sup> Artículo 430.3 Texto Refundido de la Ley Concursal: “... 3. *El importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria*. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda”.

<sup>26</sup> SIERRA NOGUERO, 2020, (1) 1887.

<sup>27</sup> SIERRA NOGUERO, 2020, (1) 1887.

<sup>28</sup> Explica MARTÍN LÓPEZ que “... es importante señalar que la limitación del privilegio especial al valor de la garantía opera esencialmente en relación con el convenio y, en particular, con el cálculo de las mayorías necesarias para su aprobación (o en un escenario pre-concursal, con los planes de reestructuración). En este sentido el Tribunal Supremo ha considerado que, en un escenario de liquidación concursal, hay que estar a lo previsto en la norma especial para el pago de los créditos con privilegio especial (actualmente el artículo 430 TRLC). Dicho precepto establece lo que tiene derecho a cobrar el acreedor con privilegio especial con respecto a lo obtenido con la realización del bien afecto a su privilegio, y es ajeno al límite del valor de la garantía, pues se refiere a la << deuda originaria >>. A su vez el Alto Tribunal señala que ‘la deuda originaria es la cubierta por la garantía, teniendo en cuenta que no incluye los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso, porque no se habrían devengado’ (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019). De esta forma, el concepto de << deuda originaria >> ha sido asociado por nuestros tribunales a la << deuda hipotecaria >>, es decir, al importe total del crédito garantizado hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria pactada, sin incluir los intereses moratorios devengados con posterioridad a la declaración de concurso...”. (MARTÍN LÓPEZ, 2022, 353). La SAP de Madrid, Sección 28ª, 407/2022, de 3 de junio de 2022, que aplica la doctrina de la STS 112/2019, de 20 de febrero, señala en este mismo sentido que la “preferencia de cobro en el concurso está directamente relacionada en el caso del crédito hipotecario con la responsabilidad hipotecaria, ... el derecho de preferencia en el cobro sobre los demás acreedores está limitado en un doble sentido: (i) al propio bien hipotecado; y (ii) respecto de la concreta deuda garantizada. Y tales límites operan tanto en una situación extraconcursal como concursal. La preferencia del acreedor hipotecario en el concurso se limita a lo estrictamente garantizado con la hipoteca. Ni más, pues es irrazonable que pueda interpretarse que en una situación concursal el alcance del privilegio pueda resultar extendido más allá de lo que

*lo está en una situación extraconcursal. Pero tampoco menos, dado que, solo una vez atendidos cada uno de los conceptos del crédito hipotecario hasta ese límite, puede hablarse de sobrante que acreciente la masa activa a favor del resto de acreedores.* Esta conexión está recogida en la STS 112/2019, de 20 de febrero. Según el art. 213 del Texto Refundido de la Ley Concursal (que recoge lo previsto en el art. 155.5ª LC), cualquiera que sea el modo de realización de los bienes afectos, el acreedor privilegiado tendrá derecho a recibir el importe resultante de la realización del bien o derecho *en cantidad que no exceda de la deuda originaria, cualquiera que fuera el valor atribuido en el inventario, conforme a lo establecido en esta ley, al bien o derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía.* Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa, y si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito (originario), la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda. *Por tanto, el importe obtenido con la realización de los bienes o derechos afectos se destina a pagar al acreedor con privilegio especial hasta donde alcance la 'deuda originaria', que no es coincidente con el alcance del privilegio especial reconocido en la lista de acreedores,* que tiene el límite del art. 272 del Texto Refundido, que trae causa del precedente art. 90.3 de la Ley Concursal. En la inicial redacción de la Ley Concursal el crédito privilegiado especial lo era sin limitación sobre el bien o derecho afecto. *A partir de las reformas de 2014 el sistema se hace más complejo, pero el cambio, es desde la óptica de la preferencia de pago, aparente. La complejidad estriba en que la situación jurídica del crédito hipotecario en el concurso impone diferenciar dos estadios diferentes: a efectos de convenio, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago [y a efectos de la rehabilitación del crédito del artículo 430.2 TRLC], y, a efectos de pago del crédito, de otro.* En el primero, el privilegio especial (art. 270.1 TRLC, entonces art. 90.1.1º LC), solo alcanzará las 9/10 del valor razonable de la garantía en los términos del artículo 272 a 275 (precedentes arts. 90.3 y 94.5 LC). Este reconocimiento y clasificación despliega todos sus efectos en la fase de convenio a la hora de determinar los quórum y mayorías, pero cede su protagonismo en el momento del pago. *Realizado en cualquier estado del concurso, el bien sujeto o afecto (por tanto, ya en ejecución singular, concursal o extraconcursal, ya en liquidación colectiva), desaparece el 'recorte' y el acreedor privilegiado lo que tiene es el derecho a hacer suyo el montante de lo obtenido con esa realización hasta el importe de la 'deuda originaria'.* Ello explica que la calificación como 'ordinario' del crédito en la lista de acreedores por efecto de la limitación de privilegio especial, no implique la purga o cancelación de la hipoteca (RDGRN de 8 de julio de 2015). Por ello desde la óptica sustantiva o de la preferencia de pago, el cambio que se introdujo en 2014 y se mantiene en el Texto Refundido de la Ley Concursal es aparente: el crédito hipotecario no pierde su extensión originaria, e igual que ocurría con la redacción inicial de la Ley 22/2003, cubrirá todos los conceptos, con el tope o límite que representa en el caso de la hipoteca, la responsabilidad hipotecaria. Esta interpretación expuesta se desprende de la STS 227/2019, de 11 de abril, al interpretar el precedente artículo 155. ... Es cierto que esa limitación del privilegio solo tiene efectos en el convenio, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago... el Administrador Concursal cuando lleva a cabo el reconocimiento y calificación en la lista de acreedores debe verificarlo en esos términos [de limitación del privilegio]... según se desprende sin género de dudas de la ubicación sistemática de los arts. 270 a 275 del Texto Refundido de la Ley Concursal en relación con el artículo 286–287 del TRLC (anterior art. 94 LC), que fija el contenido de la lista. Ello sin perjuicio, por supuesto, de lo procedente en caso de realización de los activos, según lo antes expuesto ... [En cuanto a la STS 227/2019 de 11 de abril] lo que hace es limitar los intereses postconcursoales solo a los remuneratorios (ahora positivizado en el artículo 152.2 TRLC) que viene a matizar a la precedente STS nº 112/2019, de 20 de febrero, que en lo que aquí interesa lo que estableció fue el requisito procesal del previo reconocimiento de los intereses en la lista de acreedores como crédito contingente, de forma que su ausencia impide al acreedor hipotecario su reclamación, una vez se realice el bien hipotecado.