



LA HIPOTECA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Una aproximación notarial desde
la práctica judicial y registral reciente

RICARDO
CABANAS
TREJO



AFERRE

La hipoteca en el concurso de acreedores

*Una aproximación notarial desde la práctica
judicial y registral reciente*

La hipoteca en el concurso de acreedores

*Una aproximación notarial desde la práctica
judicial y registral reciente*

RICARDO CABANAS TREJO
*Notario en Fuenlabrada
Doctor en Derecho*



Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, cualquiera que sea su medio (mecánico, electrónico, por fotocopia, etc.) sin la autorización expresa de los titulares del copyright.

© AFERRE EDITOR S.L. 2021

© Autor 2021

Diseño de cubierta: Clara Batllori

Primera edición octubre 2021

ISBN: 978-84-123772-2-4 (papel)

ISBN: 978-84-123772-3-1 (digital)

Depósito Legal: B 14501-2021

Edita: AFERRE EDITOR S.L.

Gran Vía de les Corts Catalanes, 510

08015 Barcelona

Telf. (+34) 934548180

Email: aferreeditor@gmail.com

Impresión y encuadernación: Ulzama Digital

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ABREVIATURAS

AAP	Auto de Audiencia Provincial.
AC	Administrador Concursal.
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria.
AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos.
AJM	Auto de Juzgado Mercantil.
AJPI	Auto de Juzgado de Primera Instancia.
AMR	Administrador de Marcos de Reestructuración
AP	Audiencia Provincial.
AR	Acuerdo de Refinanciación.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BEPI	Beneficio de Exoneración de Pasivo Insatisfecho.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CCom	Código de Comercio.
CCI	Contrato de Crédito Inmobiliario.
CE	Consejo de Estado.
CGD	Caja General de Depósitos.
CGPJ	Consejo General de Poder Judicial.
CIRBE	Central de Información de Riesgos del Banco de España.
DA	Disposición Adicional.
DGDEJ	Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

DT	Disposición Transitoria.
EM	Exposición de Motivos.
EPI	Exoneración del Pasivo Insatisfecho.
ER	Experto en la Reestructuración.
GP	Grupo Parlamentario.
HM	Hipoteca Mobiliaria.
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
IIVTNU	Impuesto Incremento Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.
JC	Juez del Concurso.
JM	Juzgado Mercantil.
JO	Juez Ordinario.
JPI	Juzgado de Primera Instancia.
JV	Jurisdicción Voluntaria.
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia.
LC	Ley Concursal.
LCCC	Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LGT	Ley General Tributaria.
LGS	Ley General de Subvenciones.
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria.
LH	Ley Hipotecaria.
LHMPSD	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.
LMH	Ley del Mercado Hipotecario.
LN	Ley Orgánica del Notariado.

LHN	Ley de Hipoteca Naval.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPH	Ley de Propiedad Horizontal.
LSMPH	Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.
LSP	Ley de Suspensión de Pagos.
LVPBM	Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
MJ	Ministerio de Justicia.
N	Notario.
NIF	Número de Identificación Fiscal.
PAC	Propuesta Anticipada de Convenio.
PEM	Procedimiento Especial para Microempresas.
PR	Plan de Reestructuración.
Proced	Procedimiento.
PS	Portal de Subastas.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Ley.
Rec	Recurso.
Res	Resolución de la DGRN/DGSJFP.
RGR	Reglamento General de Recaudación.
RGU	Reglamento de Gestión Urbanística.
RH	Reglamento Hipotecario.
RLMH	Reglamento de la Ley del Mercado Hipotecario.
RLIRNR	Reglamento de la Ley del Impuesto de la Renta de No Residentes.

RLISD	Reglamento de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.
RLITP	Reglamento de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
RM	Registro Mercantil.
RN	Reglamento Notarial.
RP	Registro de la Propiedad.
RPC	Registro Público Concursal.
RRM	Reglamento del Registro Mercantil.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
SJCA	Sentencia Juzgado Contenciosos Administrativo.
SJM	Sentencia Juzgado Mercantil.
SJPI	Sentencia Juzgado de Primera Instancia.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.
PAC	Propuesta Anticipada de Convenio.
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal.
TRLGSS	Texto Refundido de La Ley General de la Seguridad Social.
TRLHL	Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.
TRLIRNR	Texto Refundido de la Ley del Impuesto de la Renta de No Residentes.
TRLITP	Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.

UE Unión Europea.
VE Venta Extrajudicial.

CAPÍTULO I

Presentación y algunas consideraciones generales previas de método, semánticas, históricas y de futuro

1. PRESENTACIÓN DE LA OBRA.

1. *Garantía real y privilegio*: la presente obra está centrada en la situación de la hipoteca inmobiliaria en un contexto de insolvencia ya reconocida, por haberse declarado el concurso de acreedores del hipotecante/deudor. En tal caso la posición del acreedor titular de una garantía real se ve seriamente afectada, y lo es por la sencilla razón de que el bien hipotecado forma parte de la masa activa del concurso. No puede permanecer ajeno las incidencias del procedimiento.

Recordemos en ese sentido los dos rasgos característicos de esta forma de garantía. De un lado, confiere un derecho a cobrar con preferencia sobre los demás acreedores con cargo al producto obtenido tras la enajenación del bien objeto de la misma. De otro lado, faculta para instar la enajenación del bien y cobrar así el importe del crédito con el producto obtenido, o recibir en última instancia el mismo bien por un valor ya determinado -o determinable- que extingue o aminora el importe de la deuda. Por eso es necesario distinguir entre el privilegio y la garantía real, pues de la última derivan facultades de realización directa sobre el bien, mientras la preferencia sólo genera el derecho a cobrar antes que otros con el producto de la venta¹.

Siendo así, las singularidades procesales de la hipoteca también constituyen materia negocial y son tenidas en cuenta por las partes al contratar. No sólo el carácter sumario de una concreta modalidad ejecutiva, también las normas propias de la ejecución. La autonomía del crédito hipotecario se revela en la especial sujeción del bien al crédito, en términos que lo independizan del comportamiento personal del deudor, así como de las contingencias y cambios que percutan en su situación patrimonial. Esa autonomía tiene una vertiente procesal que integra, por llamarlo de alguna

manera, el Derecho común de la hipoteca, es decir, el conjunto de normas que disciplinan la realización ordinaria de la garantía.

2. *El deterioro de la garantía en un escenario concursal*: es evidente que la insolvencia del deudor puede incidir sobre esos rasgos característicos de la hipoteca. Difícil que sea sin más sobre el privilegio de cobro, ya que esto trastocaría por completo el significado de la garantía, haciéndola finalmente inservible. A pesar de ello, las últimas reformas legales han impactado en el alcance material del privilegio, sobre la base de primar un teórico valor real de la garantía, para impedir que el acreedor disfrute de aquél por la totalidad de su crédito, al menos a determinados efectos concursales, cuando fundadamente quepa considerar que la garantía ya no ofrece una cobertura íntegra.

Pero el ámbito donde el legislador concursal siente de forma intensa la necesidad de interferir en el estatuto propio del acreedor hipotecario es el de las ventajas procesales. La situación privilegiada de los acreedores con garantía real siempre ha despertado recelos, hasta el punto de haber sido tildados sin mucho miramiento de “*grandes depredadores*” del patrimonio concursal². El principio de universalidad demanda el sometimiento de todos los acreedores afectados por el concurso a un mismo procedimiento y a idénticas reglas. Incluso, a un mismo objetivo común, que no siempre será la liquidación del patrimonio del deudor, pues también puede ser la conservación de la actividad empresarial, con el mismo u otro empresario. Desde esta perspectiva que unos acreedores ejecuten sus garantías completamente al margen o con cierta separación del procedimiento colectivo resulta un tanto distorsionante, sobre todo porque carecen de incentivos para someterse a una solución global que, siendo más beneficiosa para el conjunto, a ellos podría no representarles ventaja alguna.

Entre la supeditación al concurso de un lado o la inmunidad frente al mismo de las garantías reales de otro, nuestra LC optó en su redacción inicial de 2003 por un sistema general de inclusión, pero con excepciones. Es evidente que el legislador tiene libertad para hacer lo que estime conveniente, orillando en el concurso los beneficios procesales tenidos en cuenta por el acreedor al contratar. Como después veremos, en mucha menor medida que en Anteproyectos anteriores, algo así ocurrió al final con la LC. Pero un completo apartamiento del Derecho común de la hipoteca

indudablemente “rebaja” el valor de la garantía, en términos que pueden no ser de interés para los hipotecantes “futuros”. El legislador debe dar con un punto de equilibrio que acompañe la especial posición del acreedor hipotecario con el siempre etéreo “interés del concurso”.

3. *Propósito de la obra*: los últimos diez años han sido testigos de una extraordinaria efervescencia legislativa -y judicial- en la búsqueda de ese equilibrio, solapándose iniciativas que claramente erosionaban la posición privilegiada de esos acreedores, con otras que buscaban dotarles de una cierta seguridad, ante posturas algo extremas que se abrieron paso en la práctica judicial.

Después de tanta hiperactividad, quizá podamos decir que en el TRLC se han venido a decantar buena parte de algunas de las posiciones más moderadas que emergieron en la práctica de estos últimos años, y en ese sentido puede que estemos ya ante un marco legal llamado a gozar de cierta perdurabilidad, fuera de los sobresaltos causados por la legislación especial por el COVID-19, y de alguna reforma todavía pendiente, como la relacionada con la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio, aunque en el ámbito muy acotado del pre-concurso (v. I/30).

Por eso el TRLC ofrece una buena excusa para hacer balance, aunque se trate de un texto refundido, que en ese sentido tampoco podía suponer una radical innovación, pero sí aclaración -y realmente lo ha sido-. Ese balance debe apoyarse en la experiencia más reciente, no sólo la judicial, también, y muy especialmente, la registral, pues, al tratarse de una garantía inscrita, de una forma o de otra al final acaba interviniendo el RP, y por esa vía la DGSJFP -antes, DGRN- fuente de una importante doctrina en la materia.

Éste es el objetivo del presente trabajo. Sin gran aparato doctrinal, solo quiere comentar la regulación del TRLC, poniéndola en relación con los problemas, y las soluciones, que previamente se habían manifestado en esa práctica judicial/registral. Las aclaraciones, o innovaciones emboscadas del TRLC solo se explican si tenemos en cuenta aquella situación previa, por eso su examen contribuye al mejor entendimiento de la situación legal hoy día vigente.

4. *Una aproximación notarial*: no obstante, el enfoque adoptado en esta obra quizá no sea el más habitual. Ante la inmensidad de la materia, se hace

necesario aplicar algún criterio para seleccionar los temas, identificar los problemas y proponer las soluciones. El crédito hipotecario está presente en el concurso en muchos momentos y por variadas razones, y no todas ellas son ahora de interés. Puestos a buscar un canon para discriminar y ordenar esas cuestiones, me ha parecido que la perspectiva propia de un notario podía ser útil.

Por la naturaleza inmobiliaria de la garantía, y por algunas singularidades de nuestro sistema hipotecario -como la VE-, el notario puede estar muy presente en la realización del bien hipotecado durante el concurso. No sólo cuando la transmisión del mismo tenga lugar por medio de una venta directa o dación en/para pago que deba documentarse en escritura pública, también en los casos en que la enajenación discurre por medio de una subasta, pues la subasta admite la variante notarial. Incluso, en los casos de realización separada de la garantía, ésta puede consistir en una VE a cargo de un notario, de modo que toda la problemática “procesal” sobre la posibilidad de una ejecución separada de la hipoteca, también interesa al notario requerido para llevarla a cabo.

En ese sentido, la perspectiva notarial, dicho de otra forma, aquello que debe ocupar y “preocupar” al notario cuando se encuentra con una hipoteca en medio de un concurso, se centra en el bien hipotecado antes que en el crédito o en la posición del acreedor, y más concretamente en cómo “sale” el bien de la masa activa del concurso. Con ocasión de la enajenación del bien afecto al privilegio especial puede intervenir un notario, planteándose multitud de cuestiones y dudas que es necesario resolver, muchas de ellas como anticipo de lo que ocurrirá después con el RP. Otro tanto cuando se trate de la constitución de la hipoteca, por la naturaleza notarial del título, ya sea en alguna de las fases del concurso, o inmediatamente antes de su declaración. Enfocar los temas desde la perspectiva del notario llamado a intervenir en una de esas operaciones no acorta en escorzo la materia estudiada, sino todo lo contrario. Las cuestiones de fondo son básicamente las mismas que con cualquier otro enfoque, pero permiten un examen desde un punto de vista algo diferente, que no solo interesa al notario, también al operador jurídico que tenga previsto reclamar -o fiscalizar- su actuación.

Para acometer esta empresa conviene recordar brevemente cuáles son los mecanismos ordinarios de realización de la garantía hipotecaria, antes de

que la hipoteca entre en un escenario concursal, y sobre esta base precisar la terminología y el método que pienso seguir.

2. LOS MODOS DE REALIZACIÓN DE LA GARANTÍA.

5. *La importancia del procedimiento*: el derecho del acreedor a instar la enajenación “forzosa” del bien es un elemento característico del negocio constitutivo de hipoteca, precisamente porque la apropiación final está referida al valor en cambio del bien, no al bien mismo, por la proscripción del pacto comisorio. En eso consiste la realización de la garantía³.

Pero, a su vez, la prohibición genérica de la autotutela hace necesaria la sujeción de esa venta a un control público, o más precisamente a un control por medio de la rigurosa observancia de un procedimiento reglado, pues sólo entonces se consigue el doble efecto característico de la realización de la garantía: de un lado, la apropiación del valor en cambio del bien, o si se quiere decir así, la expropiación del dueño, que puede no ser el hipotecante inicial, sino un adquirente posterior; pero, también, la expropiación “relativa” de otros posibles terceros, por el efecto de purga o liberación de las cargas posteriores, exigencia ineludible para la preservación de aquel valor en beneficio del acreedor. Desde esta perspectiva la hipoteca es, sobre todo, procedimiento, un procedimiento de realización “forzosa” que se debe observar de manera estricta. Una realización “voluntaria” de la garantía, sin sujeción al procedimiento correspondiente, podrá conducir a la satisfacción del acreedor, pero no puede perjudicar a terceros⁴.

6. *Los procedimientos comunes*: para realizar la garantía el acreedor disfruta de diferentes procedimientos, en absoluto intercambiables, pues las diferencias entre ellos son importantes.

De entrada, el procedimiento declarativo ordinario, conducente a una sentencia que habrá de ser objeto de ejecución ulterior y en ese trámite pretender la realización de la hipoteca. Esta opción no parece tener mucho sentido práctico, pues se pierde con ella una de las ventajas propias de toda garantía real, cual es el acceso inmediato a la ejecución forzosa, en este caso sobre un bien concreto. Ocurre, sin embargo, que no siempre cabe emprender directamente la ejecución, como sucede cuando alguna de las cláusulas que fundamenta la ejecución es anulada, haciendo imposible que continúe sobre la base de la misma (art. 561.1.3^a LEC)⁵.

En esta situación, concluido el declarativo pertinente la ejecución posterior de la sentencia habrá de transitar con arreglo a sus propias reglas, que no son exactamente las mismas que en la ejecución fundada en títulos no judiciales. Por ejemplo, en orden al tribunal competente (art. 545.1 LEC), por las más limitadas causas de oposición (art. 556 LEC) o por la omisión del requerimiento de pago (art. 580 LEC). De todos modos, respecto de la traba y realización del bien, cabe dirigir el procedimiento común contra el bien hipotecado. Incluso, que se pretenda ejecutar la sentencia según las reglas especiales que después se indican, a pesar de haber instado la vía del juicio declarativo ordinario, en su caso mediante la acumulación desde su inicio de las dos acciones, una dirigida a la resolución del préstamo y la otra encaminada a la realización de la garantía⁶. En ese caso, no obstante, la pretensión debería dirigirse exclusivamente contra el bien hipotecado.

Además del anterior, el acreedor también puede acudir al procedimiento de ejecución común u ordinario de la LEC, ya sea con el único fundamento del derecho de crédito documentado en la escritura pública, o bien mediante el ejercicio de la comúnmente llamada acción hipotecaria por los trámites de la ejecución ordinaria, sin acudir a las especialidades de los arts. 681 y ss LEC. Se trataría de una reclamación con el fundamento del derecho de crédito documentado en el título y, por eso, no queda restringida al bien hipotecado. Podrán perseguirse otros bienes, especialmente cuando el acreedor considere que la realización de la hipoteca no será suficiente para cubrir la deuda⁷. Cuando solo se quiera instar sobre dicho bien, lo más lógico es acudir al procedimiento especial, que ofrece ventajas procesales al ejecutante⁸. Convendrá, por eso, que el ejecutante siempre deje claro en la demanda el tipo de tutela judicial pretendida en relación con el título ejecutivo que aduce (art. 549.1.2º LEC), es decir, si se trata de una reclamación crediticia pura -acción personal, si se quiere decir así-, sin más especialidad que el estar dirigida contra un bien previamente hipotecado (entonces, como bien susceptible de embargo, art. 549.1.3º LEC), o de la realización de la garantía -acción real-, aunque sea por el cauce común. En su caso, la demanda también deberá dirigirse contra quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario del bien hipotecado (art. 538.2.3º LEC). A estos efectos, la ejecución también se despachará contra él, y será, por tanto, ejecutado.

Cuando claramente se ejercite la acción real por el procedimiento ordinario, y no se persigan otros bienes, no está claro si el embargo es necesario, pues el bien o derecho ya está comprometido en su realización y no es necesaria una nueva traba. Es una cuestión muy controvertida en el ámbito del RP, donde genera cierta distorsión cuando existen terceros intermedios entre la anotación preventiva de embargo y la inscripción de la hipoteca, muy especialmente para la cancelación de sus asientos².

7. *Los procedimientos especiales*: pero los más genuinamente hipotecarios, los realmente especiales, son el procedimiento de ejecución con las singularidades de los arts. 681 y ss LEC, y la VE del art. 129.II LH.

El Capítulo V del Título IV del Libro III de la LEC, aunque en la rúbrica del art. 681 LEC habla de un “*procedimiento*” para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca, en realidad no regula un procedimiento completo, sino algunas “*particularidades*” de la ejecución sobre bienes pignorados o hipotecados. En lo demás se acude al régimen general de la LEC. No obstante, para que se apliquen estas especialidades es necesario que la ejecución se dirija “*exclusivamente*” contra los bienes hipotecados, es decir, que solo se ejercite la acción real. Cuando no fuere suficiente, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, prosiguiendo con arreglo a las normas ordinarias a toda ejecución (art. 579.1 LEC). Por otro lado, la posibilidad de acudir a este procedimiento no ha de pactarse al constituir la hipoteca, pero el título constitutivo sí que ha de incorporar determinadas cláusulas para hacer posible el empleo de este procedimiento, en particular el tipo de subasta y el domicilio para notificaciones (art. 682.2 LEC)¹⁰. Obviamente, no es necesario un acto formal de embargo del bien hipotecado, por cuanto ya está afecto al pago del crédito que se ejecuta.

En cuanto a la VE su singularidad radica en ser un pacto inscrito que pone en marcha un procedimiento -no judicial- susceptible de provocar aquel doble efecto expropiatorio, del dueño y de otros acreedores. Es necesario pactarlo expresamente, y además en forma separada de las restantes estipulaciones de la escritura. Es un procedimiento regulado minuciosamente -eso sí, de forma no muy clara-, que demanda el apoyo expreso de determinados pactos que necesariamente han de figurar en la escritura, en mayor medida que la ejecución judicial, y con un sesgo

interpretativo muy rígido. Tanto es así que ciertas diferencias prácticas con la ejecución judicial realmente responden a la necesidad de mantener a ultranza la comprensión de la VE como despliegue de un pacto inscrito y no como un procedimiento de ejecución en sentido estricto.

Por último, en el caso de crédito público, se ha de tener en cuenta que su normativa específica regula un procedimiento ejecutivo propio aplicable también a las hipotecas constituidas a su favor (arts. 66.4 y 74.3 RGR; art. 38.5 TRLGSS), que corre a cargo de los órganos de recaudación competentes a través del procedimiento de apremio, excluyendo tanto el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados regulado por la LEC, como el pacto de VE, con independencia de que en la escritura hayan sido previstos. Recordar, también, que no es necesaria la tasación en este caso (Res. de 07/10/2015).

8. *Los mecanismos de realización:* por el cauce procedimental que corresponda transcurre el modo -o modos- de selección del comprador. En ese sentido ley tutela al deudor, y por extensión a sus -otros- acreedores, especialmente los titulares de derechos inscritos/anotados con posterioridad, para conseguir que el precio obtenido en la venta responda, en lo posible, al verdadero valor del bien. A este fin, suele considerarse que el mecanismo de la subasta permite el juego de la ley de la oferta y la demanda. Esto no excluye la existencia de otras modalidades, como el convenio de realización (art. 640 LEC), o la realización por persona/entidad especializada (art. 641 LEC), pero la más habitual con mucho es la subasta, sujeta en la valoración legal a la singular esquizofrenia de ser subsidiaria teóricamente respecto del convenio (art. 636.1 LEC), pero gozar de la indudable ventaja de la falta de sometimiento a la conformidad de los terceros (art. 640.3.II LEC).

A pesar de ello, existe un consenso general sobre la poca idoneidad de dicho procedimiento para conseguir la materialización del valor real de los bienes (Res. de 26/12/2018), situación agravada por la posible falta de correspondencia entre el valor de tasación del bien hipotecado y el valor real del mismo en el momento de la ejecución, pues, aunque el tipo se hubiera fijado según el valor de mercado al tiempo de la constitución, falta cualquier posibilidad ulterior de adaptación. A partir de entonces la función del tipo fundamentalmente es procesal como mecanismo convencional de control,

bien de la calidad de las pujas (art. 670.4 LEC), bien, en el peor de los casos, de las garantías mínimas ofrecidas al deudor (art. 671 LEC)¹¹.

3. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS.

9. *La diversidad de supuestos*: como dije antes, la presente obra está centrada en la transmisión del bien hipotecado, en su salida de la masa activa, y consiguientemente en los requisitos formales y materiales que deben cumplirse, en las posibles restricciones a la transmisión y en las diferentes consecuencias, todo ello, tanto desde la perspectiva del notario llamado a formalizar la enajenación, como del RP que deba practicar al final la oportuna inscripción/cancelación.

Con similar propósito en el año 2014 publiqué un trabajo sobre la transmisión de los bienes hipotecados en el concurso de los acreedores, cuyo *leit motiv* era que no toda transmisión suponía una realización de la garantía en sentido estricto, pues son posibles transmisiones que, con cierta libertad por mi parte, calificué de voluntarias¹². Los efectos de cada modalidad son muy distintos para la subsistencia de la garantía y la posición del acreedor, también en forma de una limitación de las posibilidades de actuación de la AC, y hasta del JC para organizar la enajenación. Con ese objetivo, a la vista de los entonces arts. 56, 57, 149 y 155 LC, y con una finalidad meramente expositiva, distinguí entre los siguientes pares de conceptos contrapuestos, que luego maticé en otro trabajo por razón de diferentes reformas legales posteriores¹³:

– Ejecución separada/ejecución concursal: la separada tiene lugar con arreglo a los procedimientos antes señalados, con el acreedor en posición de ejecutante individual y todas las ventajas procesales asociadas a ese puesto, siendo por eso irrelevante -a estos efectos- a qué órgano corresponda la competencia objetiva. Por el contrario, la concursal se lleva a cabo dentro del concurso con arreglo a las reglas propias de éste, y en ella el acreedor simplemente cobra con arreglo a su privilegio, pero no ejecuta su garantía de forma singular. Lógicamente, sólo puede ir a cargo del JC. Que en ambos casos la selección del comprador se pueda organizar a través de una subasta, no enmienda que se trate de procedimientos distintos. En un caso será una subasta que podemos llamar “hipotecaria”, en el otro es una subasta “concursal”. En perspectiva notarial la primera sería una VE,

mientras que la segunda es una subasta que, hasta cierto punto, debemos considerar voluntaria, aunque se pueda entender que también da cumplimiento a una resolución judicial.

– Liquidación individual/liquidación colectiva: solo en el ámbito de la realización concursal, el bien objeto de la garantía puede ser enajenado conjuntamente con otros bienes, en principio integrado en una unidad productiva, pues en la separada se ejecuta la hipoteca según su objeto específico, que podrá estar constituido por uno o por varios bienes, pero no se mezclan con otros extraños a la garantía. Cuando no se produzca esa acumulación será individual, en otro caso colectiva. La diferencia no sólo trasciende a cómo cobra el acreedor hipotecario, pues en la segunda modalidad habrá de repartirse entre varios la suma obtenida, también a la valoración por el mercado del objeto de la transmisión, pues el precio a pagar por un posible adquirente no sólo tendrá en consideración el bien hipotecado, sino el conjunto de bienes y derechos que integran la unidad, con la posibilidad, incluso, de que el JC resuelva sobre la base de consideraciones no circunscritas estrictamente al importe de la mejor oferta de compra.

– Realización de la garantía/transmisión del bien: la primera presupone una enajenación forzosa, ya sea dentro o fuera del concurso (es decir, como ejecución separada o concursal), con arreglo a un procedimiento reglado, de resultado incierto para el acreedor, pero de cancelación final automática, pues no depende del consentimiento del acreedor, cualquiera que sea el resultado, ya que la garantía -o el privilegio- ha quedado agotada y el adquirente recibe el bien libre de la carga. Frente a esto estarían las otras transmisiones que *servata distantia* calificó en su día de “voluntarias”, aunque su iniciativa corresponda a la AC. El ejemplo más claro era la transmisión del bien con subrogación del comprador, donde claramente la garantía no se realiza, o una venta directa cuando el precio se destine al pago del crédito, o sin precio mediante una dación, pero el acreedor consienta en cancelar la garantía, aunque no haya cobrado la totalidad. Por razón de ese consentimiento, no tenía sentido hablar en este caso de realización de la garantía¹⁴.

10. *La distinción básica entre realización de la garantía y realización del bien:* creo que las anteriores distinciones siguen siendo útiles con el TRLC, pero la nueva ordenación sistemática de la materia también permite operar en términos más simples, con apenas un par de conceptos enfrentados. En la LC el centro de atención era el crédito privilegiado, y de hecho la normativa básica -art. 155- estaba en la sección destinada al pago de los acreedores en la fase de liquidación, a pesar de que alguno de sus apartados se refería a “*cualquier estado del concurso*”. En cambio, en el TRLC el referente es el bien/derecho afecto al privilegio especial, en nuestro caso el bien hipotecado, y por eso el núcleo de la regulación se lleva a la Sección 2ª del Capítulo III dedicado a la enajenación de los bienes/derechos de la masa activa. En el marco de las reglas generales sobre enajenación de los bienes del concursado, en la Subsección 2ª se establecen ciertas especialidades cuando se trata de bienes/derechos afectos a privilegio especial, aplicables con carácter general a cualquier fase del concurso, sin perjuicio de que después se dicten otras más específicas para el convenio (art. 323 TRLC), o el pago en la liquidación (art. 430 TRLC). Pero el objeto de la regulación es la venta “concurso” del bien hipotecado, y como toda venta concursal comporta la cancelación de las cargas (art. 225 TRLC).

Esta regulación más prolija y mejor sistematizada realmente comprende todas las opciones de enajenación de los bienes hipotecados, tanto las que en mi anterior clasificación podían considerarse forzosas, como las que entonces tildé de voluntarias. Por ello, simplificado los términos, en adelante me bastará con distinguir entre:

- Realización de la garantía: como tal, solo tiene lugar en la ejecución separada, ya corresponda la competencia al JC, al JO, al notario o a un órgano administrativo, pues se realiza la garantía real correspondiente al crédito del ejecutante, y se realiza con el acreedor instante en el papel de ejecutante, sin perjuicio de ciertas adaptaciones que deba experimentar un procedimiento, que sigue siendo extra-concurso, aunque su competencia corresponda en ocasiones al JC. En ese sentido, no constituye uno de los modos ordinarios de realización del bien afecto del art. 209 TRLC, pues propiamente no tiene lugar dentro del concurso, aunque se dirija por el JC.
- Realización del bien: por el contrario, la realización del bien afecto, ya tenga lugar por el modo ordinario “concurso” del art. 209 TRLC, o

por cualquiera de los especiales de los artículos siguientes, solo responde a la exigencia general de “monetización” de los activos del concursado, para pagar a los acreedores según su clasificación. Simplemente, el bien se enajena en el concurso con arreglo a las muy variadas normas de los arts. 209 y ss TRLC, que van desde la subasta, hasta la venta con subsistencia del gravamen, en cuyo caso el bien quizá no se “monetice”, pero tanto el bien como la deuda causan baja en el activo/pasivo concursal. La hipoteca deja de ser relevante como garantía, pues lo que cuenta es el privilegio especial con arreglo al cual determinados acreedores tienen preferencia para cobrar, por su orden, del importe de esa realización¹⁵. Por eso aquí no hay propiamente purga de las cargas posteriores, pues falta la carga “primera” que se ejecuta. Lo que hay es una ejecución “concursal” que afecta a todos los acreedores y debe concluir con la cancelación de todas las cargas, aunque sus titulares no consigan cobrar por ser insuficiente lo obtenido. Este esquema se aplica, incluso, antes del concurso, en los acuerdos de cesión de bienes (art. 669.3 TRLC). Obviamente, en estos casos la realización del bien ha de ajustarse a determinadas reglas, pues no solo están interesados los “otros” acreedores con privilegio sobre el mismo, también el resto de los acreedores, quienes tienen derecho a que la “monetización” del bien se lleve a cabo en los términos más favorables al conjunto¹⁶. Pero, a la inversa, tampoco la realización del bien en el concurso puede llevarse a cabo tratando al hipotecario como un acreedor más, apenas silente a la espera de cobrar lo que le toque. La “irrelevancia” de la garantía no puede ser total, pues las ventajas procesales también fueron en su día objeto del pacto hipotecario, y no pueden desaparecer completamente. Por otro lado, en el sentido antes expuesto esta realización puede ser individual o colectiva, ocurriendo esto último cuando el bien afecto está incluido en un establecimiento o unidad productiva¹⁷. De todos modos, como veremos en V/10, no creo que se deba excluir completamente la posibilidad de una enajenación voluntaria del bien hipotecado, no sujeta necesariamente a las disposiciones de los arts. 209 y ss TRLC, sino al régimen general de la Subsección 1ª.

11. *Estructura de la obra*: con arreglo al anterior esquema dual examino en las páginas que siguen la situación de la hipoteca en el concurso de acreedores. Así, en el Capítulo IV me centro en lo que he llamado realización de la garantía y que, en mi opinión, se identifica con cualquier modalidad de ejecución separada, con independencia de la fase temporal en que se despliegue, o del órgano competente. Examinaré especialmente los problemas de competencia que se plantean y las alteraciones que puede experimentar el procedimiento individual de realización, con particular atención al notarial de VE.

El Capítulo siguiente V se vuelca en la realización del bien en el sentido antes indicado, es decir, en todas las modalidades de enajenación del mismo “dentro del concurso”, tanto si tiene lugar en la fase de liquidación con arreglo al plan aprobado por el JC, como si se trata de una venta singular autorizada por el JC en la fase común, en su caso con subrogación del comprador y sin extinción de la garantía. Aunque las reglas son comunes para “*cualquier estado del concurso*”, las separo según las distintas fases del mismo, pues poco tiene que ver la enajenación en fase de convenio, especialmente si el acreedor no queda vinculado por él, con otra en fase de liquidación. Igual que en el caso anterior, prestaré especial atención a la modalidad de subasta notarial, que ahora no es por realización de la garantía, sino del bien, hasta el extremo de tener que configurarse como una -pretendida- subasta voluntaria, en la sistemática de la LN. Dentro del mismo Capítulo examino las especialidades de la realización colectiva de los bienes afectos. En el epígrafe final abordo la conclusión del concurso con hipoteca subsistente y la relación del crédito hipotecario con el BEPI.

Con carácter previo en el Capítulo II me planteo los problemas generados por la constitución de la hipoteca, tanto antes, como después de la declaración del concurso. En este segundo momento por la limitadísima posibilidad de hipotecar los bienes del concursado, fuera de la situación de convenio. Respecto del tiempo anterior, centro el examen en la inscripción tardía de la hipoteca constituida antes del concurso.

Asimismo, también con finalidad preparatoria, en el Capítulo III examino ciertas cuestiones sobre el reconocimiento del crédito hipotecario, especialmente por los serios problemas registrales que puede provocar su falta de reconocimiento -o del privilegio- en el concurso cuando llegue la hora de enajenar el bien y de cancelar la garantía, así como los problemas de

prioridad en caso de concurrencia, con especial atención a los que genera la hipoteca legal tácita.

Una vez depurada la terminología que pienso utilizar y expuesto tanto el método como la sistemática a seguir, creo conveniente, con carácter introductorio, acometer un conciso repaso histórico de cómo hemos llegado a la situación legal presente. Arranco del estadio previo a la LC de 2003, tampoco tan lejano en el tiempo. Sigo con distintas propuestas de reforma anteriores a la LC, de gran interés porque revelan los muy distintos enfoques que se quisieron ensayar, alguno en abierto contraste con el modelo entonces en vigor, hasta llegar a la LC de 2003. Respecto de este marco legal, que constituye el punto de partida de la situación presente, me limito a recordar los términos en que estaban redactados en un inicio los preceptos más relevantes. A partir de ahí, continúo con una somera indicación de las reformas legales habidas, hasta llegar al TRLC. Al tratarse de un Texto Refundido no hay un proceso de gestación equiparable al de una Ley, con los pasos obligados de Anteproyecto/Proyecto y una larga tramitación parlamentaria. Los hitos ahora más relevantes del último proyecto accesible y los informes del CGPJ y del CE se tendrán en cuanto a lo largo de toda la obra y ahora se omiten.

Esta rápida mirada al pasado nos permitirá situarnos mejor en el escenario actual, y muy especialmente constatar cómo se ha ido deteriorando la posición del acreedor hipotecario, aunque dicho deterioro dista mucho de haber sido fatal y completo.

4. UN BREVE APUNTE RETROSPECTIVO Y OTRO SOBRE EL FUTURO PRÓXIMO.

A) La situación previa a la Ley Concursal.

12. *La incidencia de la retroacción:* poco clara estaba la situación del crédito hipotecario en los procedimientos de insolvencia. De entrada, por la interferencia del instituto jurídico de la retroacción, que generaba dudas sobre la posibilidad de seguir con una ejecución separada de la garantía, cuando la hipoteca cayera dentro del período de retroacción del art. 878.2 CCom, pues debía considerarse nula¹⁸.

13. *Las normas materiales:* por otro lado, tampoco contribuía a la claridad la diferencia existente entre las normas materiales y las procesales, pues, frente al casi completo silencio de las primeras, las segundas resultaban algo

más explícitas. Así, sólo para la prenda posesoria y la hipoteca naval llegó a formularse históricamente una regla que claramente confería al acreedor un derecho de ejecución separada (art. 918 CCom, art. 39.3º LHN). Pero únicamente en la quiebra del comerciante, pues en el concurso ordinario el art. 1268.VI LEC de 1881 obligaba al acreedor pignoraticio a restituir la prenda, para cobrar luego con privilegio en la liquidación colectiva. Otras formas de garantías tomaron este modelo por incorporación de la norma material del CCom establecida para la prenda posesoria (así, arts. 10 II, 85, 88, 93 LHMPD, 16.5 y DA.1ª.5 LVPBM). En cuanto a la suspensión de pagos el art. 9.IV LSP implícitamente parecía excluir de la paralización a los procedimientos ejecutivos en los que se persiguieran bienes especialmente hipotecados.

14. *Las normas procesales*: en el ámbito del Derecho procesal las cosas eran más claras y, sobre todo, muy favorables para la hipoteca inmobiliaria. Respecto de los procedimientos civiles, de los arts. 1135 y 1136 LEC de 1881 resultaba que en las ejecuciones despachadas contra bienes especialmente hipotecados no operaba la suspensión, de manera que seguían hasta terminar con la satisfacción del acreedor y sin ningún contacto con el expediente. Mientras tanto de los arts. 166, 1003, 1173, 1186 y 1187 LEC de 1881 resultaba que al juicio de concurso se acumulaban todas las ejecuciones pendientes contra el concursado, con la excepción de las ejecuciones en las que se persiguiesen solamente los bienes hipotecados. En relación ya con la quiebra el art. 1379 LEC de 1881 simplemente remitía al régimen del concurso de acreedores.

15. *Las normas hipotecarias*: todas estas normas son anteriores a la introducción del procedimiento judicial sumario por la reforma de la LH de 1909, pero coinciden en el tiempo con una regla fundamental de la legislación hipotecaria, el art. 133 de la LH de 1869, que en su último inciso disponía que, “*no se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor, o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos*”. La posterior reforma de la LH por la Ley de 21/04/1909, que más tarde daría lugar a la

LH de 1909, adapta esas normas a la existencia del nuevo procedimiento especial.

16. *La falta de integración en la masa:* de todo lo anterior resultaba la falta de integración en la masa pasiva de los créditos con garantía hipotecaria, que tampoco eran objeto de comunicación, ni quedaban afectados por la mora del art. 1279 LEC de 1881. Circunstancia a la que debía añadirse que las declaraciones de concurso y de quiebra determinaban inmediatamente el vencimiento anticipado de las obligaciones del concursado, lo que permitía la realización inmediata de la garantía (arts. 1915 CC y 883 CCom). En cualquier caso, y atendiendo al precipitado histórico de todas estas normas, la ejecución hipotecaria separada no estaba ceñida exclusivamente al procedimiento judicial sumario, pues también era posible cuando el bien hipotecado se persiguiera en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la LEC de 1881.

17. *El problema de las nuevas ejecuciones:* pero todos estos preceptos de la LEC, la LSP y la LH estaban referidos a supuestos de ejecución hipotecaria ya iniciada, dejando en penumbra la situación de las nuevas ejecuciones que se pretendieran iniciar después de la insolvencia. Aunque no faltaron autores ni decisiones judiciales para quienes el bien hipotecado desde de la declaración de quiebra debía ejecutarse en la misma y ejercer en ella el derecho de prelación, la opinión mayoritaria se inclinaba por evitar la manifiesta contradicción de valoración que supondría condicionar el modo de satisfacción del acreedor al momento en que se hubiera iniciado la ejecución¹⁹.

18. *La actual Ley de Enjuiciamiento Civil:* en el ámbito procesal la LEC de 2001 vino a unificar las reglas aplicables y a solventar algunas de esas dudas interpretativas, aunque siguieran vigentes las mismas normas materiales del CCom, la LSP y el CC. El resultado fue un refuerzo de la posibilidad de ejecución separada del crédito hipotecario, tanto antes como después de la declaración de quiebra, y el establecimiento del sistema de purga total (cuando “*sólo se persigan bienes hipotecados ... en ningún caso se incorporarán al proceso concursal ... cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución*”, art. 98.1.1.II LEC). Por su parte el art. 568 LEC dispuso de modo claro que el tribunal no suspendería la ejecución singular en situaciones de suspensión de

pagos, concurso o quiebra, cuando “*ésta se limitare a los bienes hipotecados ... en garantía de la deuda reclamada, ni la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra dichos bienes, el cual seguirá hasta la satisfacción del acreedor y, en su caso, de los acreedores hipotecarios posteriores, dentro de los límites de sus respectivas garantías, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal*” (v. arts. 672.1.II y 692.2.II LEC). Asimismo, y atendiendo a la nueva redacción que se dio a los arts. 131 y 134 LH, también se cancelaría la anotación preventiva de quiebra posterior a la hipoteca, salvo aquélla con período de retroacción que le afecte, anotada antes de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, ya que entonces el mejor postor conoce la posible nulidad de la hipoteca.

B) Los antecedentes remotos de la Ley Concursal.

19. *El anteproyecto de 1959*: parte del principio de que todo acreedor con garantía real debe proceder a la ejecución separada, fuera del concurso, de ahí que niegue a estos créditos el carácter de concurrentes. Por ello, estos acreedores pueden exigir la separación de la masa del concurso de los bienes sobre los que se concrete su garantía, con el fin de proceder a su ejecución. Por otro lado, podían abstenerse de tomar parte en la junta sobre el convenio. En el caso de concordato judicial la admisión de la propuesta no afectaba a los juicios en que se persiguieran bienes especialmente dados en garantía y también gozaban en éste del derecho de abstención.

20. *El anteproyecto de 1983*: con carácter general los créditos privilegiados debían ser incluidos en la lista de acreedores. Respecto de las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad, el juez debía acordar la suspensión de los autos, pudiendo autorizar la venta directa en determinadas condiciones (venta por un precio superior al mínimo pactado al comprador que proponga el síndico, con posibilidad de encontrar quien mejore la oferta dentro de un corto plazo de tiempo). De no estimar oportuna la autorización de venta directa, o de no realizarse ésta en el plazo legalmente previsto, el juez levantará la suspensión y mandará que en los propios autos del concurso siga adelante la ejecución con arreglo al procedimiento correspondiente, con entrega del importe de su crédito al ejecutante y del resto a la masa activa. En cambio, si con anterioridad a la solicitud de concurso no se hubiese iniciado la ejecución, el síndico podrá optar por

atender al pago de los créditos o realizar los bienes afectos, opción que deberá efectuarse antes de que expire el plazo fijado para la insinuación de créditos. Llamo la atención sobre el hecho de que esta mayor flexibilidad de las normas sobre la venta directa o para la realización del bien hipotecado, descansaba en una completa aniquilación de la posibilidad de ejecución separada, aunque en el caso de las iniciadas antes con un límite temporal preciso, transcurrido el cual la ejecución seguía con arreglo al procedimiento correspondiente, pero dentro del concurso y a cargo de su juez. En el ámbito de las operaciones de liquidación la prevalencia corresponde al plan de liquidación aprobado por la junta, pero con normas especiales para la enajenación de bienes afectos a privilegio especial.

21. *El anteproyecto de 1996*: la regla era la prohibición de las nuevas ejecuciones, mientras que las iniciadas antes quedaban en suspenso desde la declaración de concurso, acumulándose a éste. No obstante, transcurridos dos meses a contar desde la fecha fijada en la sentencia de declaración de concurso para la celebración de la junta de acreedores, los titulares de créditos con privilegio especial podían continuar ante el juez del concurso las ejecuciones que hubieran iniciado antes. Respecto de las no iniciadas con anterioridad, en el mismo plazo los síndicos debían comunicar a los titulares del crédito si optaban por satisfacer los mismos (de inmediato e íntegramente con cargo a la masa activa) o por realizar los bienes afectos. En este segundo caso el juez podía autorizar la enajenación con la subsistencia del gravamen y la subrogación del adquirente en la obligación del deudor, quedando el acreedor excluido de la masa pasiva, o la enajenación para atender el pago de esa obligación con el precio obtenido y la cancelación de la carga, con el remanente disponible para el pago de los demás acreedores.

En cualquiera de ambos supuestos los síndicos debían establecer un sistema que garantizara la posibilidad de concurrencia de ofertas, salvo que el juez exigiera la subasta pública (imperativa cuando era solicitada por el titular del crédito). Este sistema también era aplicable a los créditos cuyos titulares, habiendo iniciado antes la ejecución, y una vez requeridos a tal fin por los síndicos, no soliciten la continuación de la ejecución ante el juez del concurso en el plazo de un mes.

C) Los antecedentes próximos de la Ley Concursal.

22. *El anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*: ya se deja ver la estructura del sistema de la LC, pero con algunas diferencias relevantes. Así, la prohibición de iniciar nuevas ejecuciones hasta la aprobación de un convenio o el transcurso de un año sin que se hubiere abierto la liquidación, es absoluta sin atender a la afectación del bien a la actividad (art. 55.1). Dicha condición de bien afecto a la actividad profesional, mercantil o industrial y, en general, al proceso productivo, sólo es decisiva para suspender las actuaciones ya iniciadas con anterioridad, salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta (art. 55.2). Cuando la ejecución se hubiera iniciado antes y el bien no se hallare afecto, la ejecución prosigue hasta la realización del bien. De estar afecto a la actividad se suspende la tramitación posterior hasta el convenio o el transcurso del año (art. 55.5), regla que no estaba en el Anteproyecto inicial de 2000, pues éste no recogía la figura del bien afecto. El concurso no incide en la ejecución de la garantía cuando el concursado sea tercer poseedor. Para las reglas supletorias de liquidación, aunque se recoge la preferencia por la enajenación de los establecimientos y las explotaciones como un todo, no hay una regla especial para los bienes afectos.

23. *El proyecto de la Ley Concursal de 2002*: la única diferencia con el texto anterior es que la prohibición de inicio de nuevas ejecuciones ya queda limitada a los bienes afectos (art. 55.1). La remisión al artículo 155.4 LC en las reglas supletorias de liquidación cuando se trata de bienes afectos a privilegio especial, se incorporó ya en el informe de la ponencia del Congreso.

D) La Ley Concursal de 2003.

24. *El texto final de la Ley Concursal*: al acreedor con garantía real no se le aplicaba sin más la prohibición de inicio de nuevas ejecuciones, pues había sido expresamente objeto de excepción en el art. 55.4 LC. Para las ejecuciones hipotecarias estaban las normas específicas de los arts. 56 y 57 LC, de las cuales la primera se refiere a la paralización de ejecuciones de garantías reales, mientras que la segunda lo hace al inicio o reanudación de ejecuciones de esas garantías.

La rúbrica de ambos preceptos parecía insinuar cierta simetría, por disponer el segundo la reactivación del mismo procedimiento que el anterior

había paralizado, pero el problema es que la paralización previa no era general, pues no incidía sobre todas las ejecuciones posibles, circunstancia que también percute sobre las normas de procedimiento del art. 57 LC, que no eran sin más aplicables a las mismas ejecuciones que antes habían quedado fuera del art. 56 LC. Se generaba entonces una laguna de regulación que era necesario resolver en vía interpretativa, tanto por lo que hace a la posibilidad misma de unas ejecuciones que no se veían afectadas por el bloqueo, como al procedimiento que entonces debía seguirse en su ejecución.

i) La paralización de ejecuciones: en ese sentido, la viabilidad de una ejecución de la garantía real venía a ser la siguiente,

– Ejecuciones no iniciadas que recaigan sobre bienes afectos: imposible iniciarlas hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso.

– Ejecuciones no iniciadas sobre bienes no afectos: guardaba silencio la LC, pero no era aplicable el art. 55 LC –que impediría la ejecución– sino el art. 56.1 LC interpretado a *sensu contrario*, lo que hacía posible la ejecución en cualquier momento, a pesar de la declaración de concurso.

– Ejecuciones iniciadas sobre bienes afectos cuando se declara el concurso: la regla general es que dichas ejecuciones se suspenden desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento, siendo la excepción el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios –no simplemente afectos– para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Estas ejecuciones podrán reanudarse en los términos anteriores.

– Ejecuciones iniciadas sobre bienes no afectos cuando se declara el concurso: nada se decía, pero debe aplicarse el criterio anterior que permite continuar la ejecución, con la duda de si era necesario interrumpir el procedimiento de forma inmediata hasta que constara que los bienes no estaban afectos o, a la inversa, solo se interrumpiría cuando constara esa afectación, prosiguiendo en otro caso²⁰.

ii) Inicio o reanudación de ejecuciones: en paralelo había que prestar atención a las normas de procedimiento del art. 57 LC, en especial por el corte temporal que marcaba la apertura de la fase de liquidación. Según esto había que separar los siguientes supuestos:

– Acciones ejecutivas sobre bienes afectos que se inician o reanudan transcurrido el plazo de espera, pero antes de que se haya abierto la fase de liquidación: podrán tramitarse en pieza separada y las actuaciones ejecutivas, que corresponden al JC, se “acomodarán” a las normas propias del procedimiento judicial/extrajudicial que corresponda. La posterior apertura de la liquidación no incide en el procedimiento (art. 57.2 LC).

– Acciones ejecutivas que no hubieran sido ejercitadas antes de la declaración de concurso, y tampoco al abrirse la fase de liquidación, se tratara o no de bienes afectos: la norma no contemplaba este supuesto, pero estaba claro que todas ellas perdían el derecho a hacerlo en pieza separada.

– Acciones ejecutivas sobre bienes afectos que hubieran sido ejercitadas antes de la declaración de concurso, pero no hayan sido reanudadas antes de que se abra la fase de liquidación: se reanudan acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

– Acciones ejecutivas sobre bienes no afectos, que en cualquier momento se inician o reanudan, antes de que se haya abierto la fase de liquidación: también sobre ellas callaba el art. 57 LC, aunque parece claro que podían ejecutarse separadamente, antes de la apertura de la fase de liquidación, según las normas propias del procedimiento judicial/extrajudicial que corresponda.

iii) El pago de los créditos con privilegio especial: en sus cuatro apartados el art. 155 LC dictaba reglas específicas sobre la rehabilitación del crédito, el orden de pago, y muy especialmente en su apartado 4 sobre los modos de realización del bien en cualquier estado del concurso, disponiendo que se haría en subasta, salvo que, a solicitud de la AC, oídos el concursado y el acreedor afectado, el JC autorizara la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo pactado, con pago al contado, y en ciertas condiciones de concurrencia.