

DIPOSITIVA 1

DIPOSITIVA 2

SALUDO

Buenas tardes a todos, soy Jesús Riesco Milla, abogado y socio director de una firma especializada en derecho concursal y bancario que, además, presta servicios de backoffice legal al principal *servicer* inmobiliario de España¹.

Lo primero, agradecer a todos vuestra participación en esta jornada y, especialmente, a Ignacio González y Enrique Isla, directores del Curso y a la Escuela de Práctica Jurídica de esta Universidad, que me hayan invitado por segunda vez a intervenir como ponente en el mismo.

Lo segundo, pediros disculpas por no estar con vosotros presencialmente, pero he tenido un percance de última hora, una rotura de ligamento cruzado que me ha impedido desplazarme.

Creo que la materia sobre la que voy a hablar es básica si se quiere tener una visión transversal del derecho inmobiliario, pero os advierto que es una materia

¹ Sociedades que prestan a entidades financieras y a fondos servicios de gestión, desarrollo y comercialización de sus activos inmobiliarios.

densa y que haré todo lo posible para hacer una exposición amena y accesible. En cualquier caso, podéis interrumpirme en cualquier momento e intervenir, bien para hacerme preguntas, compartir conocimiento o experiencia y hacer vuestras propias aportaciones, que, sin duda, enriquecerán mi exposición.

Cualquier operación de venta de carteras de créditos hipotecarios en situación de incumplimiento de más de 12 meses (NPL) o de activos adjudicados tras un proceso de ejecución hipotecaria (REOS), mercado desarrollado en España tras la crisis iniciada en 2008, que obligó a las entidades financieras a desprenderse de estos activos para limpiar sus balances y cumplir con los requisitos de capital establecidos por el BCE, exige a los asesores legales de estas operaciones realizar una *due diligence* para clasificar dichos activos en función de diferentes parámetros y, entre ellos, su inmunidad a un eventual concurso. En el caso de los NPLs esa inmunidad puede determinar el plazo y el valor de realización, y en el caso de los REOs, la validez de la operación en función de que se haya realizado en el período de los dos años anteriores a la declaración del concurso y suponga un perjuicio para los acreedores.

DIPOSITIVA 3

I. INTRODUCCIÓN

El concurso de acreedores es el procedimiento más complejo de nuestro derecho privado. Está considerado como el banco de pruebas del derecho patrimonial. La aridez del texto legal aprobado en el año 2003, la Ley 22/2003, de 9 de julio, y sus sucesivas reformas (28 reformas en 5 años) han dificultado a los operadores la

comprensión e interpretación de un derecho multidisciplinar e híbrido, que integra en una sola norma todas las cuestiones procesales, sustantivas e internacionales relacionadas con la insolvencia de un deudor, sea persona jurídica o persona natural.

A mediados de 2008, es decir, cuando apenas habían transcurrido cinco años desde la aprobación de la Ley Concursal, se produjo en nuestro país una profunda crisis económica, especialmente intensa en el sector inmobiliario, evidenciando los defectos e insuficiencias de la norma y el correlativo aumento de los procedimientos concursales, que colapsaron los juzgados de lo mercantil, apreciándose al poco tiempo síntomas de la “huida del concurso” de importantes empresas españolas hacia foros extranjeros con soluciones más eficientes que las que ofrecía nuestro derecho.

El Texto Refundido de la Ley Concursal vigente, aprobado en virtud del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que entró en vigor el día 1 de septiembre de 2020, aspira a mejorar la calidad técnica y sistemática de la Ley de 2003, regularizando, aclarando y armonizando su texto y adaptando su redacción a los criterios interpretativos elaborados por la jurisprudencia durante todos estos años. Los 250 artículos de la Ley de 2003 se amplían a 752 en el Texto Refundido. No se trata de modificar la Ley sino de aclararla para aportar mayor seguridad jurídica.

Como es conocido, este mes – coetáneamente con la finalización de la moratoria concursal acordada como consecuencia de la pandemia COVID 19- estaba

prevista la aprobación de la ley de reforma concursal para la transposición al Derecho español la Directiva 2019/1023, sobre marcos de restructuración preventiva, de 20 de junio de 2019. En estos momentos ya ha concluido el plazo de debate en la Comisión de Justicia del Congreso de las enmiendas al Proyecto de Ley de la reforma (cerca de 600 enmiendas), que ha sido publicado en el Boletín de las Cortes Generales el 14 de enero de 2022, y que está siendo objeto de numerosas críticas, por parte de jueces y profesionales, especialmente aquellos especializados en el ejercicio de la administración concursal al excluir su intervención en los concursos de microempresas, lo que, según la ASPAC (Asociación Profesional de Administradores Concursales), colapsará los tribunales. Se estima que en España hay unos 12.000 administradores concursales para 3.000 procedimientos abiertos. La preocupación de estos profesionales, que han invertido tiempo y dinero en su formación, que es multidisciplinar y muy cualificada, es lógica.

Yo tengo una experiencia de casi 20 años en el ejercicio de la administración concursal, habiendo constituido la primera sociedad profesional de administradores concursales inscrita en España, pero, he decidido hace varios años no aceptar más designaciones porque la experiencia me ha demostrado que, el cierre de los concursos se dilata en el tiempo y, en muchos casos, no es posible concluirlos como consecuencia del mal funcionamiento de nuestra Administración de Justicia y de los escasos medios de que dispone.

Además, los tribunales han cambiado las reglas del juego a mitad de partido, estableciendo con carácter retroactivo criterios muy restrictivos en la

interpretación de las normas que regulan la retribución de la administración concursal, inspirados en la voracidad de nuestras administraciones públicas, cuyos privilegios crediticios en el concurso se mantienen en el Proyecto de Reforma de la Ley Concursal pendiente de aprobar en las Cortes.

Si a eso añadimos que los plazos para reclamar eventuales responsabilidades de los administradores concursales no empiezan a correr hasta que presentan el informe final de rendición de cuentas, lo que en el año 2008, con el inicio de la crisis ligada a las hipotecas *subprime* parecía un nicho de negocio profesional muy atractivo, ha de dejado de serlo desde hace varios años.

En cualquier caso, y en la medida en que la reforma no afecta al régimen jurídico de los créditos con garantías reales, no me detendré en analizar sus principales novedades.

Por aclararlo, en mi exposición utilizaré indistintamente los términos Ley Concursal o Texto Refundido de la Ley Concursal, indicando el año de publicación cuando me esté refiriendo al texto derogado.

DIPOSITIVA 4

Como todos sabéis, el concurso de acreedores es un proceso de ejecución universal sobre el patrimonio del deudor, persona natural o jurídica, que no puede cumplir (insolvencia actual) o que prevé que no va a poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (insolvencia inminente, arts. 2 y 3 TRLC).

En el caso de una empresa, el concurso de acreedores responde a dos objetivos alternativos y excluyentes:

- a. Que el deudor, que tiene tensiones de liquidez y no dispone de financiación bancaria o de sus socios, pueda refinanciar su pasivo mediante un acuerdo de quita y/o espera con sus acreedores que le permita continuar con su actividad empresarial. Esta es la solución preferida por el legislador, pero las estadísticas nos demuestran que el 90% de los concursos acaban en liquidación.
- b. Si ese acuerdo con los acreedores no es posible o la empresa no es viable, que se proceda a la liquidación ordenada de su patrimonio por el mayor valor posible para pagar los créditos concursales y contra la masa de acuerdo con el principio de la *par conditio creditorum*, que exige el pago a prorrata de los créditos que tengan la misma calificación o privilegio de acuerdo con el sistema legal de prelación concursal.

DIPOSITIVA 5

La insolvencia del deudor común pone a prueba la eficacia de las garantías de los créditos concursales. Las entidades financieras solicitan garantías en sus operaciones de financiación o activo para asegurarse el pago del deudor o financiado en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Si se exigen garantías es también, y principalmente, en previsión de la insolvencia del deudor. La constitución de garantías facilita el crédito y lo abarata. Cuanto más inmune es la garantía al eventual concurso del deudor, menor riesgo y mejores condiciones en la financiación (plazo y tipo de interés remuneratorio, principalmente).

Conviene no perder de vista esta reflexión cuando se postulan soluciones concursales que afecten a los créditos garantizados que tienen privilegio especial. La insolvencia y concurso del deudor no deben impedir que la garantía cumpla su función, porque de ello depende en gran medida la confianza en el tráfico. Por ello, en una primera aproximación, la garantía debería ser resistente al concurso y, en general, al procedimiento concursal, afirmación que debemos matizar cuando los bienes o derechos gravados sean necesarios para que el deudor pueda continuar con su actividad profesional o empresarial por cuanto, en este caso, el interés de los titulares de derechos reales de garantía debe conjugarse con el interés del concurso o, si se prefiere, del resto de los acreedores, es decir, con la mayor satisfacción de sus créditos, bien sea por la vía de convenio, bien sea a través de la liquidación.

DIPOSITIVA 6

II. INTERESES EN CONFLICTO

El régimen de la ejecución de las garantías reales constituidas sobre los bienes del deudor declarado en concurso es uno de los principales problemas que debe afrontar cualquier legislación concursal por sus implicaciones económicas y por la trascendencia de los intereses en conflicto, que deben subordinarse al “interés del concurso”:

- a. De un lado, es necesario proteger a los titulares de créditos con garantías reales frente a una posible insolvencia de su deudor porque los privilegios que comportan dichas garantías han sido determinantes, como digo, de las condiciones de la financiación y la asunción del riesgo, y, además, su grado de inmunidad al concurso afecta de forma directa al mercado del crédito.

- b. De otro lado, está al interés del resto de los acreedores concursales en evitar la ejecución separada sobre determinados bienes de la masa activa del deudor cuando éstos sean necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que es la solución preferida del concurso cuando dicha actividad sea viable.

- c. Finalmente, está el interés de los titulares de créditos contra la masa en la deducción de la masa activa de los bienes y derechos del deudor cuyo valor de realización permita la satisfacción de sus créditos con preferencia a los acreedores concursales sin privilegio especial (art. 429 TRLC).

La Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de Uncitral (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) preconiza el necesario equilibrio de los intereses en conflicto, advirtiendo que la protección de las garantías reales no sólo responde a un interés particular, sino también general, por lo que recomienda al legislador que sea muy cauteloso a la hora de limitar su eficacia (ejecución, prelación en el cobro y no vinculación al convenio), lo cual, señala, *“podría menoscabar no solo la autonomía contractual de los comerciantes en sus negocios y la importancia del respeto de los compromisos contractuales, sino también la disponibilidad de crédito a un costo asequible; a medida que disminuya el amparo buscado en la garantía, se elevará el precio del crédito otorgado para contrarrestar el mayor riesgo financiero de la operación”*.

DIAPOSITIVA 7

III. LA SOLUCIÓN DE LA LEY CONCURSAL

1. REGLA GENERAL: PARALIZACIÓN Y SUSPENSIÓN DE EJECUCIONES SEPARADAS

Como regla general, la Ley Concursal establece que, declarado el concurso, no pueden iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse

apremios administrativos, incluidos los tributarios, contra bienes o derechos de la masa activa del deudor (art. 142 TRLC), suspendiéndose la tramitación de las que se hubieran iniciado con anterioridad a dicha declaración, de suerte que todas las actuaciones realizadas a partir de ese momento serán nulas (art. 143.1 TRLC). La paralización o suspensión afecta tanto a los créditos concursales como a los créditos contra la masa.

La razón justificativa de la norma se vincula a la *vis atractiva* del concurso y al respeto a la regla de la *par conditio creditorum*, que resultan incompatibles con la proliferación de ejecuciones singulares al margen del concurso.

Con esta finalidad, se atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de cualesquiera actuaciones ejecutivas que se sigan contra bienes y derechos de la masa activa, sin más excepciones que las previstas legalmente (art. 52.2 TRLC), que seguidamente analizaremos.

Una vez declarado el concurso, todos los acreedores, incluidos los titulares de créditos con garantías reales, y con la única excepción de los que lo sean contra la masa, quedan integrados en la masa pasiva (art. 251.1 TRLC), incorporándose a la masa activa todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado en ese momento, o que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento (art. 192.1 TRLC). En consecuencia, el acreedor con garantía real, al igual que el resto de los acreedores concursales, se encuentra sometido al principio general de reconocimiento y clasificación de su crédito.

DIPOSITIVA 8

2. EXCEPCIONES: EL PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA DE DETERMINADOS CRÉDITOS CONCURSALES

Después de ordenar la suspensión de todas las actuaciones ejecutivas en tramitación a la fecha de declaración de concurso, la iniciación o continuación del procedimiento de ejecución de la garantía real, una vez declarado el concurso del deudor principal, queda sujeta a distinto régimen, en atención al carácter necesario o no necesario del bien o derecho sobre el que recae la garantía.

La regulación legal se diversifica no sólo para los procedimientos de ejecución ya iniciados a la fecha de declaración de concurso, sino también para los que pretendan incoarse a partir de ese instante, ya que el artículo 145.1 del TRLC prohíbe a los titulares de derechos reales de garantía que recaigan sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del concursado que inicien aquellos procedimientos, en caso de que tengan por objeto tales bienes o derechos. Lo que no es admisible, en ningún caso, es que el procedimiento de ejecución siga adelante sin la obtención de la declaración del juez del concurso sobre el carácter no necesario del bien o derecho.

2.1. BIENES NECESARIOS. EJECUCIÓN SEPARADA LIMITADA TEMPORAL Y MATERIALMENTE

Si los bienes o derechos gravados son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, la Ley establece un régimen

unitario que somete el privilegio de ejecución separada a tres limitaciones alternativas, dos de carácter temporal y una de carácter material:

- a. Temporales: Una vez declarado el concurso no se puede iniciar la ejecución (art. 145.1 TRLC) y, si la ejecución ya se ha iniciado, se suspende, aunque ya estén publicados los edictos de subasta (art. 145.2 TRLC). En ambos casos esa limitación se mantiene:
 - Hasta la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre los bienes o derechos afectos (art. 148.1.1 TRLC).
 - O desde que haya transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación (art. 148.1.2 TRLC).

- b. Material: La paralización o la suspensión de la ejecución se mantiene hasta que los titulares de los derechos reales de garantía acompañen a la demanda o incorporen el procedimiento judicial de ejecución suspendido un testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 146 TRLC). Cumplido este trámite la ejecución se podrá iniciar o reanudarse ante el órgano jurisdiccional competente para tramitarla.

El objetivo principal de esta limitación es evitar la disgregación de la masa activa de los bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor cuando ésta sea viable como mejor solución del concurso o, en el caso de liquidación, conseguir la maximización del precio de realización de esos activos, partiendo de la presunción de que tienen mayor valor integrados en una unidad productiva que aisladamente considerados. Además, la paralización o suspensión de las ejecuciones singulares constituye presupuesto necesario para facilitar la aprobación de determinadas propuestas de convenio (arts. 323 -enajenación de bienes o derecho afectos a créditos con privilegio especial-y 324 TRLC -adquisición de la masa activa o de unidades productivas con asunción por el adquirente de la continuación de la actividad-) o, en su caso, asegurar una liquidación ordenada del patrimonio del deudor según los criterios legalmente previstos, que dan prevalencia a la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de la masa activa (arts. 417.2, 422.1, 430.2 y 212 TRLC).

La apertura de la fase de liquidación conlleva, por tanto, la pérdida de la facultad del acreedor garantizado de proceder a la ejecución separada de la garantía cuando ésta no se hubiera iniciado antes de la declaración del concurso o transcurrido un año desde la declaración del concurso (art. 149.1 y 2 TRLC). Sin embargo, la posición del acreedor con garantía real no se ve alterada por la aprobación de un convenio si éste no afecta a su derecho, salvo que la propuesta de convenio le vincule por haber sido aprobada por las mayorías de acreedores privilegiados de la misma clase establecidas en el art. 397.2 del TRLC. Cuando el convenio vincule a los acreedores privilegiados, habrá que estar a su contenido,

que no tiene que afectar necesariamente a su privilegio de ejecución separada (art. 398 TRLC).

La aprobación judicial del plan de liquidación sea o no firme, constituye un límite preclusivo para la continuación de las ejecuciones separadas, que quedarán sin efecto, cuando los bienes afectos no se hayan enajenado o no se hayan publicado los anuncios de subasta (art. 144.3 TRLC).

DIPOSITIVA 9

2.2. BIENES NO NECESARIOS. EJECUCIÓN SEPARADA.

La ponderación de todos los intereses en juego ha llevado al legislador español en aras del pretendido “interés del concurso”, a establecer dos excepciones a la regla general de prohibición de ejecuciones singulares sobre el patrimonio del deudor, condicionadas a que los bienes o derechos afectos no resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial:

- a. Las ejecuciones laborales y los procesos administrativos de ejecución en los que el embargo sea anterior a la fecha de declaración del concurso (art. 144.1.1 y 2 TRLC).

- b. La ejecución de créditos con garantías reales y las acciones de recuperación asimiladas (arts. 146 y 150 TRLC, a los que se remite el art. 568.2 LEC).

En consecuencia, cuando los bienes o derechos gravados no sean necesarios, el titular del derecho real de garantía goza del privilegio procesal de ejecutarla al margen del concurso, para satisfacer con el precio obtenido el crédito garantizado con preferencia sobre el resto de los acreedores, concursales y contra la masa (arts. 429 y 430.1 TRLC), pudiendo reanudar la ejecución o iniciarla ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla.

DIPOSITIVA 10

3. CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Los créditos contra la masa, enumerados en el art. 242 del TRLC, también pueden quedar asegurados con una garantía real. En diversas ocasiones la Ley contempla la transformación de un crédito concursal con garantía real en crédito contra la masa. Así sucede, por ejemplo, cuando la administración concursal opta por asumir el pago de créditos con privilegio especial con cargo a la masa y sin realización de bienes, procediendo a satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos, y asumiendo la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa (arts. 242.10 y 430.2 TRLC).

También tienen la consideración de créditos contra la masa los derivados de contratos de préstamo y demás de crédito a favor del concursado, que hayan vencido anticipadamente dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso y sean rehabilitados por la administración concursal. Al igual que en el supuesto anterior, la administración concursal habrá de satisfacer las cantidades

debidas en el momento de la rehabilitación y asumir los pagos futuros con cargo a la masa (arts. 166.1 y 242.10 TRLC). La rehabilitación del crédito deja subsistente la garantía real que, en su caso, se hubiera constituido a su favor.

Pues bien, si se han constituido garantías por créditos contra la masa tampoco podrán iniciarse ejecuciones separadas hasta la eficacia del convenio (arts. 248 TRLC).

Una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal de la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, si no se hubieran iniciado antes de la apertura de la fase de liquidación, ya no podrán ejecutarse separadamente. Los acreedores de créditos contra la masa, una vez abierta la liquidación, deberán instar el pago dentro de la misma.

Falta en la Ley un tratamiento general de los créditos contra la masa asegurados con una garantía real. Por regla general, las ejecuciones derivadas de los créditos contra la masa quedan sometidas a su propio régimen de paralización, muy similar al establecido para los créditos concursales (lo que supone que, en estos supuestos, resultará de aplicación el art. 244 y no el art. 145 TRLC). Esta regla tiene excepciones. Cuando la administración concursal ha optado por atender el pago de créditos con privilegio especial con cargo a la masa y sin realización de

bienes la Ley permite que, en caso de incumplimiento, se proceda a la realización de los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial, incluso cuando no hayan transcurrido los plazos que determinan la finalización de la paralización (art. 430.2 TRLC).

Dicho régimen debe extenderse a los créditos rehabilitados que hubieran sido especialmente asegurados mediante una garantía real, atendida la identidad en los presupuestos de aplicación de las respectivas disposiciones legales (vencimiento anticipado de un crédito por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados: arts. 166.1 y 430.2 TRLC), y el hecho de que la Ley no exige que el vencimiento sea posterior a la declaración de concurso.

Ni la Ley Concursal ni el Texto Refundido aclaran cuál es el órgano competente para tramitar las ejecuciones singulares de créditos contra la masa una vez que ha tenido lugar la aprobación judicial del convenio y éste ha adquirido su eficacia. Aunque se trata de una cuestión controvertida, creemos que, de acuerdo con los arts. 247 y 52.2 del TRLC, el juez del concurso conserva su competencia para resolver las discrepancias relativas a la determinación de la naturaleza concursal o contra la masa de un crédito y que el pago no se sujetará al régimen de prelación concursal, sino al de prioridad en el tiempo, es decir, el primero que ejecute tendrá preferencia en el cobro, siendo competente para tramitar las ejecuciones que se inicien o reanuden los órganos jurisdiccionales no especializados o administraciones que correspondan.

DIAPOSITIVA 11

4. GARANTÍAS REALES CON PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA NO LIMITADO

4.1. LAS GARANTÍAS FINANCIERAS

Existen varias disposiciones especiales que establecen la inmunidad absoluta al concurso de las garantías financieras, incluida su ejecución separada sin paralizaciones, ni suspensiones:

- a. Los acuerdos de garantías financieras (art. 15 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública).
- b. Las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones (Disposición Adicional 14.^a del RDI 5/2005).
- c. Las órdenes de transferencia y compensaciones a que se refieren los arts.11 y 13 de la Ley 41/199, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de

liquidación de valores y las garantías prestadas para el cumplimiento del sistema reguladas en su art. 14.

- d. Las garantías constituidas a favor de depositarios centrales de valores por entidades participantes en los sistemas gestionados por aquéllos (art. 102.1 del Real Decreto-legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores).

4.2. LA HIPOTECA NAVAL

Los titulares de créditos con privilegio sobre buques y aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio en el procedimiento correspondiente de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica (art. 241.1 TRLC). La ejecución deberá de iniciarse antes de que transcurra un año desde la fecha de declaración del concurso (art. 241.2 TRLC).

IV. GARANTÍAS REALES

1. CONCEPTO

En el Texto Refundido se introduce la novedosa expresión “*titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales*” en varios de los preceptos en los que se contienen las especialidades para los procedimientos de ejecución de las garantías reales (arts. 145, 146 y 148 TRLC) con la finalidad de aclarar su distinto tratamiento en aquellos casos en que el concursado ostente la condición de hipotecante no deudor o de tercer poseedor.

Como analizaremos, las reglas especiales para la ejecución de garantías reales se aplican al concurso del deudor hipotecante y al del hipotecante no deudor, porque el bien afecto está integrado en la masa activa del deudor, pero no se aplican cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor (art. 151 TRLC).

No existe un concepto de “garantía real” en el sistema jurídico español. La Ley Concursal se refiere en varios preceptos a este concepto, pero no lo define y tampoco delimita con precisión qué derechos o situaciones comprende. Por su parte, ni el Código Civil, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil utilizan este concepto.

En estos cuerpos legales únicamente hay referencias a la más amplia categoría del «derecho real», o de la «acción real».

La doctrina administrativa registral define la garantía real como el «*derecho de realización separada del bien afecto, cualquiera que sea el poseedor, así como un derecho al cobro de su crédito hasta el límite garantizado con cargo al precio obtenido en esa realización*» (RDGRN 28 de junio 2008). La nota característica de las garantías reales es que, vencida e incumplida la obligación garantizada, su titular puede promover la enajenación del bien u objeto de la garantía para cobrarse su crédito con el precio que se obtenga de la venta de dicho bien con preferencia a cualquier otro acreedor, aunque tenga garantías reales, si son de peor rango.

En general, las garantías reales constituyen causas de preferencia especial de origen convencional. Sin embargo, la Ley concursal también reconoce privilegio especial a garantías de origen legal, como, por ejemplo, la hipoteca legal tácita (art. 78 LGT).

El acreedor no solo goza de un privilegio material para el cobro de su crédito, también dispone de un privilegio de naturaleza procesal, consistente en el derecho de su ejecución separada.

DIAPOSITIVA 13

2. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL Y GARANTÍAS REALES

Aunque los acreedores con privilegio especial participan de algunas características propias de los acreedores con garantía real, no son necesariamente acreedores con garantía real. De hecho, la propia Ley Concursal no abona esta identificación, al distinguir entre la ejecución de garantías reales (145.1 TRLC) y el ejercicio de las acciones asimiladas, recuperatorias o resolutorias (art. 150 TRLC). Los titulares de los derechos de crédito en que se fundan estas acciones asimiladas no son acreedores con garantías reales.

En todo caso, a efectos concursales los créditos que gozan del privilegio de ejecución separada son los que se enumeran en el art. 270 del TRLC y las llamadas acciones de recuperación (art. 150 TRLC). Fuera de estos supuestos, no podrán considerarse como «garantías reales» y, en consecuencia, no gozan del privilegio de ejecución separada, cualesquiera otros supuestos de privilegio en el cobro que no tenga reconocido en la Ley concursal este derecho. Una cosa es el carácter privilegiado atribuido a estos créditos, determinante de una preferencia en el cobro, y otra el privilegio procesal de ejecución singular en el concurso. La atribución del privilegio de ejecución separada exige un reconocimiento legal expreso.

DIPOSITIVA 14

V. PRESUPUESTOS DEL PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA DE LAS GARANTÍAS REALES

Para el reconocimiento del privilegio especial de los créditos concursales, al que se anuda el de su ejecución separada, es necesario que cumplan los siguientes presupuestos:

- a. Que las garantías reales estén constituidas con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a tercero (art. 271.1 TRLC).
- b. Que los créditos estén incluidos en la lista de acreedores con la calificación de privilegiados especiales (art. 260.1 y 2 TRLC).
- c. Que la obligación garantizada haya vencido y sea exigible.

El carácter accesorio de los derechos de garantía supone que únicamente puedan hacerse efectivos en caso de incumplimiento del deudor (arts. 1872 CC, para la prenda, y 129 LH, para la hipoteca), una vez vencida la obligación principal (art. 1858 CC). Si la obligación no ha vencido o no se ha producido el incumplimiento, el acreedor no podrá promover la ejecución o realización de la garantía. Esta situación es consecuencia del régimen aplicable con carácter general a los derechos reales de garantía, y no de las disposiciones de la Ley Concursal. No

obstante, la administración concursal puede evitar el vencimiento anticipado del contrato garantizado si realiza con cargo a la masa los pagos periódicos a que estaba obligado el concursado (arts. 204, 158 y 164 TRLC) y, en cualquier caso, aunque exista causa de resolución del contrato, el juez, en atención al interés del concurso, puede acordar su cumplimiento, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (art. 164 TRLC).

La declaración de concurso no determina el vencimiento anticipado de las obligaciones del concursado. Este efecto únicamente se produce con la apertura de la liquidación (art. 414 TRLC). Sí tendrá lugar el vencimiento anticipado cuando, en caso de insolvencia del deudor –declarada o no–, la garantía resulte inadecuada o insuficiente (art. 1129-1.º y 3.º CC), o cuando así se hubiera establecido en virtud de un pacto válido. Las cláusulas que hacen depender del vencimiento del contrato de la sola causa de la declaración del concurso del acreedor se tendrán por no puestas (art. 156 TRLC).

El hecho de estar especialmente asegurado con una garantía real no impide que, en determinadas circunstancias, el crédito pierda su carácter privilegiado, y deba ser considerado como subordinado (arts. 281.1.1 TRLC, comunicación tardía; y 281.1.5 TRLC, créditos de los que sean titulares alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado). El acreedor cuyo crédito se clasifique como subordinado, aunque disfrute de una garantía real antes de la declaración del concurso, pierde todo privilegio o ventaja, entendiéndose que los bienes gravados quedan libres de la garantía.

DIPOSITIVA 15

VI. EXTENSIÓN Y EFECTOS DEL PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA A LA PREFERENCIA EN EL COBRO

Además del privilegio procesal de ejecución separada, los acreedores con garantías reales tienen la facultad de obtener el pago de su crédito con cargo a los bienes afectos (art. 430.1 TRLC) en la parte que no exceda del valor razonable del bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía (art. 272.1 TRLC), calculado de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 273, 274 (determinación del valor razonable) y 275 del TRLC (deducción del 10% del valor razonable y del importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien o derecho). El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado conforme corresponda. Por ejemplo, si el crédito que excede del valor razonable del bien afecto corresponde a capital y a intereses remuneratorios, se reconocerá como ordinario la parte que corresponda a capital y como subordinado por los intereses devengados antes del concurso o posteriores comunicados como contingentes. Los intereses de demora no quedan cubiertos por la garantía como consecuencia de la declaración de concurso. El límite del privilegio especial (reducción del 10% sobre el valor razonable) sólo opera en el caso de convenio, no en el de liquidación (art. 272 TRLC).

La preferencia es absoluta, incluso sobre los créditos laborales o a favor de las administraciones públicas, salvo los asegurados con hipoteca legal tácita (art. 78

LGT). Las deducciones que resulten necesarias para atender al pago de créditos contra la masa no afectan a los bienes o derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 429 TRLC). De la misma forma, la Ley sanciona la preferencia de los privilegios especiales sobre los generales (art. 432.1 TRLC).

No obstante, a los acreedores con garantías reales sobre bienes incluidos en establecimientos o unidades productivas del deudor se les puede imponer un pago parcial de sus créditos en el caso de venta conjunta, que será el que proporcionalmente corresponda al valor del bien o derecho gravado respecto al valor global de la empresa o unidad productiva a enajenar. Aunque esta posibilidad requiere el consentimiento del acreedor garantizado, será suficiente con el acuerdo del 75% de los acreedores garantizados afectados por la transmisión de la unidad productiva (art. 214 TRLC).

En caso de concurrencia de privilegios especiales sobre un mismo bien, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros (art. 431 TRLC). Es decir, el derecho de ejecución separada le corresponde a cualquiera de los acreedores con garantías reales sobre un mismo bien independientemente del rango de su garantía, que determina únicamente su preferencia en el cobro.

Los acreedores con garantías reales seguirán disfrutando del devengo de intereses remuneratorios hasta donde alcance el valor de la garantía (art. 152.2 TRLC). Sin embargo, la muy posible depreciación de los activos garantizados durante la

tramitación del concurso no está cubierta como deuda de la masa, ni puede ser imputada a la responsabilidad de la administración concursal.

DIAPOSITIVA 16

VII. BIENES NECESARIOS

1. DELIMITACIÓN

Una de las cuestiones más intensamente discutidas en sede judicial es la relativa a la delimitación en cada caso del concepto jurídico indeterminado “bienes necesarios”, de vital importancia para determinar si el titular del crédito garantizado goza del privilegio procesal de la ejecución singular sin la limitación temporal establecida en el art. 148 del TRLC.

El criterio de los juzgados y audiencias provinciales ha ido evolucionando desde un criterio estricto a un criterio funcional, actualmente mayoritario.

Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003 los tribunales adoptaron un criterio estricto (o contable), considerando como bienes afectos aquellos que de forma permanente o estable estaban vinculados a la actividad económica de la empresa, remitiéndose a criterios contables (sólo el inmovilizado inmaterial, con exclusión de existencias o mercaderías).

En una segunda fase, los tribunales se decantaron por un criterio amplio, que incluía como bienes afectos, las existencias y las mercaderías y, en ocasiones, el circulante.

Finalmente, se ha impuesto un criterio funcional, actualmente mayoritario, que considera bien afecto aquél que está destinado a la actividad profesional o empresarial del deudor del que se sirve efectivamente en el ejercicio de su actividad al margen de su catalogación contable.

El juez del concurso deberá de atender, con independencia de la efectiva afección del bien, a su relevancia o necesidad para la continuidad de la actividad del deudor, que, aunque la norma no lo diga expresamente, debe ser viable, pues, de no ser así, la limitación del privilegio no tendría justificación.

Por "bien necesario" habrá que entender aquel que resulte imprescindible para la continuidad del deudor, sin el cual se vería obligada a cesar en su actividad o ésta se vería comprometida de forma relevante. Habrá que estar, por tanto, al caso concreto, atendiendo, fundamentalmente, no tanto a la naturaleza de los bienes, sino a las circunstancias que rodean al concursado y, en concreto, si viene ejerciendo su actividad ordinaria y si la viabilidad de la empresa se presenta como probable.

2. COMPETENCIA

Al juez del concurso le corresponde la competencia exclusiva para declarar si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 147.1 TRLC).

En el caso de que el procedimiento de ejecución se hubiera iniciado antes de la declaración del concurso se produce un desdoblamiento competencial, correspondiendo al Juzgado de Primera Instancia la competencia para resolver sobre la suspensión de la ejecución y al Juez del concurso sobre el carácter necesario del bien o derecho objeto de ejecución.

3. PROCEDIMIENTO

La Ley Concursal de 2003 no establecía un procedimiento *ad hoc* para la calificación del carácter necesario de los bienes gravados por lo que en la práctica judicial se acudía al procedimiento de autorizaciones judiciales del derogado art 188.

El Texto Refundido exige para que se produzca este pronunciamiento del juez del concurso que el titular de la garantía formule una solicitud, que se resolverá previa audiencia de la administración concursal (art. 147.1 TRLC).

El TRLC deja fuera del ámbito de cobertura de la norma supuestos que no son infrecuentes, en los que es la propia concursada quien interesa del juez del concurso un pronunciamiento judicial acerca del carácter necesario del bien o derecho sobre el que recae el procedimiento de ejecución; estas solicitudes se formulan con el fin de suspender su tramitación ante el órgano jurisdiccional que está conociendo del procedimiento, si aquél no actúa de conformidad con el art. 145 TRLC, es decir, no procede a inadmitir la demanda o suspender el procedimiento de ejecución una vez que tiene constancia de la declaración de concurso.

Es cierto que estas actuaciones ejecutivas seguidas al margen del concurso, sin observar las prescripciones legales, estarán viciadas de nulidad de pleno derecho; pero esta nulidad debe ser declarada por el órgano judicial o administrativo ante el que se tramitan los procedimientos, lo que obliga a la administración concursal y al concursado a combatir las resoluciones que se dicten en su seno ante la autoridad que esté conociendo de las actuaciones.

A pesar de este silencio del refundidor, no debe existir ningún obstáculo para que el concursado o la administración concursal se dirijan al juez del concurso en los términos indicados. Téngase en cuenta que la administración concursal puede interesar en cualquier momento el auxilio del juez del concurso para la conservación de la masa activa (art. 204 TRLC).

También es importante destacar la previsión contenida en el artículo 147, apartado 1, in fine, TRLC, que admite el pronunciamiento sobre el carácter

necesario o no necesario de bienes o derechos de la masa activa en cualquiera de las fases del concurso. Con todo, la única utilidad de un pronunciamiento de estas características, una vez que se ha abierto la fase de liquidación, será para las ejecuciones iniciadas antes de la declaración del concurso que se encuentren suspendidas, que podrán reanudarse ante el órgano judicial o administrativo competente si los bienes o derechos afectos son calificados como no necesarios.

4. RECALIFICACIÓN

Merece una valoración positiva la inclusión de un apartado 3 en el artículo 147 TRLC, a cuyo tenor *“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”*. Por tanto, podrá reiterarse la solicitud que se hubiese dirigido al juez del concurso si, en un momento ulterior de la tramitación del procedimiento concursal, se alterasen los factores que condujeron al dictado de una resolución en la que se atribuía a un bien o derecho integrado en la masa activa ese concreto carácter. En particular, esta posibilidad será especialmente útil para los acreedores hipotecarios que pretendiesen iniciar o reanudar las actuaciones ejecutivas suspendidas, pues en el devenir del concurso pueden acaecer hechos o circunstancias que hagan decaer la importancia del bien para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor: por ejemplo, por el cese de actividad de la concursada; el caso de un inmueble que deje de ser la sede social de la empresa; maquinaria que por su obsolescencia o falta de rentabilidad deje

de ser utilizada para la actividad empresarial; bienes enajenados tras la declaración del concurso; o que el deudor cambie o cese en su actividad tras la declaración del bien como necesario.

DIPOSITIVA 17

VIII. LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES SOBRE BIENES O DERECHOS NECESARIOS

1. COMPETENCIA

El TRLC atribuye al juez del concurso la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones que se inicien o reanuden tras la declaración del concurso cuando las garantías reales se hayan constituido sobre bienes necesarios, lo cual es consecuencia lógica de la *vis attractiva* del procedimiento, que encuentra su fundamento en la necesidad de amparar en su seno a todas aquellas cuestiones que conciernan al destino de los bienes necesarios y sólo 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.

2. PROCEDIMIENTO

Si se presenta demanda ejecutiva una vez declarado el concurso del deudor, debe acompañarse de la resolución del juez del concurso declarando el bien necesario para el despacho de la ejecución. Si no se adjunta dicha resolución el

despacho de la ejecución debe ser denegado, aunque se trataría de un defecto subsanable.

En lo que hace referencia a las ejecuciones iniciadas antes de la declaración del concurso, el art. 145.2 del TRLC establece la suspensión de cualquier ejecución sobre garantías reales iniciada con anterioridad a la declaración del concurso, aunque ya estén publicados los anuncios de la subasta del bien o derecho. Se exceptúa, evidentemente, el supuesto en el que ya se haya aprobado el remate o la adjudicación (arts. 670, 674, 675, 691.4 y 694 LEC), en cuyo caso, el bien ya ha salido de la esfera patrimonial de la ejecutada.

Sólo se alzará la paralización de posibles ejecuciones separadas o la suspensión de las iniciadas cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 146 TRLC). Correlativamente, la conclusión del concurso, por cualquier causa, determinará el final de la paralización o suspensión.

Tanto el inicio como la eventual reanudación de las actuaciones se sustanciarán ante el juez del concurso con arreglo a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. El TRLC ha establecido además un trámite específico: el juez antes de dar curso a la ejecución en pieza separada decidirá sobre su procedencia (art. 148.2 TRLC). La realización de las garantías requiere, por tanto, un pronunciamiento expreso del juez del concurso sobre el carácter no necesario de los bienes. Si la ejecución no se hubiera iniciado antes de

la declaración del concurso, una vez abierta la fase de liquidación no podrá iniciarse en pieza separada (art. 149.1 TRLC). En este caso, las ejecuciones suspendidas se acumularán al concurso como pieza separada, quedando sin efecto la suspensión desde el momento de la acumulación (art. 149.2 TRLC).

El elemento que determina la suspensión de la ejecución es la constancia en el procedimiento ya iniciado de la declaración de concurso. La Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso (art. 568 LEC). No obstante, no se contempla ningún trámite o mecanismo específico de notificación de esa declaración. El art. 691.5 de la LEC establece que cuando al Letrado de la Administración de Justicia le conste la declaración de concurso del deudor, suspenderá la subasta, aunque ya se hubiera iniciado, reanudándose cuando se acredite, mediante resolución del juez del concurso, que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Sigue diciendo este precepto que, en todo caso, el Registrador de la Propiedad notificará a la Oficina judicial ante la que se siga el procedimiento ejecutivo la inscripción o anotación del concurso sobre la finca hipotecada, así como la constancia de su no afección o carácter no necesario.

A estos efectos, es adecuada cualquier vía a través de la cual el juez o fedatario público ante el que se sigan las actuaciones ejecutivas pueda tener conocimiento de haberse dictado el auto de declaración de concurso.

La suspensión deberá decretarse de oficio en el caso de que el juez o autoridad ante la que se esté tramitando la ejecución tenga conocimiento de esta situación a través de las medidas generales de publicidad contempladas en la Ley Concursal, o de las específicas que pueda acordar el juez del concurso.

La constancia de la situación concursal resultará normalmente de la comparecencia que lleven a cabo los administradores concursales en el procedimiento ejecutivo, o ante la autoridad que esté conociendo de la realización extrajudicial de la garantía. En caso de intervención, también cabe que el propio deudor realice la comunicación. La actuación en defensa de los intereses de la masa presupone que la administración concursal tenga conocimiento de la existencia de ejecuciones en curso. En el concurso voluntario esta circunstancia resultará de la documentación presentada por el deudor. La Ley sólo se refiere expresamente a la identificación del procedimiento en la solicitud del deudor, y a la indicación del estado de las actuaciones en caso de reclamación judicial (art. 7.3 TRLC), pero habrá que extender esta exigencia a cualquier actuación encaminada a la realización extrajudicial de una garantía real (esta solución puede fundamentarse en el art. 7.2 TRLC; este precepto exige que se relacionen los gravámenes, trabas y cargas» que afecten a los bienes del deudor, «con expresión de su naturaleza y datos de identificación, lo que razonablemente incluye cualquier procedimiento de ejecución extrajudicial).

En cualquier caso, el genérico deber de colaboración e información del deudor comprende la obligación de poner en conocimiento de la administración concursal las ejecuciones singulares en curso contra su patrimonio.

También es práctica habitual de los administradores concursales solicitar al juez del concurso que libre los exhortos u oficios necesarios para la paralización de todas las ejecuciones de las que tengan conocimiento en los momentos inmediatos a la aceptación del cargo.

En el supuesto de ejecución sobre bienes inmuebles, la constancia de la declaración de concurso en el procedimiento también puede resultar de la comunicación que el registrador debe dirigir al juez que conoce de la misma. El registrador está obligado con carácter general a notificar al juez la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución (arts. 135 LH y 143 RH). Cuando del Registro resulte la existencia de un procedimiento de ejecución en curso (art. 688.2 LEC), el registrador deberá poner en conocimiento del juez la circunstancia de haberse extendido la anotación preventiva que publica la situación concursal (art. 37.1 TRLC).

En consecuencia, una vez declarado el concurso, aunque el auto no sea firme, las ejecuciones se paralizan o suspenden y quedan sometidas al régimen propiamente concursal. En el caso de la suspensión, las actuaciones se conservan por el juzgado de primera instancia ejecutante, y sólo podrán reanudarse en los siguientes supuestos:

- a. Ante el juzgado de primera instancia si el juez del concurso califica el bien gravado como no necesario, bien inicialmente, bien como consecuencia de su recalificación como no necesario posterior, alzándose la suspensión en cuanto se incorpore al procedimiento de ejecución el testimonio de esa resolución del juez del concurso (art. 146 TRLC).

- b. Bajo la competencia del juez del concurso en los supuestos previstos en el art. 148 del TRLC, es decir, cuando se trate de bienes necesarios cuya ejecución separada estuviera suspendida, una vez se apruebe el convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la liquidación. En este caso, al igual que sucede con las ejecuciones no iniciadas, la ejecución se tramitará en pieza separada por el procedimiento de ejecución que corresponda (art. 148.2 TRLC).

Una vez abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. El límite preclusivo establecido en el art. 149.1 del TRLC opera en todo caso, es decir, independientemente de que las garantías se constituyan sobre bienes necesarios o sobre bienes no necesarios, pues su finalidad es evitar que dichos bienes puedan ser ejecutados de forma separada una vez que han sido incluidos en el plan de liquidación.

La paralización es consecuencia de la declaración de concurso y no requiere comunicación a los acreedores, ni el cumplimiento de los requisitos de publicidad.

3. OPONIBILIDAD A TERCEROS

La oponibilidad a terceros precisará en algunos casos de la práctica de una anotación en el correspondiente Registro (art. 37.2 TRLC). Así sucede en relación con las garantías inmobiliarias, que recaen sobre bienes sometidos a un régimen de publicidad registral completo (arts. 605 CC y 1 y 2 LH).

La anotación de concurso impide que pueda iniciarse un procedimiento de ejecución singular sobre estos bienes, pues esta circunstancia se pondrá de manifiesto necesariamente en la certificación que ha de expedir el Registrador (arts. 656 y 688 LEC). De la misma forma, una vez extendida la anotación, el Registrador denegará la inscripción de los títulos de los que resulte la ejecución o realización una garantía real en procedimiento seguido ante un tribunal o autoridad distinto del juez del concurso (arts. 100 LH y 100 RH en relación con los arts. 86 ter, 3.º LOPJ y 52.2.ª 8-3.º y 148.2 TRLC).

Si en el Registro no consta la existencia de la situación concursal, nada impide que la ejecución singular ya iniciada al tiempo de la declaración de concurso pueda llegar al remate y adjudicación del bien, o que se practique la reinscripción de los bienes a favor del vendedor en caso de resolución de la venta de inmuebles por

falta de pago del precio. Las actuaciones realizadas en contravención de la prohibición legal son nulas de pleno derecho (arts. 6.1 CC y 225-1.º LEC), pero la inscripción del título del que resulte la enajenación, el remate o la adjudicación del bien (art. 674 LEC) o la recuperación de la propiedad por el vendedor, en el caso de resolverse una compraventa de inmuebles por falta de pago del precio (art. 175-6.º RH), puede conducir a la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral (arts. 32 y 34 LH), cuya adquisición será inatacable (arts. 72.2 y 73.2).

4. EFECTOS

La suspensión afecta a cualquier procedimiento de ejecución o realización de la garantía, ya sea judicial o extrajudicial, y tanto si ésta fue constituida sobre bienes necesarios como sobre bienes que no lo son. Se trata, por tanto, de una previsión de alcance general, a diferencia de la regla de la paralización temporal del ejercicio de las acciones reales, que sólo afecta a los bienes necesarios (art. 145.1 TRLC).

La limitación afecta exclusivamente al ejercicio del derecho. No altera, en cambio, su configuración, contenido o rango, salvo en el caso de vinculación al contenido del convenio del crédito garantizado (art. 397 TRLC). Una vez concluido el periodo de paralización el acreedor podrá ejercitar su acción ejecutiva sobre los bienes, en los términos originariamente previstos y cualquiera que sea su poseedor (art. 104 LH y art. 16 LHM). Es decir, incluso cuando se hubieren enajenado durante el concurso (art. 205 TRLC), o transmitido a un tercero de

conformidad con el convenio (art. 328 TRLC), o como resultado de la fusión o escisión de la entidad concursada (art. 317.3 TRLC). La paralización se refiere estrictamente al ejercicio de las acciones reales derivadas de la garantía. No afecta a las acciones personales que pudieran corresponder al acreedor, como la acción de resolución por incumplimiento en los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 1124 CC y 162 TRLC).

El art. 206 del TRLC establece excepciones a la prohibición general de enajenación de bienes de la masa activa antes de la aprobación judicial del convenio o del plan de liquidación si se trata de actos inherentes a la continuación de la actividad empresarial o profesional. Conforme al art. 212 del TRLC el juez puede autorizar la enajenación de bienes afectos a privilegio especial con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente (en este caso, el crédito queda excluido de la masa pasiva). Si no se autorizase en esos términos, el precio de realización se aplicaría en primer lugar al pago del crédito privilegiado.

La Ley impide al acreedor promover la ejecución o realización forzosa, esto es, ejercitar el *ius vendendi* (en los derechos de realización del valor) o la facultad de recuperación de la propiedad o la posesión de los bienes (en las demás modalidades de garantía real). Las restantes facultades que integran el contenido de los derechos reales de garantía no resultan afectadas por la declaración de concurso. El acreedor no ve limitado su poder de disposición. Puede transmitir su derecho de crédito (de conformidad con la regla general del art. 1112 CC), y las garantías reales, como derechos accesorios, se transfieren junto con el crédito

cedido (arts. 1528 CC). También puede acordar la modificación del rango hipotecario (el convenio entre el concursado y los acreedores no puede alterar el rango de los derechos reales constituidos sobre los bienes de aquél).

Las reglas de paralización no afectan al ejercicio de otras facultades no ejecutivas que puedan corresponder al acreedor garantizado (derechos contemplados en el art.117 LH; compensación [art. 153.1 TRLC]; ejecución de un aval contra tercero; precepción de los frutos en la anticresis; la retención de la fianza arrendaticia o una prenda irregular que estén en posesión del acreedor; la declaración de vencimiento anticipado del crédito o el cobro de créditos cedidos en el factoring, por ejemplo).

La declaración de concurso tampoco impide al acreedor garantizado ejercitar las facultades de defensa y conservación que la Ley le reconoce en cuanto titular de un derecho real.

Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones, cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción de atender el pago de los créditos con privilegio especial, con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos (art. 430.2 TRLC). Esta facultad está sometida, por tanto, a un límite temporal. Tratándose de bienes necesarios, mientras no se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al contenido de la garantía real o no transcurra un año desde la declaración de concurso sin haberse procedido a la apertura de la

liquidación. Tratándose de bienes no necesarios, que no están sujetos a la paralización de acciones, sino únicamente a la suspensión de las actuaciones ya iniciadas al tiempo de la declaración de concurso, en tanto el acreedor no promueva el inicio o la reanudación de la realización de la garantía ante el juez del concurso. La administración concursal deberá comunicar a los titulares que opta por proceder al pago, y, una vez cumplido este trámite, habrá de satisfacer, de inmediato, la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos (tanto los remuneratorios como los moratorios), y asumir la obligación de atender a los sucesivos como créditos contra la masa (art. 430.2 TRLC). El ejercicio de esta facultad implica una significativa alteración del crédito y, correlativamente, del derecho real que pasa a garantizar una deuda de la masa. Tratándose de una garantía hipotecaria, es posible hacer constar en el Registro la modificación del crédito y el pago parcial (arts. 144 LH y 240 RH). Pero el ejercicio de la opción no extingue el derecho real de garantía ni, en tanto la deuda no haya sido íntegramente satisfecha, puede determinar su cancelación registral. En caso de incumplimiento posterior se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial (art. 430.2 TRLC).

5. PROCEDIMIENTO DE REALIZACIÓN O EJECUCIÓN

La realización de los bienes garantizados en cualquier estado del concurso se realizará por subasta, salvo que el juez autorice la venta directa al oferente (art. 209 TRLC) o autorice su dación en pago al acreedor privilegiado o a la persona que éste designe (art. 211 TRLC), pero habrá que coordinar esta exigencia con lo dispuesto en el art. 148.1 del TRLC.

6. LA DEFENSA DEL ACREEDOR

La Ley Concursal no ha previsto ningún mecanismo para que el acreedor solicite al juez del concurso que levante la suspensión de la ejecución, aunque creemos que puede hacerlo interesando la recalificación del bien como no necesario, y tampoco que el acreedor realice una prestación sustitutiva que compense el sacrificio derivado de la paralización (por ejemplo: pagos periódicos, concesión de garantías suplementarias sobre un activo no desvalorizable, etc.). Tampoco contempla la Ley la posibilidad de que el acreedor garantizado ofrezca una caución sustitutoria de la paralización, que no es, en ningún caso, una medida cautelar, sino un efecto derivado de la declaración del concurso.

DIAPOSITIVA 18

IX. EJECUCIÓN SOBRE BIENES NO NECESARIOS

No existe ninguna previsión especial que afecte al concurso de persona natural que merezca la condición de consumidor, ni de persona natural o jurídica comerciante, respecto de las garantías reales sobre bienes no necesarios, que podrán ejecutarse de forma ordinaria y separada sin sujeción a períodos de espera conforme a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda, sin sufrir demora ni paralización y sin remisión a la ejecución colectiva en la fase de liquidación.

Si la ejecución se refiere a bienes no necesarios la declaración del concurso no afecta al privilegio de ejecución separada del titular del crédito ante el juez de primera instancia territorialmente competente (art. 146.1 TRLC).

Finalmente, aunque existen opiniones que defienden que el precio obtenido por la ejecución o realización singular de las garantías reales debe de integrarse en la masa activa del concurso para que el juez que conoce del mismo lo aplique a la satisfacción del crédito garantizado, no compartimos esa opinión, que no tendría ningún sentido práctico y que desvirtuaría el privilegio procesal del acreedor garantizado. No obstante, si en la ejecución hipotecaria hubiera sobrante, es decir, el precio de remate fuera superior al del crédito cubierto por la garantía (responsabilidad hipotecaria), dicho sobrante deberá de ingresarse en la masa activa del concurso.

DIPOSITIVA 19

IX. LA INTEGRACION DE LOS BIENES O DERECHOS GRAVADOS EN LA MASA ACTIVA

1. INTRODUCCIÓN

La paralización y suspensión de las ejecuciones sólo afectan a las garantías reales constituidas sobre bienes del concursado (art. 145.1 TRLC). La doble titularidad que corresponde al acreedor cuyo crédito ha sido asegurado con un derecho real

de garantía hace posible que en algunos supuestos se disocien la responsabilidad personal y la responsabilidad real. Así sucede cuando se transmiten los bienes gravados sin que el adquirente asuma la obligación garantizada (arts. 1205 CC y 118 LH) o cuando la garantía ha sido constituida por un tercero sobre sus propios bienes (art. 1858-II CC). Cabe, por tanto, que el concursado sea deudor personal de la obligación garantizada pero no titular de los bienes gravados. El acreedor quedará integrado en la masa pasiva (art. 251.1 TRLC), sin perjuicio de que la garantía real recaiga sobre bienes que no forman parte de la masa activa del concurso (art. 192.1 TRLC).

La Ley Concursal no obstaculiza el ejercicio de las acciones ejecutivas que se dirijan contra bienes que no forman parte del patrimonio del concursado. El tercer poseedor o el hipotecante no deudor no están obligados a pagar la deuda, pero deben soportar el ejercicio por el acreedor de su derecho real de garantía. Si optan por el pago para evitar la realización de los bienes, se presume la subrogación (art. 1212-3.º CC), si bien la garantía se extingue por confusión. Al margen de este mecanismo, quien realizó el pago dispondrá de una acción de reembolso frente al concursado (art. 1158 CC). Se trata aquí de un nuevo derecho de crédito, de origen legal y nacido con posterioridad a la declaración de concurso, por lo que se le ha de reconocer la condición de crédito contra la masa (art. 242.13 TRLC).

2. HIPOTECANTE NO DEUDOR

El hipotecante no deudor es el que, sin estar obligado personalmente, hipoteca un bien propio para garantizar una deuda ajena (art. 1857 CC).

En el concurso del hipotecante no deudor regirá el efecto suspensivo de las actuaciones y procedimientos de ejecución de garantías reales que se establece en el artículo 145 TRLC. Habrá de recabarse del juez del concurso la declaración del carácter necesario o no necesario del bien o derecho, pues en el supuesto en que se considere que aquél es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, las actuaciones ejecutivas sólo podrán reanudarse en los términos que prevé el artículo 148 TRLC. Por el contrario, conforme al artículo 146 TRLC, la suspensión de las ejecuciones de garantías reales cesará cuando se obtenga el pronunciamiento del juez del concurso sobre el carácter no necesario del bien o derecho, de tal modo que la ejecución de la garantía real podrá iniciarse o reanudarse al margen del concurso ante el órgano jurisdiccional originariamente competente para tramitarla.

La competencia objetiva para conocer del procedimiento de ejecución de la garantía real se regirá por las especialidades de los artículos 145 a 149 TRLC y exigirá determinar si el bien o derecho sobre el que recae el procedimiento tiene la condición de necesario o no necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

3. TERCER POSEEDOR

El tercer poseedor es el que adquiere una finca hipotecada sin asumir, directa o indirectamente, la obligación personal garantizada por la hipoteca (art. 38, 114,

118 y 134 LH y 662 de la LEC) incluso al margen del Registro de la Propiedad, no gozando de la protección del art. 34 de la LH, de la que si goza el tercero hipotecario. Debe ser ajeno a la obligación garantizada y a la constitución de la hipoteca y no haber asumido la obligación personal, directa o indirectamente, porque, en este caso será deudor personal.

La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía real cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien o derecho objeto de ésta (art. 151 TRLC, es decir, sea titular del bien gravado. Por ello, el acreedor hipotecario podrá iniciar o reanudar el procedimiento de ejecución de la garantía real sin limitación temporal alguna y, a estos efectos, será irrelevante que se trate de bienes necesarios o no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

La nula incidencia del concurso sobre el procedimiento de ejecución de la garantía real hará que éste haya de tramitarse ante el órgano judicial o administrativo inicialmente competente para tramitarla, incluso si las actuaciones ejecutivas recaen sobre un bien o derecho necesario para la continuidad de la actividad del deudor.

4. EL DEUDOR NO HIPOTECANTE

El artículo 568 LEC debe cohererse con los artículos 145 a 151 del TRLC por lo que, si se trata de una ejecución de una garantía real, dado que el bien sobre el que recae la garantía no es propiedad del deudor en concurso sino del hipotecante no deudor, este bien no se integrará en la masa activa del concurso, ni cabrá por ello un pronunciamiento sobre su carácter necesario para la continuidad de la actividad. En consecuencia, si el acreedor ejecuta la garantía real, el procedimiento no se verá afectado por la paralización temporal que se deriva de lo establecido en el artículo 148 TRLC) y ello porque el precepto se refiere al supuesto en que la ejecución o realización forzosa de la garantía recae sobre bienes del concursado: en el caso de constitución de la hipoteca en garantía de la deuda de un tercero, si el deudor principal es declarado en concurso, el bien no forma parte de la masa activa y el ejercicio de la acción ejecutiva no puede verse afectado por la declaración de concurso del deudor.

5. OTROS SUPUESTOS

De la misma forma, cesará la paralización respecto de aquellos bienes que con posterioridad a la declaración de concurso se separen de la masa activa. Así sucede con los bienes o derechos del concursado que sean enajenados antes de la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación (art. 205 TRLC), con los de propiedad ajena que se entreguen a sus legítimos titulares (art. 239.1 TRLC), o con los bienes gananciales o comunes que finalmente no deban responder de las obligaciones del concursado (art. 260.3 TRLC).

Otro supuesto especial sería el de un bien hipotecado en régimen de comunidad o proindiviso, en cuyo caso, se incluye en el inventario el porcentaje del bien (y de la garantía) que le corresponda al concursado; sólo el porcentaje que corresponda al deudor (sea solidario o no) tendrá privilegio especial, debiéndose calificar el resto de la deuda según corresponda.

DIPOSITIVA 20

XI. DERECHO PRECONCURSAL

1. PROPUESTAS ANTICIPADAS DE CONVENIO Y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Aunque el deudor comunique la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, a un acuerdo de refinanciación, los acreedores con garantía real podrán iniciar ejecuciones sobre los bienes o derechos sobre los que haya constituido la garantía.

Si la garantía recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de presentación

de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores (art. 591.1 TRLC).

2. ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

Aunque el deudor comunique la apertura de negociaciones con los acreedores para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores con garantía real podrán iniciar ejecuciones sobre los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía.

Si la garantía recayera sobre la vivienda habitual del deudor o sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, una vez iniciado el procedimiento, la ejecución sobre esos bienes o derechos se suspenderá por el juez que estuviere conociendo de las mismas hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores o dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario (art. 591.2 TRLC).

DIPOSITIVA 21

DIPOSITIVA 22