

1.7. Concursal Civil

LA COMPETENCIA JUDICIAL PARA LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES DEL CONCURSADO, OBJETO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA, Y LA STC 191/2011, DE 12 DE DICIEMBRE

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I. EL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL ACREEDOR HIPOTECARIO. JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES LEGALES IMPUESTAS AL MISMO.—II. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES SOBRE LOS QUE SE HA ABIERTO O PRETENDER ABRIRSE EJECUCIÓN SEPARADA.—III. STC 191/2011, DE 12 DE DICIEMBRE, DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES OBJETO DE EJECUCIÓN SEPARADA.—IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE CONFIGURABA LA DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES DEL CONCURSADO COMO UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL DEVOLUTIVA ABSOLUTA.—V. ¿ES NECESARIO INTERPRETAR QUE EL LEGISLADOR, AL REFORMAR EL ARTÍCULO 56 LC POR LEY 38/2011 HA CONFIGURADO LA DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES COMO UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL DEVOLUTIVA ABSOLUTA?—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL ACREEDOR HIPOTECARIO. JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES LEGALES IMPUESTAS AL MISMO

El régimen de la ejecución de la hipoteca inmobiliaria en su intersección con un procedimiento de concurso plantea el problema de si la declaración de este (art. 21 LC) tendrá o no alguna incidencia sobre la ejecución hipotecaria *en curso*, así como sobre las ejecuciones que pretendieran *iniciarse con posterioridad a dicha declaración de concurso*.

En el Derecho español ha sido clásico el principio procesal de que la *fuerza atractiva de los juicios universales es máxima* y el principio de *absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra*, formulado por SALGADO DE SOMOZA, ambos seguidos por las Ordenanzas de Bilbao de 1737, el Código de Comercio de 1829, la LEC sobre negocios y causa de comercio de 1830 (art. 236) y por la LEC 1855 (reglas 3.^a y 4.^a del art. 157). Según estos principios, el acreedor hipotecario hace valer el *privilegio especial de cobro* que le reconoce la normativa concursal, *sobre el producto de realización del bien hipotecado en el seno*

del concurso. Sin embargo, la LH de 1869 dotó al acreedor hipotecario de un procedimiento específico de protección en el artículo 133 para el ejercicio de la acción real hipotecaria, previéndose que el procedimiento *no se suspendería* por las reclamaciones de un tercero [si no estuviesen fundadas en título anteriormente inscrito] ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor *ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos*. Este fue el origen del llamado *derecho de ejecución separada*, luego recogido en el artículo 127 de la LH 1946. O sea, del derecho a satisfacer el crédito garantizado con la hipoteca *fuera del procedimiento concursal*. Como consecuencia de la admisión de tal derecho, la LEC 1881 cambió el criterio en cuanto a la acumulación, previendo ahora la *no acumulación de los juicios ejecutivos al juicio universal de concurso o de quiebra, cuando solo se persiguieran bienes hipotecados* (art. 1379 LECA en relación con el 1173.3.º y 166) (1) y si bien la regulación del Código de Comercio de 1885, sobre el crédito hipotecario, podía llevar a pensar que este no gozaba de derecho de ejecución separada, sino que debía cobrar dentro de la masa de la quiebra, la doctrina se mostró partidaria desde la misma promulgación del Código de Comercio del reconocimiento del derecho de ejecución separada, basándose en los preceptos de la LECA 1379, 1173.3.º, 161.3, 166 y 1234, y en los artículos 127, último párrafo (para el juicio ejecutivo) y 132.1 y 135.3 (para el procedimiento judicial sumario del 131 LH) de la LH 1946 (2). Y si bien la doctrina discutía acerca de si era posible el inicio de la ejecución hipotecaria, *después de la declaración de quiebra, manteniéndose posturas diversas al respecto, la postura de la jurisprudencia consistió en interpretar que la ejecución separada de la hipoteca solo procedía si se había iniciado antes de la declaración de quiebra; declarada esta no procedía iniciar la ejecución hipotecaria* (3).

El panorama cambia con la publicación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, *que expresamente exceptuaba de la acumulación al concurso los procesos de ejecución en que se persigan bienes hipotecados* (art. 98.1.2.º) *y determinaba que la declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos del ejecutado no impediría ni la iniciación ni la continuación de los procesos de ejecución hipotecaria*, que seguirían hasta la satisfacción del acreedor, debiendo remitir el juez de la ejecución el remanente, al concurso (art. 568) (4). La LEC 2000 regulaba

(1) Vid., también los artículos 1234.2.º y 1319 LEC 1881.

(2) Cfr. ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», en *Las claves de la Ley Concursal*. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I., y BONET NAVARRO, A., 2005, págs. 292 y 293. Tras la reforma de la legislación hipotecaria de los años 1909 y 1915, se regulan dos procedimientos posteriores al juicio ejecutivo para el ejercicio del derecho real de hipoteca: el procedimiento extrajudicial y el procedimiento judicial sumario, que elimina la reducida fase declarativa del juicio ejecutivo. El primero era, por definición, inacumulable al juicio universal. Respecto del segundo, el artículo 132 LH reproducía la formulación contenida en el artículo 133 de la LH de 1869 y el artículo 135.3 declaraba que el procedimiento no era acumulable a un juicio universal.

(3) GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Estudios Jurídicos. Abogados del Estado*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pág. 677.

(4) Señalaba el artículo 568 LEC 2000:

«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 suspensión de pagos, concurso o quiebra. Por excepción, tales situaciones no impedirán el inicio de la ejecución singular, si esta se limitare a los bienes previamente hipotecados o pignoralados 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

el derecho de ejecución separada de forma *muy amplia, yendo más allá de lo que había entendido la Jurisprudencia bajo la vigencia de la LEC 1881.*

Tras la reforma operada por la Ley Concursal (Disposición Final 3.^a), el artículo 568 LEC y el artículo 127 LH, *remiten en este tema a la LC.* Esta, en su Disposición Final 3.^a modificó el párrafo segundo del apartado 1.2.º del artículo 98 LEC, que quedó redactado de la forma siguiente: «Se exceptúan de la acumulación, a que se refiere este número, *los procesos de ejecución en que solo se persigan bienes hipotecados o pignorados*, que en ningún caso se incorporarán al proceso sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución». *Parece, pues, que ya no están exceptuados de la acumulación al concurso, los procesos de ejecución en que se persigan bienes hipotecados, debiendo procederse conforme a lo previsto en la legislación concursal.* En cuanto al artículo 568 LEC, pasó a señalar lo siguiente: «*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. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.*». En cuanto al párrafo 7.º del artículo 127 LH, quedó redactado de la forma siguiente: «Será juez o tribunal competente para conocer del procedimiento el que lo fuera respecto del deudor. 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. *En caso de concurso regirá lo establecido en la Ley Concursal.*».

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que ha entrado en vigor el 4 de mayo de 2010, modifica ligeramente el artículo 568 LEC en el siguiente sentido:

- «1. *No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso.*
2. *El secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso.* El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento, ya iniciado, que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados, estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.
3. *Si existieren varios demandados, y solo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto a que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás.*

Posteriormente, la Ley 38/2011 ha modificado el redactado del artículo 568.2 LEC, indicando: «*El secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento, ya iniciado, que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la LC.*».

los acreedores hipotecarios posteriores, dentro de los límites de sus respectivas garantías hipotecarias, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal».

La LEC 2000 dejó inalterado el artículo 127 LH, pero dio nueva redacción a los artículos 132 y 135.

Señalada la normativa prevista en la LEC y vista su constante remisión a la LC, hemos de analizar qué establece esta respecto de las ejecuciones singulares, y en particular, respecto de la ejecución especial hipotecaria.

Hay que tener en cuenta que uno de los principales efectos del concurso de acreedores es el de *proteger el patrimonio del deudor frente a las acciones singulares que pueden intentar sus acreedores*. Para el deudor que tiene intención de continuar su actividad profesional o empresarial, el concurso constituye una especie de «escudo», frente a sus acreedores, para mantener íntegro su patrimonio en tanto procede a reestructurar su negocio. Desde el punto de vista de los acreedores singulares, la declaración de concurso también constituye un «escudo» protector, pues evita la carrera de estos en su intento de realizar sus créditos y asegura la aplicación del principio *par conditio creditorum*, según el cual los acreedores ordinarios cobrarán en el concurso a prorrata, esto es, sin distinción de fechas, en proporción a su crédito y a los bienes existentes en la masa activa, así como la de los privilegios y preferencias establecidos para caso de concurso. Según lo expuesto, el concurso, si bien no es, en principio, incompatible con los procesos declarativos en la medida en que por sí mismos no constituyen un ataque al patrimonio del deudor, por el contrario, sí es casi siempre incompatible con la *ejecución singular* (sea ejecución forzosa singular contra todo el patrimonio del deudor para la realización de un crédito singular, sea ejecución especial contra determinados bienes del deudor dados en garantía del cumplimiento de la obligación cuya realización se pretende), ya que puede mermar el patrimonio afecto al concurso, esto es, la masa activa.

Si nos atenemos al artículo 55 LC, tal y como ha quedado redactado tras la Ley 38/2011, resulta que:

- «1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Hasta la aprobación del plan de liquidación podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
3. Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso, conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos.
4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.

Señalada, pues, por la LC, la incompatibilidad como regla general de las ejecuciones singulares, con el juicio universal de concurso, el artículo 55.4 LC exceptúa del régimen de las ejecuciones forzosas singulares, las ejecuciones de garantías reales, y por lo tanto prevé un régimen especial para el acreedor hipotecario.

Tanto de la Exposición de Motivos de la misma (apartado III, párrafo 9.º), como del artículo 155.1 y 55.4, 56 y 57.3 LC (particularmente tras la nueva redacción dada por la Ley 38/2011 al art. 56.2), resulta la existencia para el acreedor hipotecario de *un derecho de ejecución separada*, si bien existía doctrina que negaba la existencia del derecho de ejecución separada (así DÍAZ FRAILE o J. J. JURADO) (5). Se trataría de la posibilidad de una *ejecución individual*, en la que los bienes objeto del privilegio especial hipotecario (art. 90.1.º LC) *se realizarían de manera individual, frente a la ejecución colectiva, propiamente concursal, que tiene lugar en fase de liquidación y en la que los bienes de la masa activa se realizan de manera conjunta, sujetándose al plan de liquidación (art. 148) o a las reglas legales supletorias (art. 149)*. Dicha ejecución individual se discute si es *intraconcursal* (ante el juez del concurso, en pieza separada) o *extraconcursal* (ante el juez de primera instancia o el notario, en caso de venta extrajudicial). Si realizada la hipoteca en la ejecución separada, el crédito no se hubiese satisfecho en su totalidad, el artículo 157.2 LC prevé que los créditos ordinarios serán satisfechos *a prorrata (par conditio creditorum), conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que estos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos* (6).

(5) Esta posición resulta muy interesante, atendiendo al principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra y al principio clásico en el Derecho Procesal de que la fuerza atractiva de los juicios universales es máxima. En todo caso, siendo la opinión mayoritaria la que entiende que el acreedor hipotecario goza en la LC de un derecho de ejecución separada, y estando aplicándose de esta forma la LC en los Tribunales, desarrollaré este trabajo partiendo como tesis de la opinión mayoritaria.

(6) La Ley conecta a la garantía real hipotecaria un *privilegio especial*, por otorgar al acreedor un derecho de satisfacción (cobro) preferente *sobre el bien afecto a la garantía frente al privilegio general que otorga un derecho de satisfacción preferente sobre el patrimonio del deudor* (arts. 90.1.1.º, 155.1 y 156 LC). El privilegio especial sobre los bienes hipotecados se reconoce tanto en caso de ejecución individual (separada), como de ejecución colectiva (en el seno de la liquidación concursal). Para la *efectividad del privilegio* se requiere cumplir ciertos requisitos:

Primero, que la garantía esté constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, esto es, la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 90.2 LC, 606 CC y 32, 145.2.º y 159 LH). Se exceptúan de esta regla las hipotecas legales tácitas.

Segundo, que se incluyan en la lista de acreedores. Al tratarse de una garantía real inscrita en Registro Público, se incluirá necesariamente, sin perjuicio de la facultad de la administración concursal para impugnar en juicio ordinario, y dentro del plazo para emitir su informe, la existencia y validez de los créditos (art. 86.2.º LC) [SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.). Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1045]. Si concurrieren varios créditos dotados de privilegio especial sobre un mismo bien, como el artículo 90 LC, según ha indicado la doctrina, no establece preferencias entre privilegios especiales, sino que se limita a hacer una enumeración de los mismos, habría que estar al artículo 155.3.2.º [aplicable en caso de ejecución separada y colectiva (art. 155.1 LC)], según el cual, si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la *prioridad temporal*

Ahora bien, reconocido el derecho de ejecución separada, la ley sujeta a dicho derecho a un plazo de espera, *si se trata de bienes afectos a la actividad empresarial*, en interés del concursado, para evitar que en la fase inicial del concurso, el deudor pueda verse privado de bienes afectos a su actividad, como consecuencia de la ejecución precipitada de garantías reales. De este modo se facilita la *continuación de su actividad durante esa fase inicial del concurso. Trataremos de justificar, a continuación, el porqué de esta restricción legal del derecho de ejecución separada de la garantía hipotecaria.*

Hay que tener en cuenta que la hipoteca, como derecho real de garantía, lo que asegura al acreedor es la satisfacción del crédito garantizado con el producto del bien hipotecado, con independencia de que esa ejecución se produzca dentro o fuera del concurso, de manera que la ejecución separada, como señala HERRERA CUEVAS, en este sentido, *no pertenece a la esencia de la garantía real* (7). *Por ello, el Derecho Histórico sujetaba al acreedor hipotecario a la ejecución colectiva, sin afectar por ello a la naturaleza de la garantía hipotecaria. Constituye, pues, el derecho de ejecución separada, un privilegio procesal respecto de los demás acreedores del concursado, y una excepción al principio de universalidad del concurso, o de doble integración universal, que tiende a impedir que ningún acreedor actúe (realice su crédito) al margen del procedimiento (art. 49), y que ningún bien se detraiga de la masa activa (art. 76).*

Es evidente que si bien el acreedor hipotecario puede tener el interés de no encontrar obstáculos para ejecutar su garantía, y de realizarla en el plazo más breve posible, los demás acreedores del concurso tienen el interés de no perder el control de unos bienes que, normalmente, suelen suponer una parte importante del patrimonio del concursado. Se trata de evitar la disgregación de la masa activa y la tardanza en su configuración definitiva. Desde una perspectiva liquidatoria, se trata de fiscalizar que el bien es enajenado en las mejores condiciones económicas posibles y salvaguardar así el posible sobrante que se pueda generar (siendo de notar que una ejecución colectiva donde los bienes hipotecados se enajenan, por ejemplo, como un todo con otros bienes, puede ser más ventajosa para los restantes acreedores que la ejecución individual separada). Desde la óptica de la conservación de la empresa, se trata de no perder unos bienes que pueden ser esenciales para la continuación de la actividad económica y, por tanto, para la obtención de unos ingresos con los que satisfacer a los acreedores (8). Desde la óptica del convenio, se trata de facilitar

que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de esta. La regla, en suma, tratándose de hipotecas, es la de *prior tempore, potior iure*, determinándose la prioridad de la hipoteca por la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad [fecha del asiento de presentación (art. 24 LH)].

(7) HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*. Europea de Derecho. Editorial Jurídica. Madrid, 2003, pág. 391, nota 211.

(8) Cfr. SALINAS ADELANTADO, C., «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4, 2005, pág. 3862. La conservación de la empresa no es, en principio, fin de un procedimiento concursal, pero se conceptúa como medio de lograr la satisfacción de los acreedores, que sí es la razón última del procedimiento. En este sentido, la LC propicia por distintas vías el convenio y la conservación de la empresa, frente a su liquidación, en aras de la satisfacción de los acreedores, en el implícito entendimiento de que por esta vía se optimizan los recursos con los que habrán de ser satisfechos los

la adhesión al mismo del acreedor hipotecario, en lo cual tendrá un menor interés si dispone de un derecho de ejecución separada absoluto. El legislador, queriendo proteger los intereses, pues, del deudor, y de los demás acreedores concursales, porque ello beneficia al concurso en su conjunto, ha establecido una serie de restricciones y limitaciones al derecho de ejecución separada, *para no perturbar el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impedir soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. Dichas limitaciones vienen a consistir en una paralización o suspensión temporal de las ejecuciones hipotecarias que recaen sobre bienes del concursado afectos a la actividad empresarial (cfr. art. 56.2 LC, particularmente); no así para los que recaen sobre bienes no afectos (o siendo afectos, no necesarios, en ciertos casos).* Como señala la Exposición de Motivos, «este efecto, de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales, se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia», teniendo presente además que en la Exposición de Motivos, apartado V, se señala que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores *ha de constituir la regla general del concurso.*

Las señaladas limitaciones al derecho de ejecución separada consisten, detallando más, en una paralización temporal del inicio de ejecuciones hipotecarias separadas sobre bienes del concursado, afectos a la actividad empresarial, una vez declarado el concurso hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho o bien hasta que transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Las ejecuciones sobre los mismos bienes que estuviesen iniciadas al tiempo de la declaración de concurso se suspenden durante los mismos plazos (arts. 56.1 y 2 LC).

Centrándonos en la paralización-suspensión de ejecuciones separadas hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad empresarial, como el artículo 44 LC indica que la regla general es que la declaración de concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, es evidente que los ingresos que tal actividad genere, se irán incorporando a la masa activa (art. 76 LC) para la satisfacción de los acreedores. Desde este punto de vista, una paralización temporal de las ejecuciones sobre bienes afectos *permite la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan salidas razonables para la situación de concurso, ya sea el convenio, ya sea su ordenada liquidación* (9) *y constituye un mecanismo que puede*

acreedores, frente a la liquidación, que conlleva destrucción de valor empresarial, en particular en lo relativo a su núcleo intangible (fondo de comercio, *Aviamento* o *good will*) referido a la actividad de organización realizada por el empresario que confiere a los elementos materiales un valor añadido. En principio, todo convenio, en supuestos en que el deudor tenga la condición de empresario o profesional, sería de continuación en la actividad, pues la Ley prohíbe que la propuesta de convenio consista en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas (art. 100.3 LC) (PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 266, octubre-diciembre de 2007, págs. 889 a 891).

(9) ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», *op. cit.*, pág. 302. MAIRATA LAVIÑA, J., «Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales», en *Comentarios a la Legislación Concursal. Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal*. PULGAR

beneficiar a todos los acreedores. Por otro lado, la norma parte de la presunción de que una organización articulada de bienes incorpora un valor superior al de la mera suma de los elementos materiales que la integran. En este sentido, la paralización de la ejecución hipotecaria constituye *presupuesto de ciertas medidas que pueden adoptarse en el convenio o deben adoptarse en la liquidación.* «Así con relación a las que pueden adoptarse en el convenio encontramos la posibilidad de incluir en la propuesta de convenio proposiciones de *enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o de determinadas unidades productivas* (art. 100.2.II), *proposiciones de fusión o escisión de la persona jurídica concursada* (art. 100.3), *proposición de contar para el cumplimiento del convenio con los recursos que genere la continuación total o parcial en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial.* Con relación a las que deben adoptarse en la liquidación, encontramos la previsión de que siempre que sea factible, el plan de liquidación deberá contemplar la enajenación unitaria de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos (art. 148.1 LC); la previsión de que, en defecto de plan de liquidación, se lleve a cabo como un todo la enajenación de los dichos establecimientos, salvo que el juez, previo informe de la administración concursal, estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada (art. 149.1.1.º)» (10).

En otro orden de cosas, el fundamento de la paralización también hay que verlo en la opción que contempla el artículo 155.2 LC, y al cual se remite el artículo 56.3. En tanto esté en vigor la paralización o la suspensión de las ejecuciones hipotecarias, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de los créditos hipotecarios que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. Se trata de conceder a los administradores concursales un término de gracia para poder enervar la ejecución del acreedor hipotecario, si ello es lo que más conviene a los intereses del concurso.

Finalmente, la paralización incentiva que los acreedores hipotecarios participen en el convenio, como alternativa a la ejecución separada. Así por ejemplo, un acreedor financiero o un proveedor con garantía real puede tener interés en alcanzar un convenio si desea seguir manteniendo relaciones contractuales en el futuro con el deudor, hasta el punto de que la continuidad empresarial de este deudor sea más importante que la satisfacción actual del crédito garantizado [por ejemplo, en un entorno de continuación a una entidad bancaria le puede convenir renunciar a su privilegio a cambio de asumir todas las operaciones bancarias del concursado]. O si la garantía es de escaso valor aisladamente o separada de la unidad productiva en que se integra (11).

Por último, la paralización de las ejecuciones hipotecarias obedece también al principio de universalidad de la ejecución o a la protección de la unidad de

EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOCER GARAU, G. (dirs.). Tomo I, Dykinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 702 y 703.

(10) SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 de la Ley Concursal. Paralización de ejecuciones de garantías reales», *op. cit.*, págs. 1048 y 1049.

(11) CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pág. 57.

patrimonio del concursado. PULGAR EZQUERRA cifra la *ratio legis* de la paralización en el principio de universalidad del artículo 76 (12).

Junto a la restricción señalada de la paralización de las actuaciones ejecutivas no iniciadas y suspensión de las ya iniciadas desde que conste en el correspondiente procedimiento la declaración de concurso (art. 56.1 y 2), hay que destacar otras limitaciones al derecho de ejecución separada como *la necesidad de una decisión del juez del concurso sobre la procedencia de la iniciación o reanudación de la ejecución que pretenda llevar a cabo el acreedor durante la tramitación del concurso* (art. 57.1) y *la pérdida de la facultad de proceder a la realización separada una vez abierta la fase de liquidación* (art. 57.3) (13).

II. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES SOBRE LOS QUE SE HA ABIERTO O PRETENDE ABRIRSE EJECUCIÓN SEPARADA

Determinado que la LC reconoce un derecho de ejecución separada sujeto a ciertas restricciones al acreedor hipotecario, la cuestión a dilucidar es si estas restricciones afectan solo a las hipotecas sobre bienes del deudor afectos a la actividad empresarial o profesional o también a bienes no afectos.

A la vista de la tramitación parlamentaria (14), podría pensarse que puesto que fue aceptada la propuesta de supresión del párrafo 5.º del artículo 55 del Proyecto, y no fue aceptada al mismo tiempo, la enmienda número 283 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, luego, número 141 en el Senado, fue voluntad del legislador la no paralización de las ejecuciones hipotecarias que recaigan sobre bienes no afectos a la actividad empresarial, singularmente, sobre la vivienda familiar. Sin embargo, lo único cierto es que con la supresión del mencionado apartado habían quedado sin regulación específica en la ley las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial (15). No obstante, la doctrina, por un camino u otro, venía a señalar la no paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes no afectos a la actividad empresarial, si bien intenté defender la exclusión del derecho de ejecución separada para la vivienda familiar por la vía de entender que la exclusión del artículo 55.4 de las garantías reales, respecto del régimen del artículo 55.1 y 2 LC, era en exclusiva para las que recayesen sobre bienes afectos a la actividad empresarial (16).

(12) PULGAR EZQUERRA, J., «El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2002, págs. 680 y 681.

(13) SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 de la Ley Concursal. Paralización de ejecuciones de garantías reales», *op. cit.*, págs. 1043 y 1044.

(14) Cfr. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El acreedor hipotecario y el artículo 56 LC», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 75, julio-septiembre de 2012, págs. 88 a 96.

(15) En este sentido ha dicho IRIBARREN BLANCO que «de ningún modo debía haber llevado a la supresión del apartado [5.º del art. 55], porque con ello quedaban sin regular las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos» (IRIBARREN BLANCO, «El acreedor con garantía hipotecaria en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4. 2005, pág. 3767, nota 14).

(16) JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El acreedor hipotecario y el artículo 56 LC», *op. cit.*, págs. 106 a 115.

Tras la reforma introducida en el artículo 56.2 LC, pienso que ya no es posible defender aquella exclusión en términos absolutos. Ahora, con mayor claridad, la LC menciona la posibilidad de continuar la ejecución hipotecaria ya iniciada en la fecha del auto de declaración de concurso, si el bien objeto de ejecución hipotecaria no está afecto a la actividad empresarial. Señala el mencionado precepto: «Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Solo se alzaré la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectados o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» (17).

En todo caso, la reforma muestra que se hacía precisa la mención explícita que ahora contiene el artículo 56.2 LC a la continuación de la ejecución hipotecaria iniciada antes de la declaración de concurso sobre bienes no afectados a la actividad empresarial, pues, de lo contrario, era viable aplicarle a dicha ejecución el régimen del artículo 55.2 LC.

Es evidente, pues, que resulta fundamental a la hora de decidir el régimen jurídico aplicable a la ejecución hipotecaria, dadas las restricciones existentes al derecho de ejecución separada cuando la garantía hipotecaria recae sobre bienes afectados, dilucidar si el bien objeto de ejecución, e integrado en el patrimonio del deudor, es un bien afecto a la actividad empresarial o un bien no afecto. O si, en todo caso, si es o no necesario para la continuidad de la actividad empresarial, pues a la luz del antiguo artículo 56.2 LC, puede entenderse que si ya están publicados los anuncios de la subasta de un bien afecto a la actividad empresarial al tiempo de la declaración de concurso, esto es, la subasta está muy avanzada, y los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, según el artículo 56.2 LC, en su nueva redacción «se alzaré la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes... no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

Queda claro, pues, que es fundamental para determinar el régimen jurídico aplicable a una ejecución hipotecaria (antes de la reforma de la Ley 38/2011) y después de esta, determinar previamente si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

(17) Lo que sigue siendo factible es entender que para las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar que pretendan iniciarse tras la declaración de concurso no existe régimen espacial ninguno regulado por la LC, por lo que les resultaría de aplicación el régimen general del artículo 55.1 LC. Esta interpretación dotaría de un mayor sentido al concurso de persona física consumidora y fomentaría la adopción en este de un convenio al que con mayores probabilidades se adheriría el acreedor hipotecario. Quizá resulte difícil que esta interpretación prospere si tenemos en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales favorables a la ejecución separada de la vivienda familiar hipotecada, pero desde luego permitiría una mayor protección de la familia en la que uno o ambos cónyuges han sido declarados en concurso.

Ahora bien, la cuestión es qué órgano judicial debe determinar tal carácter del bien, así como quién tiene la competencia objetiva para conocer de la ejecución hipotecaria, cuando esta entra en intersección con un procedimiento concursal.

En este contexto es donde cobra valor la STC 191/2011, de 12 de diciembre.

III. STC (SALA 1.^a) 191/2011, DE 12 DE DICIEMBRE, DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES OBJETO DE EJECUCIÓN SEPARADA

Ante el Juzgado de Primera Instancia, número 32 de Madrid, se instó por el Banco Pastor, S. A., procedimiento de ejecución hipotecaria contra la entidad mercantil Promociones y Obras Tiziano, S. A., quedando afectados a la ejecución cincuenta y nueve inmuebles, cincuenta y siete viviendas y dos locales comerciales, ocupados todos por terceros.

Posteriormente, el Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, dictó Auto de declaración de concurso voluntario de dicha entidad mercantil, el 4 de septiembre de 2006. Con base en el artículo 56 LC, dicho Juzgado dictó Auto el 1 de marzo de 2007, requiriendo al Juzgado de Primera Instancia, número 32, para que suspendiera la ejecución hipotecaria hasta que el Juzgado de lo Mercantil resolviera si dichas fincas, integradas en la masa activa del concurso, eran o no necesarias para la continuidad de la actividad empresarial de la entidad concursada. Dicho requerimiento se hizo antes de que estuviese anunciada la subasta. El Juzgado de Primera Instancia contestó negativamente al requerimiento por entender que tales fincas ya no pertenecían a la concursada, que las había transmitido a terceros, por lo que no existía causa para suspender la ejecución, ordenando proseguirla y convocando la subasta por providencia de 20 de marzo de 2007, para el 26 de junio de 2007.

Antes de dicha fecha, el 14 de junio de 2007, el Juzgado de lo Mercantil dictó Auto declarando que las referidas fincas estaban afectas a la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, dando cuenta al Juzgado de 1.^a Instancia a efectos de suspensión del procedimiento de ejecución, en virtud del artículo 56.2 LC. En la misma fecha, el Juzgado de 1.^a Instancia volvió a responder que ninguna de las fincas pertenecía al patrimonio de la concursada y que todas las partes del proceso de ejecución hipotecaria habían aceptado su competencia, y, por ello, su decisión sobre la procedencia o no de la paralización del procedimiento ejecutivo.

Ante esta situación, el Juez de lo Mercantil planteó por Auto de 21 de junio de 2007 una cuestión de competencia ante la Audiencia Provincial de Madrid, órgano superior jerárquico común de ambos (art. 51 LOPJ). Este Auto de planteamiento de la cuestión fue comunicado al Juzgado de la ejecución hipotecaria el 22 de junio de 2007, el cual dictó providencia de dicha fecha, reiterando que no procedía el planteamiento de la cuestión de competencia de oficio, dado que el único mecanismo de control de la competencia es a instancia de parte (por medio de la declinatoria), mecanismo no utilizado por las partes, por lo que devino firme el Auto de 24 de noviembre de 2006, por el que se había declarado competente, insistiendo en que la presente ejecución, desde el principio, recae sobre bienes de terceros, y no sobre bienes de la concursada, no procediendo aplicar el artículo 56 LC. Pocos días después, el 26 de junio de 2007, se celebró la subasta de las fincas en cuestión, con adjudicación de los inmuebles a la ejecutante.

El 20 de septiembre de 2007, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigesimosexta, dictó Auto resolutorio de la cuestión de competencia, declarando *la competencia del Juzgado de lo Mercantil para decidir si los inmuebles, objeto de ejecución hipotecaria, estaban o no afectos a la actividad empresarial de la concursada y su carácter necesario a efectos de la continuidad de la misma, al tratarse de una cuestión prejudicial devolutiva necesaria para que el Juzgado de Primera Instancia pudiera resolver después*, y partiendo de ello si suspendía la ejecución de las fincas correspondiendo, en todo caso, al juez del concurso decidir sobre si los bienes objeto de ejecución hipotecaria están o no integrados en la masa activa del concurso, sin que el hecho de que la sociedad deudora hubiera solicitado del Juzgado de Primera Instancia la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria por aplicación del artículo 56 LC, otorgue a dicho Juzgado la competencia objetiva para decidir sobre si los bienes estaban o no afectos a la actividad empresarial de la concursada. Indicando el Auto, por lo tanto, que el Juzgado de Primera Instancia debería resolver sobre si procede o no suspender la subasta, *partiendo de lo resuelto por el Juzgado de lo Mercantil sobre aquellos extremos*.

El 22 de octubre de 2007, el Juzgado de Primera Instancia acusó recibo del oficio procedente de la AP de Madrid, comunicando el Auto resolutorio de la cuestión de competencia. Con base en dicho Auto, la concursada interpuso en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que ya se había dictado Auto, el 10 de octubre de 2007, adjudicando las fincas ejecutadas a la entidad bancaria, un incidente de nulidad de actuaciones. La concursada sostenía que el Juzgado de Primera Instancia carecía de competencia objetiva para decidir sobre la pertenencia a su patrimonio de los bienes objeto de ejecución y si estaban afectos o no a su actividad empresarial, ya que esa decisión correspondía al Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, por lo que no se podía acordar la prosecución de la vía ejecutiva. *El incidente fue inadmitido a trámite, y se expidió testimonio de adjudicación de las fincas*.

El 22 de noviembre de 2007, el Juzgado de lo Mercantil, en *consonancia con lo resuelto por la AP de Madrid, acordó dirigirse al Juzgado de Primera Instancia, a fin de manifestarle que habiendo sido declarado por este Juzgado los bienes objeto de ejecución hipotecaria, afectos a la actividad empresarial de la concursada e integrados en su masa activa, en resoluciones anteriores a la fecha de celebración de la subasta, debía comunicar el estado actual de las referidas ejecuciones hipotecarias*. El Juzgado no se hizo eco de esta petición hasta el 26 de diciembre de 2007, en que comunicó que se había celebrado la subasta con auto de adjudicación a favor de la ejecutante. Por diligencia de ordenación de 4 de enero de 2008, el Juzgado de Primera Instancia concedió un plazo de un mes a los ocupantes de las viviendas para su desalojo. El 9 de octubre de 2008, el Juzgado dictó *seis Autos de lanzamiento de los ocupantes de todos aquellos inmuebles*. Estos interpusieron incidente de nulidad de actuaciones contra los dichos seis Autos, ante el Juzgado Ejecutor, denunciando falta de jurisdicción y competencia objetiva y funcional y por haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento al haber incumplido lo ordenado por la AP de Madrid. El 22 de octubre de 2008, el Juzgado dictó providencia de inadmisión a trámite del incidente de nulidad, declarando su extemporaneidad, puesto que habían transcurrido más de dos años dentro del procedimiento de ejecución, sin que quienes ahora actuaban hubiera discutido su competencia, lo que debieron hacer a través de la declinatoria, añadiendo que la paralización de la ejecución *ex* artículo 56 LC, había sido resuelta por el mismo en Auto firme de 24 de noviembre de 2006, por lo que procedía estar a lo acordado en el mismo.

Ante esta inadmisión, se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional el 4 de noviembre de 2008, contra los seis Autos del Juzgado de Primera Instancia de 9 de octubre de 2008, por los que se acordaba el lanzamiento de los ocupantes de 59 inmuebles (57 viviendas y 2 locales comerciales), y contra la providencia de 22 de octubre de 2008, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones contra dichos Autos.

La demanda de amparo aducía vulneración por las resoluciones recurridas del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, al haber actuado el Juzgado de Primera Instancia en contra de las reglas sobre suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, en los casos de afección de los bienes a un proceso concursal, como ocurría con las fincas objeto de ejecución hipotecaria, que fueron declaradas ex artículo 56.2 LC, bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada por el Juez del Concurso. De manera que el Juzgado ejecutor hizo caso omiso tanto de la letra de la ley (art. 56.2 LC), como del requerimiento efectuado por el juez del concurso para que suspendiera la ejecución, y sobre todo, de la indicación vinculante dada por el superior de ambos, la Audiencia Provincial de Madrid. En consecuencia, se considera vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley por negarse de manera arbitraria e irrazonable el juez de la ejecución hipotecaria a acatar el pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil sobre la afección de las fincas al patrimonio de la entidad concursada, a pesar de imponerlo su superior jerárquico, la Audiencia Provincial, al resolver la cuestión de competencia entre ambos, y negarse con ello a acordar la suspensión de la ejecución en virtud de dicha afección. Como una segunda manifestación lesiva del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), la demanda sostenía que la actitud del juez ejecutor revelaría una falta de la debida garantía de imparcialidad que estaba obligado a observar, imparcialidad que protege claramente el artículo 24.2 CE y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El requisito de la especial transcendencia constitucional del recurso se justificaba sobre la base de la gravedad de la lesión del derecho, y la inexistencia de jurisprudencia del TC sobre un supuesto vulnerador del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, con las connotaciones que concurren en el presente caso (en definitiva, vulneración de dicho derecho por la indebida inobservancia de una cuestión prejudicial devolutiva). Finaliza la demanda suplicando al TC dicte sentencia estimatoria, con nulidad de la providencia y Autos recurridos y de las actuaciones del proceso hipotecario desde el 13 de marzo de 2007, declarando la competencia del Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, para conocer del mismo en el seno del procedimiento concursal, con lo demás que en Derecho sea procedente.

El MF interesó la inadmisión y, en su defecto, la desestimación del recurso. Entendía el Ministerio Público que el derecho invocado no había sido lesionado, pues la AP de Madrid no había negado la competencia del Juez de Primera Instancia para resolver sobre la suspensión de la ejecución hipotecaria, sino que había atribuido al Juez de lo Mercantil la competencia para resolver sobre la integración de las fincas ejecutadas en el patrimonio de la entidad concursada y sobre el carácter de afectos a su actividad profesional o empresarial.

El TC admitió a trámite el recurso de amparo, y acordó por la vía urgente del artículo 57.6 LOTC, suspender la ejecución de los Autos impugnados y de cualquier actuación posterior del Juzgado de Primera Instancia tendente al cumplimiento efectivo del lanzamiento de las viviendas, con base en el riesgo de irreparabilidad del perjuicio derivado de la pérdida de posesión a sus ocupantes,

accediendo además a que se acordase la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la demanda de amparo.

En su resolución del recurso, el TC no consideró que se hubiera producido una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, según la doctrina al respecto sentada por el mismo. En cuanto al contenido esencial de dicho derecho fundamental, el TC indica que tiene declarado, «desde la STC 47/1983, de 31 de mayo (RTC 1983/47), F. 2, que dicho derecho exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional [SSTC 48/2003, de 12 de marzo (RTC 2003/48), F. 17; 32/2004, de 8 de marzo (RTC 2004/32), F. 4; 60/2008, de 26 de mayo (RTC 2008/60), F. 2]. *Constituye también doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias* [por todas, STC 115/2006, de 24 de abril (RTC 2006/115), F. 9]. No puede confundirse, por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido [entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre (RTC 1998/238), F. 3; 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999/49), F. 2; 183/1999, de 11 de octubre (RTC 1999/1839, F. 2; 164/2008, de 15 de diciembre (RTC 2008/164), F. 4]» [STC 220/2009, de 21 de diciembre (RTC 2009/220), F. 3; en el mismo sentido, SSTC 208/2009, de 26 de noviembre (RTC 2009/208), F. 5; y 134/2010, de 2 de diciembre (RTC 2010/134), F. 2].

No obstante, este Tribunal ha apreciado cometida la vulneración del derecho fundamental de referencia cuando se dicta una decisión que supone *despojar de la potestad de jurisdicción al órgano judicial —o en su caso al titular de este— que la ostentaba, «contra el texto claro e inequívoco de la Ley»* [STC 35/2000, de 14 de febrero (RTC 2000/35)...]; o lo que es lo mismo, cuando modifica «sustancialmente las normas sobre atribución de competencia legalmente establecidas, en aplicación de la tesis no avalada por norma legal alguna, y no exenta de complicaciones de extenderse en el futuro» [STC 131/2004, de 19 de julio (RTC 2004/131), F. 4...].

Así caracterizada la vulneración del derecho fundamental que se invoca (juez ordinario predeterminado por la Ley, art. 24.2 CE), no cabría situar los términos de la queja formulada en este amparo como un caso estricto de privación o despojo de sus competencias naturales a alguno de los órganos judiciales aquí concernidos. De ello es prueba el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de septiembre de 2007, que declara la competencia del Juzgado de lo Mercantil para resolver sobre la pertenencia o no al patrimonio del concursado del bien objeto de la ejecución hipotecaria sin perjuicio de que *deba resolver «el Juzgado de Primera Instancia, número 32 de Madrid, sobre si procede o no suspender la subasta señalada en el proceso de ejecución hipotecaria número 154-2006, partiendo de lo resuelto por el Juzgado de lo Mercantil sobre estos extremos»*. Hasta aquí una primera argumentación del TC.

En efecto, centrandó el problema planteado, los recurrentes alegan la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, *porque no se ha resuelto por quien correspondía la cuestión prejudicial civil devolutiva, que se había planteado en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, una vez conocida la situación de concurso de la ejecutada*.

En un sentido amplio surge un fenómeno de prejudicialidad en un proceso, siempre que en el mismo una cuestión debe ser decidida lógicamente antes que la cuestión principal objeto del mismo. Pero en un sentido más estricto, se habla de *prejudicialidad*, o se dice que en un proceso existe una *cuestión prejudicial*, «cuando la decisión de la cuestión de fondo principal que constituye el objeto del mismo exige, o tiene como antecedente lógico resolver previamente otra cuestión sustantiva (no procesal), que, en hipótesis, podría haber dado lugar —o podría dar lugar en el futuro— a otro proceso (en el que la cuestión ahora prejudicial sería la cuestión principal)» (18). Las cuestiones prejudiciales pueden ser *de la misma naturaleza que la cuestión principal o de distinta naturaleza que la cuestión principal*. En el ámbito del proceso civil, las primeras se dan cuando son también civiles o mercantiles, es decir, propias del orden jurisdiccional civil. Se habla, entonces, de *prejudicialidad civil en el proceso civil*. En función del tribunal que puede conocer de la cuestión prejudicial esta es *no devolutiva*, si el conocimiento de la cuestión se atribuye al mismo tribunal que conoce de la cuestión principal y *devolutiva*, si la decisión de la cuestión prejudicial corresponde a un tribunal distinto del que está conociendo de la cuestión principal. Mientras, en el caso de la prejudicialidad no devolutiva, la cuestión es resuelta en la sentencia como antecedente lógico-jurídico de la decisión de la cuestión principal y a los solos efectos prejudiciales, como dice el artículo 10.1 LOPJ, esto es, sin que el pronunciamiento sobre la cuestión tenga fuerza de cosa juzgada, en el caso de la *prejudicialidad devolutiva* esta es *suspensiva*, es decir, se suspende el curso de los autos en tanto la misma sea resuelta por el tribunal competente. En este caso, la decisión de dicho tribunal vinculará al del primer proceso. Entre las cuestiones prejudiciales devolutivas se distingue entre absolutas (aquellas en que el tribunal *está obligado a suspender el proceso y remitir la decisión de la cuestión prejudicial al tribunal competente*) y relativas (aquellas en que el tribunal está facultado para hacerlo o no hacerlo, ya sea discrecionalmente, o si se dan ciertos presupuestos) (19).

Resulta evidente que, dado el contenido de los artículos 55 y 56 LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, la decisión relativa al carácter afecto o necesario de los bienes, podía configurarse como una *cuestión prejudicial civil* en el proceso de ejecución hipotecaria que estuviese en curso al dictarse el auto de declaración de concurso del ejecutado. Así, desde luego, lo consideraban ambos órganos judiciales en conflicto, si bien, para el Juzgado de 1.ª Instancia, la cuestión *no era devolutiva, considerándola devolutiva el Juzgado de lo Mercantil*. En el caso de autos, no pudo apreciarse vulneración por parte del Juzgado de 1.ª Instancia del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, *al no existir una norma clara que atribuyese competencia objetiva para resolver tal cuestión prejudicial al Juez del concurso*, al señalar el artículo 9 LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2011: «La jurisdicción del juez [del concurso] se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento». Artículo que podía interpretarse en el sentido de que cualquier cuestión prejudicial, siempre que su resolución fuese necesaria para el buen desarrollo del concurso, y por lo tanto, las cuestiones prejudiciales civiles [con excepción de lo dispuesto en el art. 10.2 LOPJ, para las cuestiones prejudiciales penales] debía ser resuelta por el

(18) DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO, GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2000, pág. 543.

(19) *Op. cit.*, págs. 543 y 544.

Juez del Concurso. Pero el texto no era todo lo claro que hubiera sido deseable, y por ello debió el TC considerar que la decisión sobre la competencia de uno u otro órgano, *era una cuestión de legalidad ordinaria, y que en tal sentido, la actuación del Juez de Primera Instancia no podía considerarse como vulneradora del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.*

Ello, sin embargo, no determinó la desestimación del recurso interpuesto, pues habiéndose indicado en la demanda como una segunda manifestación de la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, *el carácter arbitrario e irrazonable de la actitud del Juez de Primera Instancia, el Tribunal Constitucional, acogiendo el criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales reiterado en su doctrina, reconduce la queja formulada, examinándola desde la perspectiva de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, no invocado de forma específica en la demanda, pero que pudo claramente concurrir en este caso. Desde esta perspectiva, el Tribunal, estimando el recurso interpuesto, señala:*

«Tiene declarado este Tribunal [por todas, STC 134/2008, de 23 de octubre (RTC 2008/134), F. 2] que “el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE, *en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa*, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos”. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia [SSTC 147/1999, de 4 de agosto (RTC 1999/147), F. 3; 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000/25), F. 2; 87/2000, de 27 de marzo (RTC 2000/87), F. 6; 82/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/82), F. 2; 221/2001, de 31 de octubre (RTC 2001/221), F. 6; 55/2003, de 24 de marzo (RTC 2003/55), F. 6; 223/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005/223), F. 3; 276/2006, de 25 de septiembre (RTC 2006/276), F. 2; y 177/2007, de 23 de julio (RTC 2007/177), F. 5, entre otras muchas]. De este modo, no cabe reputar como fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en la que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución [por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999/214), F. 4; 223/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002/223), F. 6; 20/2004, de 23 de febrero (RTC 2004/20), F. 6; y 177/2007, de 23 de julio (RTC 2007/177), F. 4].

La aplicación de la doctrina precedente ha de conducir a la estimación del presente recurso. En efecto, desde nuestro ámbito de control externo *no nos corresponde entrar en calificaciones de legalidad ordinaria sobre cómo debía aplicarse el artículo 56 de la Ley Concursal a los hechos del caso, ni sobre el resultado al que se ha llegado por el Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, respecto de la afección y el carácter necesario de las fincas objeto de ejecución en el proceso número 154-2006 para la continuidad de la actividad de la concursada, pero sí de verificar la razonabilidad de la actuación del Juzgado de Primera Instancia, número 32 de Madrid. No tanto por la interpretación realizada del artículo 56*

de la Ley Concursal (RCL 2003/1748), ni siquiera por la negativa en rotundo a aceptar el requerimiento de suspensión de la ejecución formulada por el Juez del concurso, con el que obviamente discrepaba, sino por haber ignorado abiertamente y de forma continuada lo dispuesto en el Auto de la Audiencia Provincial, de 20 de septiembre de 2007 donde, con extensa argumentación y de modo inequívoco, se le ordenaba que resolviera sobre la suspensión ejecutiva ateniéndose al tenor de la cuestión prejudicial devolutiva resuelta por aquel Juez de lo Mercantil.

Dicho superior común dejaba claro que en el asunto que nos ocupa no concurría ningún supuesto de excepción del artículo 56 de la Ley Concursal que permitiera prescindir del pronunciamiento del Juez de lo Mercantil sobre los aspectos que resultaban propios de su jurisdicción. De modo que, fuera cual fuese el acierto de dicha decisión del juez del concurso, no le correspondía al Juzgado de Primera Instancia desconocer esa realidad. Y sin embargo, pese a la claridad de la argumentación y de las declaraciones contenidas en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo ya inequívoco que su actuación carecía de Fundamento en Derecho y que resultaba, por ello, arbitraria, se resistió a los efectos jurídicos derivados de dicho pronunciamiento, negándose a acatar lo dispuesto en el Auto resolutorio de la cuestión de competencia. La persistencia en desatender la resolución vinculante de la Audiencia Provincial, a lo largo de más de un año, durante el cual continuó dictando resoluciones que ignoraban lo acordado en aquel Auto, conculca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada (art. 24.1 CE), toda vez que los aquí recurrentes tenían derecho a que la suspensión de la ejecución se resolviera de forma congruente y fundamentada en Derecho, en coherencia con lo declarado previamente por el Juez del concurso».

La estimación del recurso conllevó la nulidad de los seis Autos dictados el 9 de octubre de 2008, y de la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones de 22 de octubre de 2008, decretando la retroacción del procedimiento de ejecución hipotecaria hasta el momento inmediatamente anterior a la convocatoria de subasta de las fincas, quedando anulada la providencia que la convocaba y las actuaciones de ella derivadas.

En definitiva, pues, el Tribunal consideró que la lesión del artículo 24 CE se produjo, no por no haber resuelto la cuestión prejudicial civil devolutiva quien era competente para ello, pues la discusión, al respecto, sobre la interpretación del artículo 9 y 56 LC, era una cuestión de legalidad ordinaria, sino por la actitud irrazonable y arbitraria del Juzgado de Primera Instancia, que reiteradamente ignoró la resolución vinculante de un órgano judicial superior, dando lugar a resoluciones no fundadas en Derecho.

La importancia que, a mi juicio, tiene esta sentencia, es la de mostrar la problemática que existía en torno a la interpretación del artículo 56 LC, concretamente, en torno a la competencia para decidir el carácter afecto o necesario de los bienes del concursado sujetos a garantía real, y en torno a la mecánica operativa que debía presidir la actuación del juzgador que conocía de una ejecución hipotecaria, en el momento en que tiene noticia de la situación de concurso del ejecutado. Prueba de la problemática existente es la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, publicada en el BOE el 11 de octubre, y que entró en vigor el 1 de enero de 2012.

En concreto, la Ley 38/2011 dio nueva redacción al artículo 9 LC del siguiente tenor:

- «1. La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.
2. La decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca».

Y también al artículo 56, párrafos 2.º y 5.º (este último introducido como novedad):

- «2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior, se suspenderán desde que la declaración de concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Solo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
- ...5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior (art. 55 LC), corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» (20).

La cuestión que cabe plantearse es si, efectivamente, el legislador, con la reforma efectuada por la Ley 38/2011, ha configurado o no la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes como una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, de modo que resuelta esta, continúa siendo competente para conocer de la ejecución hipotecaria, el juez de 1.ª Instancia, que deberá resolver sobre la continuación o suspensión de la ejecución en función de lo decidido por el juez del concurso, o caben otras interpretaciones de la reforma legal. Es decir, qué posición doctrinal o jurisprudencial ha acogido el legislador en su reforma, al existir diversas opiniones doctrinales y decisiones judiciales sobre la mecánica operativa a seguir, cuando una ejecución hipotecaria entra en intersección con un procedimiento concursal.

(20) De acuerdo con la Disposición Transitoria novena de la Ley 38/2011, «los nuevos apartados 2 y 5 del artículo 56..., modificados por esta ley... se aplicarán a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta ley respecto de las ejecuciones que respectivamente no se hubiesen reanudado o iniciado tras la declaración de concurso». Resulta muy interesante este inciso último, pues prueba que también en el caso de pretender iniciar una ejecución hipotecaria tras la declaración de concurso, el acreedor hipotecario debe dirigirse necesariamente al juez del concurso para que este decida sobre el carácter afecto o no a la actividad empresarial de los bienes que pretenden ejecutarse, lo que condicionará la apertura inmediata o no del procedimiento de ejecución hipotecaria.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE CONFIGURABA LA DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES DEL CONCURSADO COMO UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL DEVOLUTIVA

En este sentido, es particularmente reveladora la SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 20 de septiembre 2007 (*JUR* 2009/22872), que resolvió la cuestión positiva de competencia planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, en el supuesto litigioso arriba referenciado.

La sentencia señala, en primer término, que es posible plantear cuestiones positivas de competencia en supuestos como el señalado, pues si bien los artículos 45 y siguientes de la LEC, al regular la competencia objetiva, solo regulan de un modo detallado la apreciación por el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, mediante la declinatoria, de su falta de competencia objetiva, no excluye que puedan plantearse cuestiones de competencia, positivas o negativas, entre dos órganos de la jurisdicción civil con distinta competencia objetiva, como es el caso de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados Mercantiles. La falta de regulación específica de estas cuestiones, pues la LEC solo regula el conflicto negativo de competencia territorial (art. 60 LEC) y la previsión del artículo 51 LOPJ de que tales cuestiones de competencia (sin limitirlas a las negativas), debe resolverlas el órgano inmediato superior común, llevan a la Sala a considerar posible el planteamiento de la cuestión positiva de competencia, siendo posible el planteamiento de oficio por el Juzgado de lo Mercantil, dadas las peculiaridades del proceso concursal, que no responde al esquema del clásico proceso contradictorio sometido rígidamente al principio de rogación, y dada la iniciativa que la regulación procesal del concurso otorga al juez que conoce del mismo.

Entrando en el fondo de la cuestión de competencia planteada, la Sala señala que su misión es delimitar el ámbito de actuación de cada órgano jurisdiccional, dado que ambos entienden ser competentes para resolver sobre la cuestión de la afectación o no de los bienes. La Sala entiende que es competente para resolver sobre la pertenencia o no al patrimonio del concursado del bien objeto de la ejecución hipotecaria y sobre el carácter de afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado, el Juzgado de lo Mercantil, por los argumentos siguientes.

Tras mencionar el artículo 86.ter.1.3.º LOPJ y la Exposición de Motivos de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal (21), la sentencia apela al principio de universalidad del concurso, tanto en cuanto a la masa activa (art. 76.1 LC), como en cuanto a la masa pasiva (art. 49 LC), principio de universalidad que determina la unidad del órgano judicial competente y la universalidad de su jurisdicción, evitando «según ha entendido la mejor doctrina, uno de

(21) «El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado. Mediante la correspondiente modificación de la LOPJ (nuevo art. 86 ter), esta atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los Juzgados de lo Mercantil».

los defectos más graves del Derecho concursal anterior, que “centrifugaba” entre diversos órganos judiciales las competencias sobre el patrimonio del deudor y permitía actuaciones separadas del procedimiento concursal, rompiendo la unidad de este e impidiendo un tratamiento homogéneo, coherente y lógico del estado de insolvencia. Por ello, al juez del concurso *se le atribuye el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora, y en todo caso de las previstas en los apartados 1.º a 6.º del artículo 86.ter.1 de la LOPJ*». Estos principios justificarían que la intervención del juez del concurso fuese también importante en aquellas cuestiones que suponen una excepción del principio de universalidad, como son los supuestos de reducción de la masa activa (art. 76.2; *separatio ex iure domini* (art. 80 LC) y *separatio ex iure crediti*). *En este último caso, determinados bienes del quebrado están afectos con carácter preferente a la satisfacción de ciertos créditos que gozan del derecho de ejecución separada, al margen del concurso.*

En este sentido, señala que el artículo 55.4 de la LC, exceptúa de la prohibición de iniciar ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor y de la prescripción de que las ejecuciones en curso queden en suspenso desde la declaración de concurso sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, a los acreedores con garantía real. Respecto de los créditos con garantía real, el régimen que resulta de la LC es que los mismos pueden ser ejecutados, iniciándose los procedimientos de ejecución hipotecaria o continuándose los ya iniciados, con posterioridad a la declaración de concurso, con las especialidades contenidas en el artículo 56 y 57 de la LC. Dicho esto, «entiende la Sala que la *apreciación y valoración de los datos y circunstancias que justifican la aplicación de estos principios [favorecimiento de la continuación de la actividad del concursado empresa o profesional, y de conservación de la empresa] para restringir las excepciones al principio de universalidad del concurso que supone la ejecución separada de las garantías hipotecarias, es competencia del juez del concurso. Es este juez, ante quien puede presentarse propuesta de convenio, anticipado u ordinario, así como el plan de viabilidad, que tiene una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, que cuenta en el proceso concursal con un órgano técnico e imparcial en el conflicto entre el concursado y el acreedor hipotecario, como es la administración concursal, quien tiene la competencia para pronunciarse sobre si el bien sobre el que recae la garantía real está o no afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad o resulta o no necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor...*

Además... es el juez del concurso el competente para decidir sobre las cuestiones atinentes a la formación de la masa activa, y en concreto para decidir sobre qué bienes han de ser separados de la misma *ex iure domini*, y cuándo los bienes integrantes del patrimonio del deudor, sujetos a un procedimiento de apremio administrativo en curso, son o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor; a efectos de suspender tal procedimiento en base a lo previsto en el artículo 55 LC, por lo que es dicho juez quien aparece investido por el ordenamiento jurídico para resolver las cuestiones que justifican la suspensión de la ejecución separada de garantías hipotecarias sobre bienes del concursado en base a circunstancias directamente enlazadas con algunos de los principios rectores del concurso, como son los de facilitación de la continuidad de la actividad de la empresa concursada y conservación de la empresa...

Optar por la solución que parece propugnar el Juzgado de Primera Instancia especializado en ejecuciones hipotecarias, como es que cada Juzgado que co-

nozca de una ejecución hipotecaria sobre bienes del concursado es competente para decidir sobre este extremo, supondría “centrifugar” entre una pluralidad de órganos judiciales, distintos del juez del concurso, la competencia para decidir sobre este extremo. Estos otros órganos judiciales carecen de la visión de conjunto del juez del concurso sobre la situación patrimonial del concursado y sobre las circunstancias que permiten aplicar los preceptos legales en los que se recogen los referidos principios de conservación de la empresa y continuación de su actividad, y carecen asimismo del auxilio de la administración concursal. Además, el simple hecho de no ser un órgano único, pues pueden ser varios los juzgados que estén conociendo de ejecuciones hipotecarias o de otras garantías reales contra bienes del concursado, impide que se dé a la cuestión un tratamiento homogéneo y posibilita la existencia de resoluciones contradictorias, de modo que sobre distintos bienes del concursado que tengan una función similar o incluso idéntica y sean objeto de distintas ejecuciones hipotecarias puedan recaer resoluciones de signo contrario, unas entendiendo que se trata de un bien afecto o incluso necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, y otras entendiendo justamente lo contrario, suspendiéndose en un caso la ejecución hipotecaria y siguiendo adelante en el otro.

Por consiguiente, la competencia para pronunciarse sobre este extremo corresponde en exclusiva al juez del concurso, tanto más cuando en caso de decidir que la ejecución hipotecaria se está siguiendo contra un bien afecto o incluso necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, y de suspenderse por esa causa el proceso de ejecución singular, cuando se reanude tal proceso “se someterá a la jurisdicción del juez de este” (del concurso, art. 57.1 de la LC).

Señala también la AP que el Juzgado de Primera Instancia carece de competencia para resolver si las fincas contra las que se dirige la ejecución hipotecaria pertenecen o no a la concursada, pues es en el concurso donde ha de decidirse qué bienes están integrados en el patrimonio del deudor (art. 76 LC), puesto que corresponde a los administradores concursales elaborar el inventario de la masa activa que han de unir al informe que deben presentar al juez del concurso (art. 75.2.1.º), correspondiendo al juez del concurso resolver, por el trámite del incidente concursal, las impugnaciones que se formulen por cualquier interesado al inventario, en solicitud de inclusión o exclusión de bienes o derechos. Por tanto, no puede admitirse que un bien esté dentro y fuera del patrimonio del concursado, según sea el juez del concurso o el juez de la ejecución hipotecaria quien se pronuncie.

Delimitada así la competencia del juez del concurso, en lo atinente a la decisión sobre el carácter afecto o necesario del bien contra el que se sigue ejecución hipotecaria, la sentencia delimita la competencia del juez de 1.ª Instancia, en el sentido de entender que a él le corresponde decidir sobre si procede la suspensión de dicha ejecución, puesto que para decidir sobre tal suspensión es preciso apreciar otros extremos que resultan directamente del proceso de ejecución hipotecaria que ante él se sigue como son: «1.º) Si al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta, no será suficiente que el bien esté afecto a la actividad profesional o empresarial..., y el juez de la ejecución hipotecaria habrá de comprobar, en tal caso, que el juez del concurso ha declarado que el bien no solo está afecto a la actividad profesional o empresarial..., sino que es necesario para la continuidad de tal actividad...; 2.º) El juez de la ejecución hipotecaria podrá denegar la suspensión si cuando ha de decidirse sobre la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria el bien había sido ya adjudicado en el seno del proceso de ejecución hipotecaria ya sea al acreedor, ya sea a un tercero como consecuencia de la subasta, puesto que se habría produ-

cido en tal caso la salida del bien del patrimonio del concursado para ingresar en el patrimonio de ese acreedor o tercero». *De lo expuesto cabría deducir que, según la Audiencia Provincial de Madrid, conocido por el juez de 1.ª Instancia el concurso del ejecutado, debía suspender provisionalmente la ejecución en espera de que el juez del concurso se pronunciase sobre los extremos antes indicados, decidiendo posteriormente sobre la continuación del procedimiento en función de lo decidido por el juez del concurso.* La decisión, pues, sobre el carácter afecto o necesario de los bienes objeto de ejecución hipotecaria, *constituye, a juicio de la Audiencia, una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, cuyo conocimiento corresponde al juez del concurso.*

El mismo criterio se desprende de la STS de 22 de diciembre de 2006 (Sala de Conflictos de Jurisdicción) (RJ 2007/8690). La Delegación Especial de la AEAT, en Andalucía, Ceuta y Melilla, seguía un procedimiento administrativo de apremio contra la Sociedad SPAIN CNY ESTATES, S. L. Posteriormente, el 4 de mayo de 2005, se declaró el concurso voluntario de la entidad. Los administradores concursales dirigieron al Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Málaga, que conocía del concurso, un escrito para que decidiese si el crédito que la entidad concursada ostentaba frente a INTEREALTY CANARY ISLANDS, S. L., y que había sido embargado por la AEAT, constituía o no un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada. El Juzgado estimó parcialmente que sí, declarando afectado desde la fecha de 4 de mayo de 2005, cualquier ingreso que se hubiese obtenido por el concursado de dicha sociedad, requiriendo a la AEAT para que suspendiera desde la fecha de la declaración del concurso, las actuaciones en trámite, con declaración de nulidad de todas las actuaciones posteriores.

La AEAT recurrió en reposición, siendo desestimado el recurso y posteriormente formuló requerimiento de inhibición, a fin de que el Juzgado de lo Mercantil se inhibiera en su jurisdicción, lo que al ser denegado por el juez del concurso, que decidió mantener su jurisdicción, dio lugar a conflicto de jurisdicción, debiendo decidir el Tribunal Supremo quién era el órgano competente para decidir sobre el carácter de los bienes objeto de apremio administrativo.

Entiende el TS, que del artículo 164 LGT y del artículo 55 LC, se desprenden dos principios básicos para la resolución del conflicto: 1.º Que la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquella es anterior en el tiempo a esta. 2.º Que si el apremio administrativo no se hubiese terminado cuando se produce la declaración de concurso, *la Administración deberá poner en conocimiento del juez del concurso si los bienes o derechos afectados por el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.*

«La primera premisa enunciada es..., que la preferencia en la ejecución corresponde al procedimiento administrativo de ejecución cuando la providencia de apremio dictada por la Administración es anterior a la fecha de declaración del concurso, y se produce alguna de estas dos circunstancias: 1.ª) Que el procedimiento de apremio ha terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado. 2.ª) Que, aunque el procedimiento de apremio se encuentre en curso, *el órgano jurisdiccional decida que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor.*

El principio expresado significa que el criterio que marca la preferencia de los procedimientos en los términos expuestos no es el del embargo de bienes o derechos sino el de la fecha de providencia de apremio... Como decimos, y se

infiere de modo taxativo del artículo 164 de la LGT en relación con el artículo 55 de la Ley Concursal, es la prioridad temporal de la providencia de apremio, o, alternativamente, de la declaración concursal la que determina la preferencia del procedimiento administrativo o del judicial...

La segunda premisa que antes enunciamos es la de que en las hipótesis en las que el procedimiento de apremio no haya terminado y el bien o derecho sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor, el procedimiento administrativo de apremio pierde esa preferencia de que por razones temporales inicialmente gozaba y queda sometido al concurso en los términos previstos en el artículo 55 de la LC...

La Administración, contrariamente, considera que la preferencia en los procedimientos de ejecución viene marcada, de modo exclusivo, por un criterio temporal. Cuando, como en este caso, la providencia de apremio es anterior a la declaración de concurso, la preferencia la ostenta, a todos los efectos, el procedimiento administrativo. Entender las cosas de otra manera constituye la negación del principio de autotutela administrativa en la tesis sostenida por la Administración.

Sin embargo, la cesión de la competencia administrativa inicial en favor del juez del concurso, se infiere, además, de una adecuada comprensión del alcance y sentido de las «potestades administrativas».

En materia de potestades administrativas lo primero que ha de tenerse en cuenta es que estas no se constituyen para la satisfacción del interés de una concreta organización administrativa, en este caso la AEAT, sino para la satisfacción del interés público.

El interés público es un concepto de difícil delimitación, pero desde el punto de vista jurídico entendemos que de modo expreso o tácito ha de ser definido por el legislador en cada sector del ordenamiento que regula.

Siendo esto así, es indudable que en las situaciones de concurso el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental han de supeditarse ciertos privilegios y también el de autotutela.

Por eso, cuando en un procedimiento de ejecución administrativo un concreto bien o derecho es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal, como de modo expreso proclama el citado artículo 164.2 de la LGT [en este sentido, nuestra sentencia resolviendo el Conflicto 4/2005, de 19 de octubre de 2005 (RJ 2005/7671)].

Ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que este decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa, la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva, pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención.

En el caso analizado, y como ya hemos dicho, la preferencia inicial en la ejecución corresponde a la Administración, por ser anterior la providencia de apremio a la declaración de concurso.

Producida la declaración concursal, la Administración debió dirigirse al juez del concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del «pa-

trimonio» del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

Es, por tanto, improcedente, que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor, sin que *con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor*.

Como en el asunto resuelto, la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él una declaración en el sentido expresado, el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial».

Queda claro, pues, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de que estamos en presencia de una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta. En la misma línea que dicha sentencia, cabe citar el AAP de Madrid (Sección 28.^a), de 20 de septiembre de 2007 (*JUR* 2009/22872); AJMER, número 10 de Santander, de 4 de marzo de 2008 (*JUR* 2009/84447), AAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 26 de junio de 2008 (*JUR* 2008/316525); el AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 29 de abril de 2009 (*AC* 2009/1827), y AAP de Guipúzcoa (Sección 2.^a), de 17 de junio de 2010 (*JUR* 2010/417996).

El citado AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 29 de abril de 2009, resulta particularmente interesante, pues enlaza la cuestión en estudio con la relativa a la competencia judicial para el conocimiento de la ejecución hipotecaria cuando el ejecutado hipotecario es declarado en concurso. Habiendo resuelto el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Ciudad Real, en el seno de una ejecución hipotecaria declarar la falta de competencia objetiva de ese Juzgado para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por CAJASUR, frente a la entidad AGUIRRE MANTENIMIENTO, S. L. y don Iván y doña Belinda, al ser competente el Juzgado de lo Mercantil de Ciudad Real, al que deberían remitirse las actuaciones, CAJASUR interpuso recurso de apelación. La apelante alegaba que de acuerdo con los artículos 56 y 57 LC, el Juzgado de Primera Instancia debía dirigirse al de lo Mercantil para que este se pronunciase sobre si el bien hipotecado estaba afecto o no a la actividad empresarial de la concursada, solicitando se revocase el Auto apelado. A ello se oponía AGUIRRE MANTENIMIENTO, S. L., que sostenía la prevalencia del artículo 8 LC, solicitando la confirmación del Auto apelado.

En su resolución del recurso, señala la Sala lo siguiente:

«Con independencia de la forma en que se articula, básica y esencialmente lo que en realidad propone el apelante, y con sede en el artículo 56.1 LC, es que la Ley Concursal, sin perjuicio de la *vis atractiva concursus* que implica el artículo 8 LC (igual que el art. 86 LOPJ modificado por LO 8/2003, de 9 de julio), previene ciertas excepciones, una de ellas la contemplada en el citado artículo 56; de forma que, y con dicho precepto puesto en relación con el número 1 del artículo 57, será competente el Juzgado de lo Mercantil para las ejecuciones de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado —el ejercicio de dichas acciones se someterá a la jurisdicción del juez que tramite el concurso con el art. 57.1—, pero no en otro caso, esto es, cuando se trate de ejecuciones de bienes no sujetos a esa afección.

Admite esta Sala dicha distinción, y lo hace con apoyo en la expresa previsión legal, pues efectivamente el artículo 56 LC 22/2003, hace referencia expresa y explícita a las ejecuciones de bienes afectos a la actividad empresarial del concursado, no a otras, ejecuciones esas las que, iniciadas o reanudadas —una vez

aprobado el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho, o transcurrido un año desde la declaración de concurso sin apertura de liquidación—, durante la tramitación del concurso, se someterán a la jurisdicción del juez de este, “quien a instancia de parte, decidirá sobre su procedencia”, como previene el artículo 57, precepto que explícitamente se remite al artículo 56, donde, como se dijo, expresamente se hace la distinción, por lo que se hace innecesario por inútil abundar más en ella este último artículo.

Entiende entonces la Sala que los artículos 56 y 57 LC, como el artículo 55 en materia de apremios administrativos o tributarios —precepto este que ha dado lugar a distintas Resoluciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, como la sentencia de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/8690), con la solución que aquí propone el apelante—, son la excepción al principio de universalidad del procedimiento concursal, que determina la unidad del órgano judicial competente y la universalidad de su jurisdicción (art. 86.ter.1 LOPJ).

Enlazando con esto último y, precisamente porque la ejecución tiene contenido patrimonial (art. 8.3.º), su incidencia en el concurso y masa activa deberá resolverla el juez de lo Mercantil, pues así se previene en esa misma Ley especial, artículos 56 y 57, que viene de esta forma a modular el contenido del primeramente citado con la fórmula flexible que se disciplina en los segundos.

Ello significa, en definitiva y terminando, que, como excepción al principio de universalidad del concurso, la ley especial contempla la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales, siendo el juez del concurso el competente para pronunciarse sobre si el bien objeto de la ejecución hipotecaria es afecto o necesario para la continuidad de la actividad empresarial del deudor: Y una vez resuelva sobre ello el juez de lo Mercantil, será competente el juez de la ejecución hipotecaria para decidir sobre si procede suspender el proceso de ejecución hipotecaria. Solución mantenida por la AP de Madrid en Resolución de 20 de septiembre de 2007 (*JUR* 2009/22872), en el voto particular formulado a la Resolución de la Sala de 28 de junio de 2007 (*AC* 2007/1581) de la AP de Barcelona, Sección 15.ª, y en la sentencia de 22 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007/8690), dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción».

Queda claro, pues, que la configuración de la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes objeto de ejecución hipotecaria, como una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, guardaba estrecha relación con la interpretación de los artículos 56 y 57 LC, en torno a la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias cuando estas están en intersección con un procedimiento concursal. En línea con esta Resolución cabe citar la SAP de Las Palmas (Sección 3.ª), de 25 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007/2110); AAP de las Islas Baleares (Sección 5.ª), de 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164746); AAP de Almería (Sección 3.ª), de 7 de febrero de 2011 (*AC* 2011/926); AAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 28 de octubre de 2011 (*JUR* 2012/50424); AAP de Madrid (Sección 9.ª), de 26 de enero de 2012; AJMER, número 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006 (*AC* 2006/1217); AJMER, número 4 de Salamanca, de 25 de mayo de 2010 (*AC* 2010/1240).

No comparte, sin embargo, esta línea argumental el AAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 28 de junio de 2007 (*AC* 2007/1581), que considera que corresponde al juez del concurso el conocimiento de toda ejecución hipotecaria sobre bienes afectos y no afectos, indicando expresamente: «*resulta llamativo que el juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del*

objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y solo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes» (22).

(22) Formuló voto particular a esta Resolución, el Magistrado don Ignacio SANCHO GARGALLO, en el sentido de que *con la configuración de la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes, como cuestión prejudicial devolutiva absoluta, no existe inconveniente práctico alguno a que determinadas ejecuciones sean conocidas por órganos judiciales o extrajudiciales diversos del Juez del Concurso. Señala: «A mi juicio, y esto entronca con lo que constituye el núcleo de mi disidencia, una vez establecida la regla general que atribuye al juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer (...) 3.º de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (art. 8 LC), la misma Ley Concursal establece sus excepciones.*

La primera de ellas, la que se contiene en el párrafo segundo del artículo 55.1 LC, cuando después de proclamar, también con carácter general, que «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor», exceptiona «los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso...», y sin perjuicio de la salvedad prevista a continuación de que «los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». De ello se deduce que, lógicamente, la competencia para seguir conociendo de estos procedimientos de ejecución sujetos a la excepción mencionada será del tribunal de lo social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, sin que se vea afectado por la atribución de competencia a favor del juez del concurso prevista en el artículo 8.3.º LC.

Y otra excepción se contiene en los dos preceptos siguientes, en los artículos 56 y 57 LC, cuando regula cómo se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. El artículo 56 LC distingue, según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo («hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación»), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado.

Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el artículo 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales, una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto («Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales») debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el artículo 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a «las normas propias del

V. ¿ES NECESARIO INTERPRETAR QUE EL LEGISLADOR, AL REFORMAR EL ARTÍCULO 56 LC POR LEY 38/2011 HA CONFIGURADO LA DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES COMO UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL DEVOLUTIVA ABSOLUTA?

De lo expuesto hasta el momento resulta evidente que la mecánica operativa judicial, en el caso de que una ejecución hipotecaria ya iniciada entre en intersección con un proceso concursal *solamente puede pasar por una de estas dos opciones*: O bien, por entender que, efectivamente, la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes es una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, cuyo conocimiento corresponde al juez del concurso, correspondiendo al juez de 1.^a Instancia decidir sobre la suspensión o continuación del procedimiento ejecutivo, en función de la decisión tomada por el juez del concurso, o bien, por

procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda». No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del artículo 57 LC expresamente dispone que, «iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso». Solo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del artículo 90 LC sujeta a las reglas previstas en el artículo 155 LC.

Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El artículo 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que solo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC).

La previsión del artículo 57.1 LC que atribuye al juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, solo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del artículo 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.

Con la solución alcanzada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de que en caso de ejecución separada, el órgano jurisdiccional o la instancia administrativa que conozca de la ejecución se dirija al concurso para preguntar si los bienes afectados por dicha ejecución, en un caso son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 55.1 LC) o, en otro, si están afectos a dicha actividad empresarial o profesional del deudor (art. 56.1 LC), no existe ningún inconveniente práctico para que puedan coexistir excepcionalmente esas ejecuciones separadas que, como en el presente caso, afectarían también a las garantías reales sobre bienes no afectos.

entender que, declarado el concurso, y constando el mismo en el procedimiento ejecutivo, *cesa la competencia objetiva del juez de Primera Instancia, debiendo remitirse de oficio o a instancia de parte las actuaciones al juez del concurso* [Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 28 de junio de 2007 (AC 2007/1581); Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), de 21 de noviembre de 2008 (JUR 2009/60566), Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (AC 2009/1170) —que sostiene la competencia de los jueces mercantiles solo para el caso de que la ejecución hipotecaria sobre bienes no afectos se haya iniciado tras la declaración de concurso—, Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (JUR 2010/327974) y Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.^a) de 15 marzo de 2012 (JUR 2012/142826)].

Esta última solución, defendida por un importante sector doctrinal y que traté de explicar en trabajos anteriores (23), lleva a la conclusión de que *todas las actuaciones ejecutivas hipotecarias judiciales o extrajudiciales iniciadas antes de la declaración de concurso, ya recaigan sobre bienes afectos o no afectos a la actividad empresarial, se suspenderán desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento, pues la competencia, para conocer de las mismas, ya no corresponde al juez civil* (24). Como señala el artículo 568 LEC, «el secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados... estarán sujetos a cuanto establece la LC» (25). Las actuaciones se reanudarán ante el juez del concurso, de acuerdo con el artículo 56.2 en relación con el artículo 56.1, *cuando la garantía recaiga sobre bienes no afectos o cuando concurra alguna de las circunstancias que determina el fin de la paralización de las ejecuciones de garantías reales*. Dicha reanudación se produce necesariamente a instancia de parte, haya o no traslado de oficio de las actuaciones, cuestión procesal que no prejuzgamos (art. 57.1). Como decimos, a instancia de parte, el juez concursal decidirá sobre la procedencia de la reanudación, y en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 57.1) (26). Ello si la reanudación de la ejecu-

(23) JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El acreedor hipotecario y el artículo 56 de la Ley Concursal», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2010, págs. 135 a 152; «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, julio-septiembre de 2010, y «¿Es competente el juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 2011, núm. 723.

(24) El juez del concurso sería competente, por lo menos, ya recayese la ejecución sobre bienes afectos o no afectos, y ya se hubiese iniciado antes o después de la declaración de concurso, siempre que el concursado fuese deudor y dueño de los bienes hipotecados o tercer poseedor.

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

(26) La doctrina duda sobre el alcance de estas últimas palabras. Si el procedimiento suspendido fuese un procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial, se duda acerca de si es este el que debe reanudarse ante el notario, o si, por el contrario, la tramitación

ción suspendida o el inicio de una *ex novo* se produce durante la fase común o la fase de convenio del concurso. La apertura de la liquidación determinará la aplicación de las previsiones del artículo 57.3 LC.

La cuestión es cuál de las dos posiciones ha sido acogida por el legislador al reformar el artículo 56 LC por Ley 38/2011. Si bien una primera lectura de los artículos 56.2 y 56.5 podría conducir a entender que se ha optado por la primera, una lectura más detenida de ambos preceptos en relación con el artículo 57 LC, nos lleva a entender que la segunda. En efecto, puesto que según el artículo 56.2 LC en su nueva redacción toda ejecución hipotecaria ya iniciada al declararse el

será ante el propio juez del concurso, que haría suyo o aplicaría el procedimiento extrajudicial [arts. 129 LH y 236-a) a 236-o) RH]. SÁNCHEZ RUS y CARRASCO PERERA optan por la primera alternativa. SÁNCHEZ RUS entiende que si se reanudan actuaciones suspendidas, no sufrirá alteración el tipo de procedimiento que se venía desarrollando. En cualquier caso, el ejercicio extrajudicial está supeditado a una decisión del juez del concurso. La complejidad procedimental de la solución, en opinión del autor, si se optase por la alternativa de seguir las actuaciones del procedimiento extrajudicial, pero en lugar de ante notario hábil, ante el juez del concurso y el hecho de que ello excluiría, la posibilidad de realización extrajudicial que para el autor permite la Ley, le llevan a entender que el acreedor podrá acogerse a los procedimientos de ejecución extrajudicial ante notario hábil y que la función del juez del concurso será aquí la de decidir acerca de la procedencia de la ejecución y *supervisar* las actuaciones desarrolladas conforme a la normativa reguladora del procedimiento (SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 57 LC», *op. cit.*, págs. 1075 a 1077; CARRASCO PERERA, A., «Los derechos de garantía en la Ley Concursal», *op. cit.*, págs. 141 y 142). En cambio, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «Comentario al artículo 57», en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. [coords.], vol. I. Artículos 1 al 70. Ed. Bosch, 1.ª ed., Barcelona, 2004, pág. 618) y DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL optan por la segunda opción a la que nosotros nos adherimos. Como afirman estos autores, las palabras «se someterá a la jurisdicción» del juez del concurso son argumento para sostener la *vis atractiva* a favor del juez del concurso. «Por otro lado, dice el texto que ese juez, que acordará su tramitación en pieza separada, «acomodará», las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. No acertamos a entender cómo podría el juez del concurso «acomodar», nada, si no fuera a ser él el competente para conocer íntegramente (no solo controlar o supervisar) de las acciones iniciadas o reanudadas a las que se refiere este apartado 1 en su conjunto». (DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL, «Comentario al artículo 56 y 57 LC», en *Tratado práctico concursal*, *pp. cit.*, págs. 511 y 512). Por otro lado, no hay que olvidar las razones de interés para los acreedores concursales de que las ejecuciones hipotecarias sean conocidas por el juez del concurso. En este sentido, señala Díez PICAZO: «Nosotros entendemos, no obstante, que, desde el punto de vista del concurso, son mayores las ventajas que los inconvenientes de *suprimir o, por lo menos, de limitar el derecho de ejecución separada*, pues la existencia de este tipo de créditos [privilegiados], con ese adicional derecho [de ejecución separada], impide la definitiva configuración de la masa activa, cuya consistencia final no se conoce hasta que las ejecuciones separadas no han concluido; y *obliga a los acreedores del concurso y a los órganos de este a operaciones de seguimiento muy difíciles, porque se refieren a procedimientos ajenos. Así, la diligencia impone controlar esos procedimientos, conocer el momento en que se encuentren, decidir si se acude o no a las subastas, para que no se envilezca en ellas el valor de los bienes y, en este caso, llevar a cabo operaciones de inversión de fondos para poder acudir a las subastas*» (DÍEZ PICAZO, L., «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*. Editorial Civitas-Fundación Universidad-empresa, 1.ª ed., Madrid, 1982, pág. 297). Precisamente la atribución competencial al juez del concurso obvia parte de estas dificultades y proporciona una tutela eficiente a la masa de acreedores.

concurso se suspenderá «desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento», pudiendo alzarse la suspensión de la ejecución y «ordenándose que continúe cuando se incorpore al procedimiento *testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor*», y dado que el artículo 57 LC habla de que «el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso, se someterá a la jurisdicción del juez de este, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia, y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda», parece que queda más claro que con la normativa anterior, que es al juez del concurso a quien corresponde el conocimiento de toda ejecución hipotecaria.

De manera que para que el acreedor hipotecario pudiera hacer uso del privilegio procesal de ejecución separada *intraconcursal*, sería preciso previamente que el juez del concurso realizase un *juicio de procedencia* sobre la ejecución pretendida (art. 57.1 LC). Pero, previamente, *habría que decidir la cuestión prejudicial civil no devolutiva, por lo tanto, de competencia del juez del concurso, relativa a si los bienes objeto de ejecución (ya iniciada y cuyas actuaciones han sido trasladadas al juez del concurso, o bien que se pretende iniciar) son bienes afectos o no a la actividad empresarial o profesional o son bienes no necesarios*, dada la diversidad de régimen de la ejecución hipotecaria, atendiendo a la naturaleza del bien.

Esta decisión es objeto de una posible disputa entre acreedor hipotecario, administración concursal y deudor fallido. Una cuestión de este tipo tendría que acabar resolviéndose por los trámites del incidente concursal, dada la posibilidad de vista y de planteamiento de medios de prueba (interrogatorio de testigos, reconocimiento judicial...), que tendrán las partes y que ilustrará mejor la decisión judicial (27).

Incorporada a la pieza separada que constituye el procedimiento ejecutivo en curso, el testimonio de la resolución del juez del concurso sobre el carácter no afecto del bien ejecutado, podrá alzarse por el juez del concurso la suspensión y continuar la ejecución (art. 57.1 LC). Igualmente, si el bien no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial, y la ejecución estaba ya muy avanzada, pues se habían publicado los anuncios de la subasta antes de la declaración de concurso (28).

(27) CARRASCO PERERA, A., «Los derechos de garantía en la LC», *op. cit.*, págs. 143 y 144.

(28) Aunque el tenor literal del artículo 56.2 LC habla de la posibilidad de reanudar la ejecución si la resolución del juez del concurso declara que los bienes no son necesarios, *sin exigir que al mismo tiempo, ya estuviesen publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto*, entiendo que dicha exigencia procesal continúa siendo imprescindible, y que hay que entender restrictivamente el precepto, a la luz de su redacción inmediatamente anterior. Como ya expuse en otro lugar, en caso, por ejemplo, de cierre parcial de la empresa con cese de actividad, los bienes afectados por el cierre (aunque ya no fuesen necesarios en estricto rigor para la continuidad de la actividad de la empresa), deberían seguir considerándose afectos a la actividad empresarial, y determinar una suspensión conforme al artículo 56.2 o paralización, conforme al artículo 56.1 de la ejecución hipotecaria, *si ello puede redundar en beneficio del concurso por permitir un convenio, que de otro modo no se alcanzaría o se alcanzaría en condiciones menos ventajosas o una liquidación en globo, liquidación que beneficia a la masa del concurso, por el plus que se obtiene en este modo de realización y no perjudica al acreedor hipotecario. La consideración de tales bienes como afectos tiene la ventaja de permitir a la administración concursal ejercitar la opción del artículo 155.2 LC, para evitar*

Entendiendo que los bienes son afectos, el juez, ante una petición de inicio o reanudación de la ejecución, debería examinar si concurre el cese de la paralización o suspensión prevista en el artículo 56 LC. En todo caso, si se trata de iniciar una ejecución hipotecaria, el juez debería determinar si concurren los requisitos de Derecho procesal y material que permiten el despacho ordinario de la ejecución (29).

Algunos autores habían defendido que la decisión sobre el carácter afecto o no de los bienes era de los administradores concursales y, en caso de conflicto entre el acreedor privilegiado y los administradores concursales del juez del concurso. Es la opinión de SALINAS ADELANTADO para quien, en todo caso, y a efectos prácticos, sería muy interesante que, en aras de la seguridad jurídica, se interpretase que, cuando el artículo 82.2 impone a los administradores del concurso señalar en su inventario los gravámenes y cargas que tengan los bienes, se considere que es obligación de estos indicar su criterio sobre si se tratan o no de bienes afectos (30). En parecidos términos se expresa ZUBIRI DE SALINAS, para quien el momento para que el acreedor hipotecario alegue que goza de créditos hipotecarios sobre bienes no afectos a la actividad empresarial es en el momento de elaboración por la Administración concursal del inventario, en el cual se debe

*la ejecución separada al término del plazo de suspensión y rescatar los bienes para el convenio o la liquidación. No solo puede obtenerse un beneficio para el concurso, sino también para los trabajadores de la empresa afectada por el cierre parcial, que pueden ser reestructurados, en caso de convenio con asunción o de liquidación en globo, en los establecimientos afectados por el cierre (no necesarios en estricto rigor para la continuidad de la actividad empresarial), lo que permitirá el mantenimiento de más puestos de trabajo. La consideración de que la empresa cumple una función social, por lo que es conveniente su mantenimiento, abona, a mayor abundamiento, la interpretación propugnada. Vid., más extensamente, también, sobre el supuesto de cierre con cese total de actividad y despido de trabajadores en JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El acreedor hipotecario y el artículo 56 de la Ley Concursal», *op. cit.*, págs. 129 a 135.*

(29) Sin embargo, la DGRN considera que «la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al modificar entre otros el artículo 56.2 de la Ley Concursal de 2003, pretende reforzar las competencias objetivas del juez de lo mercantil que entiende del concurso. Muy especialmente pretende que la apreciación de la posible afectación a la actividad profesional o empresarial de la finca ejecutada y del hecho de que resulte o no necesaria en el patrimonio del deudor para continuar la actividad del concursado —factor que determina la posibilidad o no de la ejecución singular pretendida en el Juzgado de Primera Instancia correspondiente— sea exclusiva competencia del juez que entiende del concurso. A tal fin se paraliza la ejecución, desde que la declaración de concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque estuvieran ya publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, y en tanto en cuanto no se produzca la correspondiente declaración por parte del juez competente. Testimonio de su resolución deberá incorporarse al procedimiento» [RDGRN de 12 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/334539)].

No obstante, pienso que existen argumentos de peso para defender la competencia objetiva del juez del concurso para el conocimiento de toda ejecución hipotecaria, entre ellos, que ello permitiría obtener un mejor resultado económico en la realización de los bienes, dado, como señala DIEZ PICAZO, el más fácil control de tales ejecuciones por la administración concursal, así como la mayor posibilidad de que acreedores concursales participen en la subasta, impidiendo la adjudicación de los bienes al acreedor por la vía del artículo 671 LEC, lo que beneficia al concurso (vid., *ut supra*, nota 25, *in fine*). Sobre este particular, vid. también: JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», *op. cit.* Y «¿Es competente el juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial?», *op. cit.*

(30) SALINAS ADELANTADO, C., «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», *op. cit.*, pág. 3878 y sigs.

determinar la naturaleza y características de los bienes, entre las que cabe incluir su afección o no a la actividad empresarial (art. 82.2 LC). Si la administración concursal no estima la alegación del acreedor hipotecario, entonces, en el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 96 LC), podrá impugnarse aquel, resolviendo el juez conforme al procedimiento del incidente concursal. La sentencia que lo resuelva declarará que en ese momento, los bienes están o no afectos. La sentencia deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, ya que modifica el derecho inscrito al delimitar las condiciones para su ejercicio (art. 2.2 LH). Es posible, no obstante, una desafectación del bien. Ante este cambio de circunstancias deberá determinarse por el juez en ese momento acerca de si el bien está o no afecto (31).

En efecto, podía pensarse que los administradores concursales debían incluir tal mención sobre los bienes a la hora de confeccionar el inventario al amparo del artículo 82.2 LC, y que dicha mención *podía ser impugnada por el acreedor hipotecario o por el deudor concursado (art. 184.1 LC) o por las demás partes personadas o demás interesados (art. 96.1 en su redacción dada por el RD-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica)* sustanciándose por los trámites del incidente concursal. Ello tenía la ventaja de permitir oír no solo al acreedor hipotecario, deudor y administración concursal, sino demás personados o interesados (que también tienen algo que decir en una cuestión tan trascendental que puede afectar a la continuidad de la actividad empresarial y al conjunto del concurso) y daba una mayor formalidad a la decisión sobre el carácter afecto o no afecto de los bienes, dado que el bien que se ejecutaría formaba parte de la masa activa del concurso.

Otro argumento a favor de que la decisión sobre la afección o no de los bienes inmuebles hipotecados se tomase en el trámite del inventario y en las impugnaciones al mismo, es que tanto la administración concursal como el juez podrían resolver la cuestión para cada bien en particular, *teniendo en cuenta su relación con otros bienes, aspecto este de gran importancia dado el concepto de bienes afectos que puede darse, según expliqué antes (vid. nota 27), que incluiría a los bienes en su día vinculados de hecho a la actividad empresarial, pero hoy afectados por un cierre, si ello beneficia al concurso*. Y en el caso del juez que resuelve las impugnaciones, podría apreciar en conjunto las alegaciones que se hiciesen respecto de cada bien en particular; lo que le permitiría una decisión más precisa. De hecho, el artículo 96.5 LC, en la redacción que le ha dado la Ley 13/2009, para la implantación de la Oficina Judicial, prevé que las impugnaciones se acumularán de oficio por el juez para resolverlas conjuntamente, en una única sentencia. Por otro lado, dificultaría el buen desarrollo del procedimiento el que el juez se fuera pronunciando sobre el carácter afecto o no de los bienes [oyendo al acreedor hipotecario, deudor concursado y demás partes personadas o interesados (*arg. ex.* art. 96.1 y 2 LC)], anticipando la solución a ofrecer en el inventario, cada vez que un acreedor hipotecario quisiese iniciar o reanudar la ejecución sobre un bien del concursado, pues podrían generarse abultados incidentes que el juez del concurso debería resolver uno por uno. En cambio, con la interpretación sustentada, el juez solamente debería dictar una sentencia, resolviendo conjuntamente todas las impugnaciones planteadas frente a la calificación de todos los bienes objeto de hipoteca.

Esta posición, aunque pudiera parecer lo contrario, entiendo que no resulta imposible continuar manteniéndola, tras la Ley 38/2011, en el sentido de que el

(31) ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», *op. cit.*, págs. 296 a 301.

artículo 56.5.º de la LC, no articula procesalmente cuándo debe producirse la decisión del juez del concurso, que bien podría ser en el trámite de impugnación del inventario. De no admitirse esta interpretación, es evidente que solo cabría la que efectuamos antes (incidente concursal sobre el carácter de los bienes objeto de ejecución hipotecaria, en el que el juez del concurso decidiría la cuestión prejudicial civil no devolutiva, previo al juicio de procedencia del art. 57.1 LC).

VI. CONCLUSIONES

1. Existente el derecho de ejecución separada del acreedor hipotecario, y diversificado el régimen jurídico de la ejecución separada en función del carácter de los bienes objeto de ejecución, esto es, en función de si tales bienes están o no afectos a la actividad empresarial del concursado, puede entenderse que constituye una cuestión prejudicial civil devolutiva, de competencia del juez del concurso, la decisión sobre el carácter de los bienes, como de hecho lo ha entendido un buen número de resoluciones judiciales, que parten también de la existencia de excepciones a la competencia del juez del concurso para el conocimiento de toda ejecución sobre bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, como sería el caso de ejecuciones sobre bienes no afectos a la actividad empresarial o sobre bienes no necesarios, si ya estuviesen publicados los anuncios de la subasta, antes de la declaración de concurso.
2. La STC 191/2011, de 12 de diciembre, entendió que la lesión del artículo 24 CE se produjo, no por no haber resuelto la cuestión prejudicial civil devolutiva quien era competente para ello, pues la discusión, al respecto, sobre la interpretación de los artículos 9 y 56 LC, era una cuestión de legalidad ordinaria, sino por la actitud *irrazonable y arbitraria del Juzgado de Primera Instancia, que reiteradamente ignoró la resolución vinculante de un órgano judicial superior (Audiencia Provincial que había estimado la cuestión positiva de competencia planteada a favor del juez del concurso), dando lugar a resoluciones no fundadas en Derecho*.
3. La importancia que tendría esta sentencia es la de mostrar la problemática que existía en torno a la interpretación del artículo 56 LC, concretamente, en torno a la competencia para decidir el carácter afecto o necesario de los bienes del concursado sujetos a garantía real, y en torno a la mecánica operativa que debía presidir la actuación del juzgador que conocía de una ejecución hipotecaria, en el momento en que tiene noticia de la situación de concurso del ejecutado. Prueba de la problemática existente es la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, publicada en el BOE el 11 de octubre, y que entró en vigor el 1 de enero de 2012.
4. La mecánica operativa judicial, en el caso de que una ejecución hipotecaria ya iniciada entre en intersección con un proceso concursal *solamente puede pasar por una de estas dos opciones*: O bien, por entender que, efectivamente, la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes es una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, cuyo conocimiento corresponde al juez del concurso, correspondiendo al juez de 1.ª instancia decidir sobre la suspensión o continuación del procedimiento ejecutivo, en función de la decisión tomada por el juez del concurso, o bien, por entender que, declarado el concurso, y constando

el mismo en el procedimiento ejecutivo, *cesa la competencia objetiva del juez de Primera Instancia, debiendo remitirse de oficio o a instancia de parte las actuaciones al juez del concurso.*

5. La reforma operada por la Ley 38/2011 en el artículo 56.2.º LC, en relación con el artículo 57, mostraría claramente que el legislador se ha decantado por la competencia objetiva del juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes del concursado.
6. Si bien el nuevo artículo 56.5.º LC, introducido por la Ley 38/2011 atribuye al juez del concurso la decisión sobre el carácter afecto o no, necesario o no, de los bienes del concursado objeto de ejecución hipotecaria, al no arbitrarse la mecánica procesal para dicha resolución, puede interpretarse que tal pronunciamiento deberá realizarse por el juez del concurso *ad hoc*, al pretender reanudar o iniciar una ejecución hipotecaria mediante un incidente concursal, o bien que el mismo procederá en la resolución de las impugnaciones al inventario, en el cual la Administración Concursal deberá indicar el carácter que, a su juicio, tienen los bienes del concursado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: «Comentario al artículo 57», en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), vol. I, artículos 1 al 70. Ed. Bosch, 1.ª ed., Barcelona, 2004.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL: «Comentario a los artículos 55, 56 y 57 LC», en *Tratado Práctico Concursal*, Tomo III, 1.ª ed. Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2009.
- CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.
- DÍEZ PICAZO, L.: «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*, Editorial Civitas-Fundación Universidad-empresa, 1.ª ed., Madrid, 1982.
- DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD, V.: «Aspectos generales y registrales de la LC 22/2003, de 9 de julio», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GALLIGO, J. (coord.), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GÓMEZ GALLIGO, F. J.: «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Estudios Jurídicos. Abogados del Estado*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.
- HERRERA CUEVAS, E.: *Manual de la reforma concursal*. Europea de Derecho, Editorial Jurídica, Madrid, 2003.
- IRIBARREN BLANCO: «El acreedor con garantía hipotecaria en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4, 2005.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «El acreedor hipotecario y el artículo 56 de la Ley Concursal», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2010.
- «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, julio-septiembre de 2010.
- «¿Es competente el juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero-febrero de 2011.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «Comentario a la Disposición Final 3.^a de la Ley Concursal», en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- MAIRATA LAVIÑA, J.: «Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales», en *Comentarios a la Legislación Concursal. Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal*. PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOCER GARAU, G. (dir.), Tomo I, Dykinson, S. L., Madrid, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO, GIMÉNEZ, I.: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 2000.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2002.
- «Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 266, octubre-diciembre de 2007.
- SALINAS ADELANTADO, C.: «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4, 2005.
- SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A.: «Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- «Comentario al artículo 57 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- ZUBIRI DE SALINAS, M.: «Hipoteca y concurso», en *Las claves de la Ley Concursal*. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. (coords.), 2005.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 47/1983, de 31 de mayo (*RTC* 1983/47).
- STC 238/1998, de 15 de diciembre (*RTC* 1998/238).
- STC 49/1999, de 5 de abril (*RTC* 1999/49).
- STC 147/1999, de 4 de agosto (*RTC* 1999/147).
- STC 183/1999, de 11 de octubre (*RTC* 1999/183).
- STC 214/1999, de 29 de noviembre (*RTC* 1999/214).
- STC 25/2000, de 31 de enero (*RTC* 2000/25).
- STC 35/2000, de 14 de febrero (*RTC* 2000/35).
- STC 87/2000, de 27 de marzo (*RTC* 2000/87).
- STC 82/2001, de 26 de marzo (*RTC* 2001/82).
- STC 221/2001, de 31 de octubre (*RTC* 2001/221).
- STC 223/2002, de 25 de noviembre (*RTC* 2002/223).
- STC 48/2003, de 12 de marzo (*RTC* 2003/48).
- STC 55/2003, de 24 de marzo (*RTC* 2003/55).
- STC 20/2004, de 23 de febrero (*RTC* 2004/20).
- STC 131/2004, de 19 de julio (*RTC* 2004/131).
- STC 32/2004, de 8 de marzo (*RTC* 2004/32).
- STC 223/2005, de 12 de septiembre (*RTC* 2005/223).
- STC 115/2006, de 24 de abril (*RTC* 2006/115).
- STC 276/2006, de 25 de septiembre (*RTC* 2006/276).
- STC 177/2007, de 23 de julio (*RTC* 2007/177).
- STC 60/2008, de 26 de mayo (*RTC* 2008/60).

- STC 134/2008, de 23 de octubre (*RTC* 2008/134).
- STC 164/2008, de 15 de diciembre (*RTC* 2008/164).
- STC 208/2009, de 26 de noviembre (*RTC* 2009/208).
- STC 220/2009, de 21 de diciembre (*RTC* 2009/220).
- STC 134/2010, de 2 de diciembre (*RTC* 2010/134).
- STC (Sala 1.^a) 191/2011, de 12 de diciembre (*RTC* 2011/191).
- STS (Sala de Conflictos de Jurisdicción), de 19 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7671).
- STS (Sala de Conflictos de Jurisdicción), de 22 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007/8690).
- SAP de Las Palmas (Sección 3.^a), de 25 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007/2110).
- SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 20 de septiembre 2007 (*JUR* 2009/22872).
- AAP de Madrid (Sección 28.^a), de 20 de septiembre de 2007 (*JUR* 2009/22872).
- AAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 28 de junio de 2007 (*AC* 2007/1581).
- AAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 26 de junio de 2008 (*JUR* 2008/316525).
- AAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 21 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/60566).
- AAP de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (*AC* 2009/1170).
- AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 29 de abril de 2009 (*AC* 2009/1827).
- AAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164746).
- AAP de Guipúzcoa (Sección 2.^a), de 17 de junio de 2010 (*JUR* 2010/417996).
- AAP de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (*JUR* 2010/327974).
- AAP de Almería (Sección 3.^a), de 7 de febrero de 2011 (*AC* 2011/926).
- AAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 28 de octubre de 2011 (*JUR* 2012/50424).
- AAP Zaragoza (Sección 4.^a) de 15 marzo de 2012 (*JUR* 2012/142826).
- AJMER, número 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006 (*AC* 2006/1217).
- AJMER, número 10 de Santander, de 4 de marzo de 2008 (*JUR* 2009/84447).
- AJMER, número 4 de Salamanca, de 25 de mayo de 2010 (*AC* 2010/1240).
- RDGRN de 12 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/334539).

RESUMEN

EJECUCIÓN HIPOTECARIA CONCURSO DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA

En el caso de que una ejecución hipotecaria entre en intersección con un proceso concursal, en que se declara el concurso del ejecutado hipotecario, como pone de relieve la STC 191/2011, de 12 de diciembre, se plantea una problemática en torno a la actuación de ambos órganos jurisdiccionales: el juez de primera instancia que conoce la ejecución hipotecaria y el juez del concurso. Una corriente jurisprudencial ha venido interpretando que, en tal caso, se plantea en el seno de la ejecución hipotecaria

ABSTRACT

MORTGAGE FORECLOSURE BANKRUPTCY RIGHT OF SEPARATE FORECLOSURE

Should a mortgage foreclosure intersect with bankruptcy proceedings in which the bankruptcy applicant is the mortgagor, as highlighted in Constitutional Court Ruling 191/2011 of 12 December, a problem arises concerning the action of the court of first instance hearing the foreclosure proceedings and the judge hearing the bankruptcy proceedings. One current of case law interprets that in such cases devolutive civil references for preliminary rulings should be requested in the foreclosure proceedings

una cuestión prejudicial civil devolutiva (determinación del carácter afecto, o no afecto, necesario o no necesario, para la continuidad de la actividad empresarial del concursado, del bien objeto de ejecución), debiendo conocer de la misma el juez del concurso, y resolviendo sobre la continuidad o suspensión de la ejecución hipotecaria, el juez de primera instancia, en función de lo resuelto por el juez del concurso. Otra corriente doctrinal y jurisprudencial defiende que, en tal caso, el juez de primera instancia pierde su competencia objetiva para el conocimiento de la ejecución, debiendo suspenderse, en todo caso, la ejecución y dar traslado de las actuaciones al juez del concurso, que resolverá sobre la continuidad o no de la ejecución hipotecaria separada, en función del carácter del bien, siendo aquella así una ejecución intraconcurso (en pieza separada). Tras la reforma operada por la Ley 38/2011 en el artículo 56 LC, apartados 2.º y 5.º, se plantea una importante cuestión interpretativa: cuál de ambas soluciones ha sido acogida por el legislador.

(to ascertain whether the asset at issue in foreclosure is or is not a necessary factor in the continuation of the bankrupt's business activity). The judge hearing the bankruptcy proceedings must decide on this question, and the court of first instance will decide whether to continue or suspend the foreclosure proceedings, depending on the findings of the judge hearing the bankruptcy. Another current of legal thought and case law holds that, in such a case, the court of first instance is no longer an objective judge of proceedings, and at all events the foreclosure must be suspended and the proceedings forwarded to the judge hearing the bankruptcy, who will decide whether or not separate foreclosure proceedings should continue. This decision will depend on the nature of the asset. If foreclosure proceedings continue, it is as separate proceedings within the bankruptcy proceedings. Act 38/2011 amends paragraphs 2 and 5 of article 56 of the Bankruptcy Act and raises an important question of interpretation: Which of the two solutions have legislators embraced?