

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

FACULTAD DE DERECHO



LA HIPOTECA INMOBILIARIA VOLUNTARIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

Tesis Doctoral que presenta el doctorando D. José María Casasola Díaz para la
obtención del grado de Doctor dentro del programa de doctorado de
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES


Bajo la dirección de la Dra. María del Rocío Diéguez Oliva.

MÁLAGA, MMXXI.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: José María Casasola Díaz

 <https://orcid.org/0000-0002-8568-1321>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es



DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

D./Dña JOSÉ MARÍA CASASOLA DÍAZ

Estudiante del programa de doctorado DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES de la Universidad de Málaga, autor/a de la tesis, presentada para la obtención del título de doctor por la Universidad de Málaga, titulada: LA HIPOTECA INMOBILIARIA VOLUNTARIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Realizada bajo la tutorización de DRA. ROCÍO DIÉGUEZ OLIVA y dirección de DRA. ROCÍO DIÉGUEZ OLIVA (si tuviera varios directores deberá hacer constar el nombre de todos)

DECLARO QUE:

La tesis presentada es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, conforme al ordenamiento jurídico vigente (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo.

Igualmente asumo, ante a la Universidad de Málaga y ante cualquier otra instancia, la responsabilidad que pudiera derivarse en caso de plagio de contenidos en la tesis presentada, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En Málaga, a 7 de OCTUBRE de 2021

<p>Firmado por CASASOLA DÍAZ JOSE MARIA -</p> <p>Fdo.: JOSÉ MARÍA CASASOLA DÍAZ Doctorando/a</p>	<p>Fdo.: DRA. ROCÍO DIÉGUEZ OLIVA Tutor/a</p>
<p>Fdo.: DRA. ROCÍO DIÉGUEZ OLIVA Director/es de tesis</p>	





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

**ROCIO DIEGUEZ OLIVA, PROFESORA TITULAR DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, DEPARTAMENTO
DE DERECHO CIVIL, ECLESIASTICO DEL ESTADO Y ROMANO**

INFORMA

Que como directora, DA EL VISTO BUENO a la presentación para su defensa de la Tesis Doctoral titulada “La hipoteca inmobiliaria voluntaria en el concurso de acreedores” elaborada por el doctorando D. José María Casasola Díaz, conforme con lo establecido con la normativa por la que se rige el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga.

En Málaga a 13 de octubre de 2021

Rocio Diéguez Oliva,
Profesora Titular de Derecho Civil
Dpto Derecho Civil Eclesiástico del Estado y Romano
mddiequez@uma.es
Facultad de Derecho. Campus de Teatinos. 29071- MÁLAGA

UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

FACULTAD DE DERECHO



LA HIPOTECA INMOBILIARIA VOLUNTARIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

Tesis Doctoral que presenta el doctorando D. José María Casasola Díaz para
la obtención del grado de Doctor dentro del programa de doctorado de
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Bajo la dirección de la Dra. María del Rocío Diéguez Oliva.

MÁLAGA, MMXXI.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS	8
ABREVIATURAS.....	9
RESUMEN.....	12
ABSTRACT.....	13
INTRODUCCIÓN.....	15

CAPÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES Y PRESUPUESTOS. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN SEPARADA.

I.1.- El derecho real de hipoteca: concepto y naturaleza jurídica.....	23
I.2.- La acción hipotecaria.....	37
I.2.1.- Venta extrajudicial.....	42
I.2.2.- Vía declarativa previa.....	46
I.2.3.- Ejecución de título extrajudicial genérica.....	48
I.2.4.- Ejecución hipotecaria.....	49
I.3.- El concurso de acreedores. Estudio de las situaciones concursales y preconcursales.....	51
I.3.1.- El concurso de acreedores: aproximación al concepto y marco normativo.....	51
I.3.1.1.- El fundamento sustantivo del concurso de acreedores.....	51
I.3.1.2.- El concurso de acreedores como proceso.....	54
I.3.1.3.- Antecedentes normativos.....	58
I.3.1.4.- Figuras preconcursales: delimitación y alcance.....	63
I.3.2.- La liquidación concursal: naturaleza y efectos.....	77
I.3.3.- Realización de bienes conforme al plan de liquidación o reglas legales.....	88
I.3.3.1.- Enajenación mediante el plan de liquidación.....	89
I.3.3.2.- Enajenación mediante la observancia de las llamadas reglas legales. Régimen del TRLC.....	114
I.3.3.3.- Aspectos comunes: la cancelación de cargas inscritas respecto de bienes enajenados mediante operaciones liquidacionales y en especial la carga hipotecaria.....	118
I.4.- La hipoteca voluntaria inmobiliaria y los procedimientos concursales en derecho comunitario y aproximación al derecho comparado.....	120
I.4.1.- La hipoteca inmobiliaria y las instituciones concursales en el derecho comunitario. ...	121
I.4.2.- Aproximación al derecho francés.....	125

I.4.3.- Aproximación al derecho alemán.	129
I.4.4.- Aproximación al derecho inglés.	133
I.4.5.- Aproximación al derecho de los Estados Unidos de América.	137
I.5.- El derecho a la ejecución separada en el concurso de acreedores.	143
I.5.1.- El derecho a la ejecución separada dentro del concurso de acreedores. Ejecución de garantías reales y otros supuestos contemplados.	143
I.5.1.1.- Ejecuciones ordinarias iniciadas antes de la declaración de concurso de acreedores.	145
I.5.1.2.- Ejecución separada dentro del concurso de créditos reconocidos contra la masa.	148
I.5.1.3.- Ejecuciones de créditos garantizados con derechos reales de garantía y otras figuras que la LECO asimila.	150
I.5.2.- Marco conceptual: la naturaleza de los bienes como presupuesto procesal de la ejecución separada.	154
I.5.2.1.- Ejecuciones hipotecarias posteriores al auto de declaración de concurso de acreedores.	160
I.5.2.2.- Ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso.	166
I.5.3.- Derecho a la ejecución separada en situaciones preconcursales.	176
I.6.- Ineficiencias del sistema y propuestas de mejora.	181

CAPÍTULO II. LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES. 189

II.1.- El reconocimiento de créditos en el concurso de acreedores: marco conceptual e histórico. Concurrencia extraconcursal de créditos.	190
II.1.1.- Aproximación conceptual e histórica al reconocimiento de créditos: los <i>privilegia</i> en Derecho Romano y medieval.	190
II.1.2.- Reconocimiento y gradación de créditos fuera de supuestos de insolvencia declarada.	196
II.1.3.- El reconocimiento de créditos en el concurso de acreedores: derecho vigente.	199
II.1.3.1.- Aspectos generales: la masa pasiva en el concurso de acreedores. Créditos concursales y créditos contra la masa.	199
II.1.3.2.- Los créditos ordinarios.	203
II.1.3.3.- Los créditos privilegiados generales.	204
II.1.3.4.- Los créditos privilegiados especiales.	213
II.1.3.5.- Los créditos subordinados.	218
II.1.3.6.- Los créditos contra la masa como créditos no concursales.	223

II.1.3.7.- La realidad comercial respecto de los créditos que gozan de garantía hipotecaria inmobiliaria en el concurso de acreedores.	229
II.1.4.- El reconocimiento de créditos dentro del concurso de acreedores; insinuación y reconocimiento de créditos. Calificación, clasificación de créditos y vías para su impugnación.	232
II.2.- El reconocimiento de créditos con garantía hipotecaria inmobiliaria. El valor razonable del bien y de la garantía.....	247
II.2.1.- El valor razonable del bien y la garantía como puntos de partida.	247
II.2.2.- Reconocimiento del crédito con garantía hipotecaria inmobiliaria: límite legal del privilegio especial.....	255
II.2.3.- La incidencia en la fase común y en la fase de convenio de los créditos con garantía hipotecaria.....	259
II.2.4.- La incidencia en la fase de liquidación y en las ejecuciones autónomas. Créditos privilegiados especiales <i>versus</i> deuda originaria.	262
II.2.5.- Elementos accesorios, mención a los <i>SWAPS</i>	269
II.2.6.- Novaciones subjetivas en la posición de acreedor de los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria voluntaria: aspectos sustantivos y procesales.	273
II.2.6.1.- Aspectos sustantivos de las novaciones subjetivas: cesión de créditos y otras figuras.....	273
II.2.6.2.- Aspectos procesales de las novaciones subjetivas operadas en la posición acreedora de créditos garantizados con hipoteca voluntaria inmobiliaria dentro del concurso.	282
II.2.7.- Reconocimientos anómalos: subordinación de créditos. Especialidades de la S.A.R.E.B. Acuerdos de refinanciación: calificación y rescindibilidad de las operaciones.	287
II.2.7.1.- Los créditos con garantías reales calificados como créditos subordinados.	288
II.2.7.2.- Especialidades de la SAREB.	294
II.2.7.3.- Créditos reconocidos como consecuencia de operaciones de refinanciación.	296
II.3.- Disfunciones del régimen dual entre créditos privilegiados especiales y deuda originaria. Propuestas de mejora.....	301

CAPÍTULO III. EL DEUDOR HIPOTECARIO SOMETIDO AL CONCURSO: ESCENARIOS CONCURSALES Y ALTERNATIVAS.....

III.1.- Fijación de cuatro escenarios concursales en liquidación: delimitación de los supuestos de hecho.	307
III.2.- El concurso de acreedores de la persona natural no empresaria en liquidación.	309
III.2.1.- La exoneración de deudas a través de la liquidación concursal.	315
III.2.1.1.- La buena fe del deudor en la redención del pasivo.....	320
III.2.1.2.- Tramitación y alcance de la exoneración de pasivo insatisfecho.	324

III.2.2.- Alternativas extraconcursales y su tratamiento: el Código de Buenas Prácticas Bancarias.....	329
III.2.3.- Deficiencias del sistema, confrontación de resultados, y propuestas de mejora.	340
III.3.- El concurso de acreedores de la sociedad mercantil en liquidación: tratamiento de la hipoteca inmobiliaria voluntaria y los créditos que garantiza.	343
III.3.1.- Especialidades en el concurso de acreedores de la persona jurídica cuyo objeto social engloba la enajenación de bienes sujetos a hipoteca voluntaria inmobiliaria.	349
III.3.2.- Especialidades en supuestos de enajenación de unidades productivas: tratamiento jurisprudencial.	354
III.3.3.- Alternativas extraconcursales y su tratamiento: las liquidaciones societarias de sociedades mercantiles.....	367
III.3.4.- Deficiencias del sistema, confrontación de resultados, y propuestas de mejora.	371
III.4.- Escenarios secundarios: el concurso de acreedores de la persona física empresaria en liquidación y la liquidación concursal de la sociedad patrimonial.....	374
III.4.1.- El concurso de acreedores de la persona física empresaria en liquidación: elementos comunes y diferenciadores con los dos escenarios primarios.	374
III.4.2.- La liquidación concursal de la sociedad patrimonial: elementos comunes y diferenciadores con los dos escenarios primarios.....	380
III.4.3.- Deficiencias y propuesta de mejora respecto de los escenarios secundarios analizados.	385
CONCLUSIONES.....	389
RESOLUCIONES JUDICIALES Y DE LA DGSJFP CITADAS.	399
BIBLIOGRAFÍA	407



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AGRADECIMIENTOS

A mis padres José María y María del Carmen por haberme transmitido los valores de la honradez, el esfuerzo y el trabajo. A mi esposa Inmaculada por su apoyo y comprensión en todo momento. A mis hijas, Ana, Laura y María, con la esperanza de que me perdonen por haberles arrebatado tantas horas escribiendo esta Tesis y me comprendan cuando algún día persigan con constancia y esfuerzo sus metas.

Esta Tesis no hubiera sido posible sin la constante guía y apoyo de mi directora y tutora la Dra. María del Rocío Diéguez Oliva, así como la del departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Gracias por ayudarme a recorrer los senderos de la Academia que comencé a transitar hace ya siete años.

A los Dres. Sres. Muñoz Jiménez, Caba Tena, López Jiménez, Huerta García y Del Castillo García que me demostraron que era posible concluir esta tarea compaginándola con la práctica del Derecho en los Tribunales. Igualmente a los doctorandos Sra. Cadenas de Gea, y Sres. Fuentes Bujalance y Díaz Revorio a los que deseo puedan concluir sus Tesis ya que el esfuerzo invertido en cada una de ellas me consta que es improbable.

A todos ellos se debe, cada cual en su medida, que esta Tesis haya sido por fin una realidad.

ABREVIATURAS

AC: Administración concursal.

AEAT: Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Art/s: Artículo/s referido a texto legal.

BdE: Banco de España.

BGB: Código Civil Federal Alemán.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CdC: Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

CE: Constitución Española de 1978.

CENDOJ: Centro de documentación judicial.

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

DA: Disposición Adicional.

DF: Disposición Final.

DGRN: Dirección General de los Registros y el Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

DGSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

DGT: Dirección General de Tributos.

Dir: Director.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

Dr/es: Doctor/es.

DT: Disposición Transitoria.

EBITDA: *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization.*

EM: Exposición de Motivos.

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

FMI: Fondo Monetario Internacional.

FOGASA: Fondo de Garantía Salarial.

FROB: Fondo de reestructuración ordenada bancaria.

IIC: Instituciones de Inversión Colectiva.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

IPREM: Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

JMC: Juzgado de lo Mercantil.

LECO: Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal¹.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero.

LEC 1881: Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento Civil.

LCI: Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

LH: Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

LIVA: Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA.

LIS: Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre Sociedades.

LJVol: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

LN: Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

LO: Ley orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Pág./s: Página/s.

PIB: Producto Interior Bruto.

¹ Parcialmente derogada por la DD única del RD Legislativo 1/2020, y en vigor hasta tanto entre en vigor el Texto Refundido que dicho instrumento normativo aprueba. Se emplea esta abreviatura para evitar confusiones con la Ley 22/1988 de Costas, también derogada.

PTRLC: Proyecto de texto refundido de la Ley Concursal, en trámite a fecha de enero 2020, objeto de modificaciones.

RAE: Real Academia Española de la Lengua.

RH: Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

RRM: Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial.

SAREB: Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TCJ: Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLC: Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

TRLSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

RESUMEN

La presente Tesis Doctoral tiene por objeto analizar la institución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria dentro de los procedimientos concursales tramitados conforme a la legislación española y las deficiencias del sistema, en especial en cuanto se refiere a la posibilidad de ejecución separada coexistente con el concurso de acreedores y a la incidencia del apremio sobre los bienes hipotecados en cuanto a los créditos que deberán ser satisfechos en el seno del concurso de acreedores con el producto de la enajenación.

Partiendo del estudio de ambas instituciones, esto es la hipoteca inmobiliaria voluntaria y el concurso de acreedores, se analizarán dos supuestos de hecho primarios centrados en la naturaleza de la persona deudora distinguiendo entre el concurso de acreedores de una persona natural no empresario y una sociedad mercantil con actividad productiva; para concluir con dos escenarios secundarios cuales son el de la persona natural empresario y una sociedad patrimonial. Estos escenarios permitirán hacer un análisis del derecho positivo vigente así como de la doctrina científica y la jurisprudencia para alcanzar una serie de conclusiones que culminaran con la propuesta de reforma de la legislación actual a los efectos de construir un sistema normativo más eficiente.

ABSTRACT

The purpose of this Doctoral Thesis is to analyze the conventional mortgage on land assets within the bankruptcy proceedings in accordance with Spanish law and the dysfunctions of the system, especially regarding the possibility of foreclosure coexisting with the bankruptcy and the incidence of the auction on the mortgaged assets in the credits that must be satisfied within the bankruptcy with the result of the sale.

Starting from the study of both institutions, this is the conventional mortgage on land assets and the bankruptcy proceedings, two primary factual assumptions focused on the nature of the debtor will be analyzed, distinguishing between the bankruptcy of a non-entrepreneur natural person and a commercial company with activity productive; to conclude with two secondary scenarios which are the natural person entrepreneur, and the patrimonial society. These scenarios will allow an analysis of the legislation in force as well as the scientific Doctrine and case law to reach a series of conclusions that culminate in the proposal to reform the current legislation in order to build a more efficient regulatory system.

*Καὶ μὴν Σίσυφον εἰσεῖδον κρατέρ' ἄλγε' ἔχοντα,
λᾶαν βαστάζοντα πελώριον ἀμφοτέρησιν.
ἦ τοι ὁ μὲν σκηριπτόμενος χερσίν τε ποσίν τε
λᾶαν ἄνω ὄθεσκε ποτὶ λόφον· ἀλλ' ὅτε μέλλοι
ἄκρον ὑπερβαλέειν, τότε ἀποστρέψασκε Κραταιῖς·
αὐτίς ἔπειτα πέδονδε κυλίνδετο λᾶας ἀναιδῆς.
αὐτὰρ ὃ γ' ἄψ ὄσασκε τιαινόμενος, κατὰ δ' ἰδρῶς
ἔρρεεν ἐκ μελέων, κονίη δ' ἐκ κρατὸς ὀρώρει.*

La Odisea. Homero. Circa s. VIII A.C.

Canto undécimo. Versos 593 a 600*.

** Vi de igual modo á Sísifo, el cual padecía duros trabajos empujando con entrambas manos una enorme piedra. Forcejaba con los pies y las manos é iba conduciendo la piedra hacia la cumbre de un monte; pero, cuando ya le faltaba poco para doblarla, una fuerza poderosa hacía retroceder la insolente piedra que caía rodando á la llanura. Tornaba entonces á empujarla, haciendo fuerza, y el sudor le corría de los miembros y el polvo se levantaba sobre su cabeza. Traducción de Luis Segalá y Estalella, 1910.*

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis doctoral tiene por objeto analizar la hipoteca inmobiliaria voluntaria dentro del seno de los procesos concursales tramitados conforme a la legislación española en vigor, constatar la existencia de deficiencias en la normativa y práctica judicial, y proponer mejoras que tiendan a salvaguardar la seguridad jurídica y a aumentar la eficiencia del sistema.

Se trata de un campo de estudio que debe ser afrontado desde diversos enfoques, tanto el económico, como el sociológico, el ético y el jurídico. Desde el ámbito estrictamente jurídico se han de analizar tanto los presupuestos materiales como procesales de las instituciones objeto de estudio. Ello es debido a que tanto la hipoteca voluntaria como el concurso de acreedores tienen facetas en las que los aspectos predominantes pertenecen a la esfera del derecho sustantivo, como otros que entran en la esfera de lo adjetivo o procesal.

Muchos son los aspectos que pueden ser objeto de análisis científico en la conjugación de ambas instituciones. Por un lado, la hipoteca voluntaria constituye una garantía a favor de acreedores determinados. Por el otro, el concurso de acreedores constituye en sí mismo una comunidad de pérdidas basada en la *par conditio creditorum*, debiendo quedar debidamente justificado todo trato desigual.

En concreto, y de entre los posibles campos de estudio que afectan a estas relaciones entre hipoteca y concurso de acreedores, hemos decidido centrar el objeto de la presente Tesis en dos cuestiones de capital importancia: el derecho a la ejecución separada y el tratamiento de los créditos reconocidos en el concurso respecto de aquellos acreedores hipotecarios cuyo deudor se ve sometido a un concurso de acreedores. Son precisamente estos dos factores los que —relacionados con la fase procesal por la que atraviese el concurso de acreedores— provocan un tratamiento más dispar en la práctica procesal. La principal causa de esta disparidad es la falta de una regulación lo suficientemente clara que el principio de seguridad jurídica exige para un ordenamiento jurídico en el que las instituciones analizadas, esto es la hipoteca voluntaria inmobiliaria y el concurso de acreedores, deben suponer un *plus* a la certeza de los operadores jurídicos. Esta inseguridad jurídica provoca

interpretaciones divergentes por parte de los diversos operadores jurídicos, incluso algunas a nuestro juicio *contra legem*, y se traduce en falta de univocidad de los pronunciamientos por parte de los Tribunales y, como consecuencia de dicha falta de univocidad, ineficiencia del sistema jurídico y económico.

Por tanto, el objeto de la presente Tesis consistirá en realizar un estudio del derecho vigente para poner de manifiesto la acuciante necesidad de mejora del marco jurídico, y proponer reformas claramente necesarias al objeto de incrementar la seguridad jurídica de los diversos operadores jurídicos. Así, se ha optado por realizar un estudio pormenorizado del derecho a la ejecución separada dentro del concurso de acreedores, centrándonos en la hipoteca voluntaria inmobiliaria, si bien precedido de la fijación de un marco conceptual de las instituciones en cuestión —esto es la propia hipoteca inmobiliaria voluntaria, con especial estudio de los cauces procesales para ejecutar las mismas, y el concurso de acreedores—. A continuación hemos entendido necesario profundizar en el reconocimiento de los créditos garantizados a través de la constitución de derechos reales de garantía en el concurso de acreedores y, en especial, a través de la fijación conceptual de la dicotomía introducida por el legislador entre créditos con privilegio especial y deuda garantizada por hipoteca. De ambos regímenes se van a analizar las disfunciones que se generan por la aplicación de preceptos poco claros tanto en relación con la ejecución separada como en el reconocimiento de créditos. Seguidamente se van a aplicar los dos pilares de la Tesis a supuestos de hecho diferentes en los que las consecuencias resultan dispares, que servirán para extraer conclusiones y proponer reformas legislativas en el régimen actualmente vigente. Que supondrán a nuestro juicio una notable mejora en el actual sistema.

A esta estructura ha de responder la Tesis, que se construye a través de tres capítulos. El primer capítulo de la Tesis tiene como elemento nuclear el análisis del derecho a la ejecución separada que poseen los acreedores que tienen a su favor constituida una hipoteca voluntaria inmobiliaria y la problemática que respecto de dicho derecho puede originar la situación concursal en general, y las distintas fases del concurso de acreedores en especial. Previamente se ha realizado un estudio en torno a la hipoteca inmobiliaria voluntaria y al concurso de acreedores.

El segundo capítulo tiene por objeto analizar el reconocimiento de los créditos garantizados mediante una hipoteca voluntaria inmobiliaria válidamente constituida dentro del seno del concurso de acreedores, la posible alteración de las circunstancias de reconocimiento de dichos créditos, y la confluencia con el concepto introducido por el legislador de deuda originaria.

El tercer capítulo abordará la aplicación de los presupuestos que se han extraído de los dos anteriores capítulos—esto la sustanciación del apremio de los bienes inmuebles que han sido objeto de hipoteca voluntaria y su imputación a deudas concretas reconocidas dentro del concurso de acreedores— a través del análisis de diversos escenarios. Así, se analizará la conjunción entre hipoteca voluntaria inmobiliaria y concurso de acreedores distinguiendo entre personas jurídicas y personas naturales, con un necesario análisis de la extinción de las deudas no completamente satisfechas a través del llamado beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, la llamada segunda oportunidad o *fresh start*.

Por último y con base en lo estudiado se formularán unas conclusiones, apuntándose como objeto principal de las mismas una redacción alternativa de varios artículos con objeto de procurar reforzar la seguridad jurídica y la eficiencia del sistema.

En cuanto a la metodología empleada para la confección de la presente Tesis, podemos distinguir tres fases de estudio. En primer lugar hemos de partir de un estudio conceptual de las instituciones estudiadas como antecedente necesario, con una exégesis de la normativa en vigor, un análisis de los antecedentes normativos en nuestro derecho histórico y una breve referencia al derecho comparado. En segundo lugar, y a partir de los conceptos delimitados, profundizar en el estudio del derecho español vigente en torno a la ejecución separada dentro del concurso de acreedores y de los créditos garantizados con hipoteca voluntaria inmobiliaria, poniendo de manifiesto de manera abstracta las posibles disfunciones del sistema vigente y proponiendo líneas de mejora. En tercer lugar, analizada la normativa vigente de manera abstracta, aplicar la misma a supuestos concretos, extrayendo en relación a los mismos. Por último, se formularán conclusiones generales y se propondrán—a la vista de la presente Tesis—mejoras en el ordenamiento jurídico que implican la redacción alternativa de varios preceptos legales.

Por último hemos de indicar que, siendo esta Tesis elaborada desde una óptica eminentemente jurídica, las implicaciones económicas que son propias de las instituciones estudiadas; el estudio sociológico que le es subyacente; e incluso las consideraciones filosóficas que imbuyen la realidad social estudiada han debido quedar excluidas del tratamiento de la misma, aun cuando pueden llegar a constituir el objeto de estudios futuros.

En Málaga a veintidós de junio de 2021

José M^a Casasola Díaz.

CAPÍTULO I.

CONCEPTOS GENERALES Y PRESUPUESTOS.

EL DERECHO A LA EJECUCIÓN SEPARADA.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES Y PRESUPUESTOS. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN SEPARADA.

Todo trabajo científico tiene que partir de la definición de un objeto principal de estudio. Objeto principal respecto del que necesariamente deberán nacer ramificaciones que podrán ser recorridas, en mayor o menor medida, dependiendo de la relevancia que las mismas tengan respecto del objeto principal.

Definido que ha sido el objeto principal de estudio de la presente Tesis en la introducción, se va a proceder a continuación a señalar los diversos elementos conexos que podrían haber sido objeto de estudio y que hemos optado por no desarrollar en profundidad en la Tesis—aunque necesariamente son referenciados y esbozados por cuanto resulta imprescindible para analizar los elementos nucleares del estudio, a los que nos referiremos a continuación.

La hipoteca voluntaria inmobiliaria es un instituto que no sólo forma parte indisoluble de nuestro sistema de acceso a la propiedad, sino que constituye en cuanto a derecho real de garantía un objeto de estudio que ha sido —y será en lo sucesivo—tratado por la doctrina científica desde diversas ópticas. Concurren en él elementos que hacen que los derroteros a los que pudiera llevar hacer un análisis exhaustivo de sus orígenes, principios rectores, características propias y deslinde respecto de instituciones afines, podrían desviar el objeto de la Tesis respecto del campo de investigación elegido. Por ello, sólo serán referenciados y estudiados elementos propios de las hipotecas voluntarias inmobiliarias cuando resulte exigible para un mejor enfoque de los elementos nucleares de la Tesis, quedando fuera del ámbito de estudio las hipotecas legales, y dentro de las hipotecas voluntarias, las hipotecas navales y mobiliarias.

Los elementos, sustantivos y procesales, que hacen ejercitable el derecho a la ejecución separada sobre los bienes sujetos a hipoteca inmobiliaria voluntaria constituyen un campo de estudio prácticamente inabarcable tanto desde un punto de vista del derecho material, como del proceso —en especial con las reformas acaecidas a partir del año 2013 como consecuencia directa de la Sentencia

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del llamado Caso *Azziz*². Estos elementos sólo son referenciados por cuanto puedan tener influencia desde la esfera del proceso concursal, por lo que queda fuera del objeto de la Tesis tanto el análisis del clausulado de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales; la tramitación procesal de la ejecución hipotecaria en sí por cualquiera de los cauces previstos en derecho y las alternativas de venta extrajudicial notarial; las posibilidades de iniciar, sustanciar y resolver un incidente de oposición a la ejecución hipotecaria; los eventuales juicios declarativos interpuestos con posterioridad al despacho de ejecución hipotecaria y los distintos procedimientos jurisdiccionales concurrentes que pudieran tener incidencia en la misma.

Pese a que existen diversas referencias a la tramitación concursal—puesto que comprender la misma es determinante para distinguir las diversas posibilidades de apremiar separadamente los bienes sometidos a hipoteca voluntaria inmobiliaria y la imputación de su producto a las deudas reconocidas dentro del concurso—se ha optado por excluir el tratamiento procesal individualizado de las diversas modalidades procesales de concurso de acreedores, se trate de concurso voluntario o necesario y en tramitación ordinaria, abreviada o consecutiva o del estatuto jurídico de la Administración Concursal. Tampoco se va a hacer un análisis del régimen de procedimientos declarativos coexistentes con el concurso ni de los procedimientos vinculados al mismo seguidos por el trámite del incidente concursal más que cuando incidan directamente en los elementos nucleares de la Tesis.

Respecto de estas instituciones, y otras que puedan ser objeto de estudio tangencial, que quedan fuera del objeto de estudio elegido para la presente Tesis hemos de partir necesariamente de postulados ya formulados y analizados en la doctrina científica, dada la imposibilidad de un estudio en profundidad de las mismas.

² Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013, Asunto C-515/11. ECLI:EU:C:2013:164.

I.1.- El derecho real de hipoteca: concepto y naturaleza jurídica.

Una primera aproximación al concepto de hipoteca lo encontramos en su naturaleza de derecho real de garantía. Naturaleza que responde a su finalidad que, de forma común a otras instituciones a las que se asemeja en mayor o menor medida, no es otra que la de asegurar el cumplimiento de obligaciones mediante la delimitación de un patrimonio que responda ante un eventual incumplimiento. Por ello, resulta necesario a nuestro juicio realizar un análisis introductorio de las diversas clases de garantías ya que el tratamiento que de las mismas se realiza en el concurso de acreedores es, en algunas ocasiones, conjunto, englobando las hipotecas y prendas en la misma categoría que ciertas garantías de naturaleza paccionada³.

Es de esencia en el tráfico jurídico que los operadores que intervengan en el mismo asuman un cierto riesgo al suscribir obligaciones con terceros. Riesgo que es inherente a las operaciones crediticias ya que las prestaciones a las que se obligan las partes pueden ser susceptibles de cumplimiento deficiente o de incumplimiento, sea por factores inherentes al deudor, a terceros, o por elementos externos que puedan llegar a impedir la completa satisfacción del acreedor.

Esta posibilidad de cumplimiento deficiente de las obligaciones a cargo del deudor no obstante es susceptible de ser evitada o –cuando menos– minimizada a través del establecimiento de un sistema de garantías, entendiendo por tales y siguiendo en este punto a CARRASCO PERERA⁴ aquel derecho subjetivo que nace de contrato por medio del cual, en la perspectiva y para el caso de un incumplimiento de un deudor, su acreedor se provee de un recurso técnico que le permite obtener la satisfacción de su crédito con mayores posibilidades que las que resultarían de contar exclusivamente con el respaldo de la responsabilidad universal del deudor. Dicho incremento de posibilidades se debe bien a vincular el patrimonio de un tercero, bien asumiendo el acreedor de una

³ Así, el art. 150 del TRLC hace de aplicación el régimen de las garantías reales a las acciones resolutorias de compraventas de bienes inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la propiedad; a las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de bienes muebles; y a las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la propiedad o de bienes muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

⁴ CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. *Tratado de los derechos de garantía*. Segunda Edición. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2008. Tomo I, págs. 58 y 59.

posición más ventajosa que el resto de los acreedores para hacerse pago sobre los bienes del deudor⁵.

En razón a la naturaleza del derecho accesorio constituido mediante las garantías, podemos distinguir⁶ entre garantías personales⁷ y reales. Dentro de las garantías reales distinguimos igualmente entre aquellas consideradas en sentido estricto, esto es los derechos reales de garantía – hipoteca, prenda y anticresis—que son ejercitables *erga omnes*, incluyen un especial privilegio crediticio, y conceden derecho a la realización del valor del objeto a través del llamado *ius vendendi*⁸; y otras instituciones y figuras que cumplen una finalidad de garantía⁹, citando las arras penitenciales, el derecho de retención, el pacto de reserva de dominio, la venta en garantía y la *fiducia cum creditore, inter alia*.

⁵ En un sentido semejante, RAMOS CHAPARRO define las garantías como cualquier medio añadido a la responsabilidad patrimonial ordinaria del deudor y a la tutela institucional o intrínseca de las obligaciones, que tienda a reforzar in derecho de crédito, es decir: a proteger más al acreedor frente al riesgo de incumplimiento. Son por tanto los elementos esenciales de las garantías su finalidad aseguradora y el carácter extrínseco de las mismas ya que constituyen un derecho adicional. RAMOS CHAPARRO, E. *La garantía real inmobiliaria*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2008, pág. 29.

⁶ Así, RAMOS CHAPARRO *op cit.* págs. 32 y 33.

⁷ Entendiendo por garantías personales aquellas en que el poder jurídico del acreedor garantizado es un nuevo derecho de crédito que puede obligar al propio deudor—siendo su caso paradigmático la cláusula penal en los contrato—o a terceros, como son el caso de la fianza, el aval, la solidaridad, el mandato de crédito, el seguro de caución u otras figuras atípicas. Por garantías reales entiende el citado autor aquellas en que el poder jurídico del acreedor garantizado recae directamente sobre cosas concretas y ajenas, es decir: de la propiedad del deudor o de un tercero aunque no siempre se constituya un verdadero derecho real sobre las mismas.

⁸ En este sentido DÍEZ PICAZO define los derechos de hipoteca, prenda y anticresis como derechos reales de realización de valor definiendo aquellos como los derechos reales que otorgan a su titular la facultad de exigir o de imponer la enajenación de una cosa para obtener el valor pecuniario de la misma y que, correlativamente, colocan al propietario en una situación de sujeción consiguiente al ejercicio de aquella facultad. Precisa igualmente que con carácter general el derecho de realización del valor se encuentra constituido en función de garantía ya que mediante él, se asegura el cumplimiento de una obligación, de que es acreedor el titular del derecho. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo III Las relaciones jurídico-reales. el registro de la Propiedad. La posesión*. Ed. Aranzadi, quinta edición, diciembre 2008. Edición digital.

⁹ Así, sigue el citado autor y a diferencia de los derechos reales de garantía, ni incluyen todas ellas un privilegio crediticio, aunque algunas figuras sí lo hacen dentro de la esfera concursal; ni gozan de eficacia *erga omnes*, aun cuando algunas de ellas son susceptibles de inscripción registral; y se trata por lo general de garantías concretadas sobre un objeto determinado respecto del cual el acreedor tiene facultades instrumentales, sea la posesión, la posibilidad de apropiación o recuperación de las mismas, pero no un derecho de realización de valor.

Los derechos reales de garantía se regulan el CC, en su Título XV del libro IV, en sede de obligaciones y contratos, tal y como lo hacen otros códigos de la familia latina, como el *Code français*¹⁰. En cualquier caso, la característica esencial de las citadas instituciones es que las mismas constituyen figuras propias de derechos reales en función de garantía¹¹, como puede apreciarse de lo dispuesto en el art. 1.858 CC¹² en lo que se refiere a la prenda e hipoteca y en el art. 1.884 CC en relación a la anticresis.

Remontándonos a la *mens legislatoris* al momento de la publicación del CC, podríamos reducir a tres formas las diversas manifestaciones de toda garantía real. En primer lugar, el ofrecimiento de la propia cosa en garantía de la obligación, saliendo de la posesión material del dueño y pasando esta a manos de un tercero o del acreedor, que podrá instar la venta de los valores entregados si la obligación no se lleva a debido cumplimiento. En segundo lugar, la constitución de la garantía sobre cosas que no salen de la posesión del dueño, pudiendo no obstante el acreedor pedir su venta si la obligación no es cumplida. Por último, la adquisición por parte del acreedor del derecho de aprovechamiento de los frutos de la cosa dada en garantía—o de parte de ellos—para la extinción del crédito, ya la cosa se le entregue, ya se deposite en mano de un tercero, ya permanezca en poder de su dueño. A estas tres manifestaciones de derechos reales de garantía responden las figuras de la prenda, la hipoteca, y la anticresis respectivamente. En relación a los dos primeros, esto es la

¹⁰ Ello se debe a la base contractual que propia de las figuras de la hipoteca, prenda y anticresis. *Vid.* En este sentido, BLASCO GASCÓ, F *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Ed. Tirant lo Blanch. València 2000. pág. 62. LASARTE ÁLVAREZ, C. *Compendio de derechos reales*. Séptima edición. Ed. Marcial Pons, Madrid 2018. pág. 201. *Inter alios*.

¹¹ Función de garantía que es la que precisamente les define. *Vid.* en este sentido BECOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentario al Art. 1857 CC incluido *Comentarios al Código Civil*. Grandes Tratados. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009. Edición digital. Afirma el citado autor que constituye requisito esencial de los contratos y de los derechos de prenda e hipoteca que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación, de cualquier ya sea principal o accesorio.

¹² En lo que se refiere al *ius distrahendi* como facultad de instar la venta del bien gravado nos hemos de remitir a postulados ya analizados por la doctrina. En este sentido *vid.* GUILARTE ZAPATERO, V. Comentario a los arts. 1857 A 1862 CC. Incluido en *Comentario al Código Civil*. Dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, LM y otros. Secretaría general técnica de publicaciones. Madrid 1991. Tomo II, pág. 1862. En términos equivalentes BLASCO GASCÓ, F. Comentario a los arts.1857 a 1873 CC CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dirigido por CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011, págs. 1276 y 1277.

hipoteca y la prenda se asocian inicialmente al objeto que debería caracterizar las mismas, esto es bienes inmuebles en relación a las hipotecas y bienes muebles para cimentar la prenda¹³.

Por derechos reales de garantía entendemos, siguiendo a RAMOS CHAPARRO¹⁴, la sujeción del valor en dinero de una cosa o derecho ajenos al pago de una obligación pendiente a favor del sujeto de la garantía. Los elementos que han de integrar los mismos serán de los elementos de carácter personal; el elemento de carácter real; el contenido del derecho y la naturaleza del mismo.

En cuanto a los elementos de carácter personal encontramos el sujeto activo que sería el acreedor garantizado como titular del crédito principal o los que le sucedan en ese derecho; y el sujeto pasivo o gravado por la garantía que podrá ser el mismo deudor o un tercero. Por tanto y en virtud del carácter real es sujeto pasivo tanto el propio constituyente como los nuevos adquirentes del bien en tanto no se extinga la garantía.

El elemento real lo constituye la cosa –sea mueble o inmueble—o el derecho—real o crediticio—que sea objeto del negocio constitutivo, aunque precisa el citado autor que más que el bien o derecho en sí se trata de su precio objetivo o valor de mercado¹⁵. Este elemento real ha de

¹³ Esta concepción no obstante acaba viéndose superada, como nos indica LASARTE ÁLVAREZ con la aparición de bienes muebles de extraordinario valor que deberían resultar equiparables a inmuebles –tales como los buques que la derogada Ley de Hipoteca Naval de 1893 consideraba bienes inmuebles a los efectos de poder constituir sobre los mismos hipoteca—o bienes afectos a explotaciones agrarias que pese a considerarse bienes muebles no resultaba económicamente factible separarlos de la posesión del deudor. Por tanto la evolución de los derechos reales de garantía nos lleva a que podamos hablar de hipoteca propia o inmobiliaria; impropia, incluyendo la naval y la mobiliaria; prenda con y sin desplazamiento posesorio, prenda de créditos; y anticresis. LASARTE ÁLVAREZ *op cit.* págs. 203 y 204.

¹⁴ RAMOS CHAPARRO *op cit.* págs. 34 y ss. Más laxa es la definición que hacía ALBADALEJO en el sentido de considerar los derechos reales de garantía como aquellos que aseguran el cumplimiento de una obligación mediante la concesión de un poder directo e inmediato (real) sobre una cosa ajena, poder que faculta a su titular para, si aquella se incumple, promover la enajenación de ésta y hacerse pago con su precio de dicha obligación asegurada o la suma a que ascienda la responsabilidad por el incumplimiento. ALBADALEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil. III Derecho de bienes*. Volumen Segundo: derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad. Octava Ed. Bosh Barcelona, 1994, pág. 233.

¹⁵ Recordemos la interdicción del pacto comisorio que consagra en materia de prenda e hipoteca el art. 1859 CC según el cual el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas. Partiendo de postulados contruidos por la doctrina, hemos de señalar que esta prohibición es propia de los sistemas que derivan del Derecho romano. Así y siguiendo en este punto a MOLL DE ALBA LACUVE fue la Constitución de Constantino del año 320, prohibió el pacto de *Lex Commissoria* por el cual el deudor renunciaba, eventualmente, a reclamar la devolución de la cosa que quedaba en propiedad del acreedor como vendida por el valor de la deuda, pues a menudo se utilizaba esta cláusula para encubrir intereses ilegales bajo el excedente de precio respecto a la cuantía real de la deuda. De ahí pasó a la

pertenecer a un patrimonio distinto al del acreedor, ya que se trata de un derecho en cosa ajena o derecho real limitado que para el dueño de dicho elemento real constituye una carga. En lo que se refiere a la hipoteca inmobiliaria CHICO Y ORTIZ¹⁶ indica que ésta recae directamente sobre bienes inmuebles ajenos y enajenables.

El contenido del derecho real de garantía está constituido por la noción jurídica de sujeción y sus equivalentes –vinculación, afección, afectación, *inter alia*—que indica que desde la constitución del derecho real de garantía el valor de la cosa o derecho queda jurídicamente destinado a cubrir el crédito aunque sea como mera posibilidad sin que sea estrictamente necesario que tal circunstancia se produzca en todo caso.

Por último y en cuanto a su naturaleza, como se ha apuntado anteriormente, estas figuras se instrumentan—desde la óptica del dueño de la cosa o derecho gravado—como una carga o gravamen real y desde la del acreedor como un derecho real limitado. Igualmente queda investido en la mayoría de los casos el acreedor de mecanismos que privilegian especialmente sus créditos y de acciones que permiten soslayar los cauces ordinarios para exigir mediante la tutela de los Tribunales su cumplimiento forzoso.

Sus requisitos en nuestro derecho positivo son sucintamente los previstos en el art. 1857 del CC, esto es: han de estar constituidos para asegurar una obligación principal, la cual queda garantizada por el derecho real al que sujetan directa e inmediatamente; por tanto los derechos reales de garantía son derechos accesorios a una obligación principal¹⁷. En segundo lugar, la cosa gravada ha de

compilación Justiniana que, sin embargo, toleraba el denominado pacto marciano, eso es pacto comisorio reducido al justo precio de la cosa pignorada. MOLL DE ALBA LACUVE, C. «El pacto comisorio en el Código Civil.» *Revista de Derecho Vlex*. Núm. 10, octubre 2003. Respecto de las vulneraciones a la prohibición del pacto comisorio *vid.* BLASCO GASCÓ, F. *op cit. Comentario...* págs. 1277 a 1279. *Vid.* asimismo sobre el recorrido de la jurisprudencia del TS. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit* págs. 1865 y 1866.

¹⁶ CHICO Y ORTIZ *op cit*. págs. 1292 a 1294.

¹⁷ Sobre la accesoriedad de los derechos reales de garantía y en especial respecto de la hipoteca, *vid.* DIEGUEZ OLIVA R. *El principio de accesoriedad y la patrimonialización del rango*. Cuadernos de Derecho Registral., Madrid, 2009. Concluye la citada autora tras hacer un exhaustivo análisis de la doctrina que «*crédito e hipoteca son dos derechos subjetivos distintos, cada uno de ellos con su correspondiente régimen jurídico tanto en su constitución, protección, ejercicio, etc. La accesoriedad entre ambos es innegable. Dicha accesoriedad es la que determina que el titular del derecho de crédito, como titular de un derecho personal, goce sin embargo de facultades de trascendencia real, pero sin que ello afecte a la naturaleza jurídica de ambos. Pero que sean dos derechos distintos no implica la consideración aislada de*

pertenecer¹⁸ al que constituye el derecho real de garantía, que puede coincidir o no con el obligado de la obligación que garantiza. Por último es de esencia que aquel que constituye el derecho real de garantía tenga libre disposición de sus bienes o autorización suficiente de aquel que la tenga para el caso de que necesite complementar su capacidad¹⁹.

Se trata, por tanto y a nuestro juicio, de mecanismos muy eficaces puestos en manos de los contratantes que generan un derecho real limitado y accesorio²⁰ –pero autónomo en cuanto a su

cada uno de ellos. La función del principio de accesoriedad inherente a todo derecho de garantía, hay que entenderla atendiendo al fin o finalidad que con el mismo se quiere alcanzar que no es otra que la carga o gravamen real sirva para garantizar una deuda o crédito. Y en la medida en que tal garantía se alcance, despliega toda su efectividad dicho principio.» op. cit. pág. 26.

¹⁸ Siguiendo a BECOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, salvo los casos de adquisición *a non domino*, la eficacia *erga omnes* de la hipoteca y de la prenda está supeditada a que el pignorante o el hipotecante sea el titular dominical del derecho gravado. Resulta indiferente, a decir del citado autor, que se trate de un dominio resoluble, si bien la resolución del derecho del constituyente comportará la extinción del gravamen *ex. art. 107.10 LH*. También es indiferente que se trate de un derecho temporalmente limitado (usufructo, fideicomiso), aunque la garantía real se extinguirá cuando concluya el derecho del constituyente *ex. art. 107.1º LH*, salvo que este estuviera facultado para imponer gravámenes (fideicomiso de residuo). BECOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *op. cit.*

¹⁹ Siguiendo nuevamente a BECOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, la capacidad relevante es la que se tenga en el momento de la celebración del contrato, no, en su caso, de la inscripción, pese a su carácter constitutivo como sucede en la STS 13 julio 1984 en la que se confiere validez de la escritura de hipoteca otorgada antes pero inscrita después de la fecha a la que se retrotrajo la quiebra. BECOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *op. cit.*

²⁰ A este respecto, BECOVITZ RODRÍGUEZ-CANO puntualiza que es requisito esencial de los contratos y de los derechos de prenda e hipoteca que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación, de cualquier tipo sea principal o accesorio, precisando que lo determinante es la finalidad de aseguramiento en sí, no la existencia de la obligación en el momento de la constitución del gravamen, ya que cabe asegurar obligaciones futuras, si bien si la obligación que se dice garantizar no existe, tampoco existe garantía alguna, citando al respecto SSTS 26 marzo 1999, 3 julio 1997, 12 febrero 1992, *inter alia*s. Otra consecuencia de la accesoriedad es que, salvo pacto en contrario –que supondría la extinción de la garantía– se transmiten con ésta *ex. arts. 1212 y 1528*. Igualmente todas las vicisitudes de la obligación asegurada afectan a la garantía: por ejemplo, la nulidad de la obligación determina la nulidad de la garantía citando la doctrina consolidada del TS en SSTS 22 noviembre 1963 y 30 enero 1984 *inter alia*s, ya de la DGSJFP en resoluciones de 31 marzo 1900 y 26 septiembre 1902. La extinción de la obligación implica la extinción de la garantía accesorio como se desprende de las resoluciones de la DGSJFP de 30 octubre y 2 diciembre. Si la obligación se extingue parcialmente, *ex. art. 80.2º LH*; *vid.* al respecto RDGSJFP 22 diciembre 1999. Ello no obstante, la relación de accesoriedad no se produce en el sentido inverso, de manera que las vicisitudes de la garantía real no afectan a la obligación garantizada. BECOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *op. cit.* Más descriptivo, RAMOS CHAPARRO define derecho accesorio como aquel derecho que no puede existir eficazmente por sí solo sino que se predica de otro. En el caso de los derechos reales de garantía su función es esencialmente reforzar otro derecho, principal en este caso, que puede existir per se sin necesidad del accesorio y que tienen en sí mismo una función propia y sustantiva. No obstante cita el referido autor el carácter controvertido en doctrina de la accesoriedad en figuras como la hipoteca en garantía de obligaciones futuras a que se refieren los art. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria (LH); la hipoteca o prenda en garantía de obligaciones bajo condición suspensiva a que se refiere el art. 1861 CC; la hipoteca de constitución unilateral referenciada en el art. 141 LH; la hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH; la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas del 152

ejercicio ante los Tribunales por vía de acción²¹—sumamente resolutorio para garantizar el cumplimiento del negocio causal, que se encuentra dentro de la esfera de los derechos reales por cuanto a que como tal se configura, pero que su carácter accesorio lo hace integrar la categoría de las garantías, por cuanto sin la obligación principal carece de sentido y virtualidad.

Siguiendo en este punto a ROCA SASTRE²², los antecedentes jurídicos de nuestro ordenamiento legal son los romanos, y en los mismos la hipoteca no era más que una modalidad de prenda, siendo esta institución —el *pignus*—una figura jurídica general que implicaba la afección de una cosa al cumplimiento de una obligación²³ que alcanzaba dos modalidades según hubiera o no desplazamiento patrimonial y sin tener en cuenta el carácter de mueble o inmueble del bien²⁴.

Así en el Digesto²⁵ se expresaba que en sentido estricto se llamaba *pignus* al vínculo acompañado de traslación de la cosa a manos del acreedor, e *hypotheca*²⁶ al vínculo especialmente constituido sin ese desplazamiento de la posesión. En un momento posterior —en época justiniana²⁷—se

LH; la hipoteca extinta no cancelada registralmente; y la hipoteca en garantía de una obligación principal cuya acción personal ha prescrito. RAMOS CHAPARRO *op cit.* págs. 41 a 49. En cualquiera de los casos entendemos que la naturaleza accesorio se predica de las hipotecas voluntarias inmobiliarias dentro del concurso que serán objeto de análisis en la presente Tesis, ya que su constitución garantiza precisamente los derechos reconocidos en el concurso.

²¹ En el sentido de que se abstrae del negocio subyacente mediante la posibilidad del ejercicio de la acción real como alternativa a las acciones personales, como será objeto de tratamiento *infra*.

²² ROCA SASTRE, *op.cit.* págs. 205 y ss. Vol. 1 Tomo IV.

²³ *Res subiecta obligationi pro debito*.

²⁴ DÍEZ PICAZO sostiene que la conversión del *pignus* en hipoteca se produjo por la concurrencia de dos nuevas circunstancias: la innecesidad del *pactum de vendendo*, que se supone siempre contenido en el *pignus*, y la posibilidad de afectar una cosa al cumplimiento de una obligación (*pignus obligare*) sin necesidad de un cambio posesorio. Esta nueva modalidad del *pignus* se aplicó principalmente a los útiles que el arrendador introducía en el fundo arrendado (*invecta et illata*), los cuales habrían de responder del pago de la merced arrendaticia. DÍEZ PICAZO, *op cit. Fundamentos...* ed. digital.

²⁵ «*Propie pignus dicitur quod ad creditorem transit: hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem*» Digesto, párrafo segundo, fragmento 9º título VII libro XIII.

²⁶ En cuanto a su origen terminológico, CASTÁN TOBEÑAS lo vincula con la palabra griega *υποθήκη* que expresa la idea de poner debajo o someter una cosa a otra. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español común y foral*. Tomo Segundo, derecho de cosas. Volumen Segundo los Derechos Reales restringidos. Duodécima Ed. Reus S.A. Madrid 1978. pág.414. La raíz etimológica griega de hipoteca la podemos poner en consideración con la necesidad dada en el Ática de que ciertos gravámenes de las fincas se fijaban en estelas de piedra sitas en la propia finca denominadas *horoi* que contenían las indicaciones necesarias para informar a terceros de los gravámenes, siguiendo en este punto a LACRUZ BERDEJO, *op cit.* pág. 22.

²⁷ «*Inter pignus autem et hypotheca quantum ad actionem hypotecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem quantum et debitorem convenit, ut sit pro debito obligate, utraque hc appellation continetur, sed in allis differentia est: nam pignoris apellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam quae sine traditione nuda conventionione tenetur, propiae hypothecae apellatione contineri dicimus*» Instituciones, párrafo séptimo Título VI, libro IV.

empezó a identificar la institución de la prenda por recaer sobre bienes muebles y la de la hipoteca, por recaer sobre bienes inmuebles.

La regulación romana pasó en un primer momento a nuestro derecho patrio la hipoteca y la prenda poseen una misma regulación e incluso una denominación común, el *peño* al que se refieren las Partidas²⁸, la diferencia esencial entre la hipoteca y la prenda la da el objeto sobre el que se constituye, además de la posibilidad o no de que se de desplazamiento patrimonial. No es sino hasta las leyes de Toro²⁹ cuando se emplea el término hipoteca distinguiéndose entre a la hipoteca convencional, la legal o tácita y la judicial, sin que se exigiera ningún requisito adicional de forma ni publicidad.

A lo largo del siglo XVI la afluencia de capitales y la mejoría económica del país constituyó un clima favorable al desenvolvimiento de la hipoteca tendiéndose a adoptar los actuales tintes de la institución. Para ello se requería corregir el inadecuado sistema hipotecario romano, principalmente en lo tocante a su clandestinidad, entendida esta como la falta de publicidad de la garantía constituida. A tal fin se encaminaron los primeros pasos dirigidos al establecimiento de la publicidad de las hipotecas, las cuales no cristalizaron hasta el año 1768 con la creación de los denominados oficios de hipotecas. Con todo, el sistema hipotecario romano siguió vigente excepción hecha a lo relativo a la publicidad registral, y aún ello no fue total pues sólo abarcaba a las hipotecas convencionales, subsistiendo la falta de publicidad en lo referente a las hipotecas legales, de prolija casuística. El sistema de las contadurías de hipotecas resultó insuficiente para mejorar el régimen vigente en materia de hipotecas, pues lo que este necesitaba era una reforma sustantiva a fondo orientada en el sentido de abandonar muchos extremos de la regulación hipotecaria romana, circunstancia que no se dio hasta la época de la codificación.

Entrando en la época de la codificación, y siguiendo a BALLARÍN HERNÁNDEZ³⁰ en el proyecto de CC de 1.836³¹ se preveía en el Libro III referido a las obligaciones y contratos y la prueba

²⁸ Como también lo hicieron el Fuero Juzgo, el Fuero viejo y el Fuero Real.

²⁹ Ley LXIII de Toro, en concreto.

³⁰ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. *La hipoteca, génesis de su estructura y función*. Ed. Montecorvo. Madrid 1.980, págs. 23 y ss.

³¹ Proyecto cuyas definiciones resultan a nuestro juicio muy descriptivas y dotadas de una indudable *vis didáctica*.

judicial la inclusión de un Título décimo sexto que tendría por rúbrica *De los contratos que sirven para corroborar o dar más fuerza a la obligación de otros*. Dentro de dicho Título encontraríamos los Arts. 1695 referidos a la prenda e hipoteca³² y, más concretamente, el art. 1721 del citado proyecto que definía la hipoteca como el derecho que un acreedor adquiere sobre fincas o bienes inmuebles que se sujetan sin entrega al cumplimiento de alguna obligación. Precisaba a continuación que la misma cosa hipotecada solía denominarse hipoteca. Por último precisa el citado autor que dentro del título vigésimo del proyecto de 1.836 se incluía el art. 2.030 por el que se indicaba que no tendrá lugar la detención por deudas en aquellos supuestos en que el crédito hubiera sido asegurado con hipoteca.

El proyecto de CC de 1.851 incluía en su Libro III referido a los modos de adquisición de la propiedad un Título décimo noveno en el que se contenían los artículos 1.782 a 1.818 por los que se regulaba la hipoteca. En especial en el art. 1.782 del referido proyecto se especificaba que la hipoteca es un derecho real sobre los bienes inmuebles que se sujetan al cumplimiento de una obligación. Igualmente el art. 1.784 del citado proyecto especificaba que no puede constituirse hipoteca sino sobre bienes inmuebles especial y expresamente determinados.

Siguiendo la exposición cronológica que realiza BALLARÍN HERNANDEZ³³ encontramos a continuación el anteproyecto de CC que data de entre los años 1.882 y 1886 en el que se preveía desgranar el título inicialmente previsto para las hipotecas en un apéndice cuyo primer artículo habrá de describir los efectos de la hipoteca, precisando que constituida ésta con las formalidades previstas en la ley, sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de una obligación propia o ajena, cualquiera que sea el poseedor de dichos bienes.

Estos preceptos constituyen antecedente necesario de la regulación vigente contenida en el art. 1876 del CC y de los mismos ya se extraen los tintes de derecho real y de contrato que constituyen a

³² «Para seguridad de una deuda o del cumplimiento de otra obligación, empeña a veces el deudor una o más cosas suyas muebles o inmuebles en beneficio del acreedor. Cuando entre a este la cosa empeñada, especialmente siendo mueble, se llama prenda o contrato pignoraticio; cuando el empeño es de cosa inmueble y no se entrega al acreedor, sino que se sujeta la finca a la seguridad del pago, entonces recibe el nombre de hipoteca o de contrato hipotecario. Consiste pues la esencia de estos contratos en el derecho que adquiere el acreedor sobre la cosa mueble o inmueble empeñada por el deudor para asegurar el cumplimiento de alguna obligación.» art. 1695 del proyecto de CC de 1.836.

³³ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. *op. cit.* págs. 27 y ss

nuestro juicio dos facetas indisolubles de la hipoteca al unir garantía—bienes que sujeta al cumplimiento de las obligaciones contraídas—al crédito garantizado por el contrato que subyace.

Analizados que han sido los derechos reales de garantía hemos de profundizar en la hipoteca inmobiliaria como paradigma de dichos derechos reales. Así y siguiendo en este punto a BLASCO GASCÓ³⁴ entendemos por tal un derecho real de realización de valor de un bien inmueble, con función de seguridad o garantía, de constitución convencional o legal que recae sobre bienes inmuebles y derechos reales enajenables para asegurar el cumplimiento de una determinada obligación.³⁵ Para el caso de incumplimiento—sigue el citado autor—el derecho real de hipoteca permite la satisfacción forzosa del derecho de crédito mediante la realización del valor del bien a través de los procedimientos legalmente previstos, significando que a diferencia de otras ejecuciones y apremios parten del consentimiento expreso del deudor respecto de los cauces de apremio al haber constituido sobre los bienes que son gravados la hipoteca.

La característica esencial del derecho real de hipoteca inmobiliaria la constituye, a decir del citado autor, su seguridad o garantía que se extiende a tres puntos. En primer lugar, la sujeción expresa de un bien o varios a la satisfacción del crédito para cuya seguridad se constituye. En segundo lugar, el carácter preferente de dicha satisfacción ya que el precio obtenido mediante la realización del valor del bien se destina con preferencia a la satisfacción del interés del acreedor hipotecario. Y en tercer lugar, la innecesaridad de acudir a la vía declarativa para obtener el apremio de un bien³⁶.

Por su parte CHICO ORTIZ pone en consideración el carácter real de la hipoteca en nuestro Derecho ya que atribuye ésta a su titular una inmediata potestad sobre una cosa determinada,

³⁴ BLASCO GASCÓ *op. cit.* *La hipoteca inmobiliaria...* págs. 24 y 25.

³⁵ En términos generales añadiendo el no desplazamiento posesorio, CASTÁN siguiendo en este punto a SANCHEZ ROMÁN: «un derecho real constituido en garantía de una obligación, sobre bienes inmuebles ajenos o derechos reales enajenables que sobre bienes raíces recaigan y que permanecen en la posesión de su dueño para satisfacer con el importe de su venta de éstos aquella obligación cuando sea vencida y no pagada.» CASTÁN TOBEÑAS *op. cit.* págs. 414 y 415. Por su parte CHICO Y ORTIZ la define, añadiendo su carácter indivisible, como «un derecho real de realización de valor, en función de garantía de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio e indivisible de constitución registral que recae directamente sobre bienes ajenos y enajenables que permanecen en posesión del propietario.» CHICO Y ORTIZ, JM *Estudios sobre derecho hipotecario*. Ed. Marcial Pons, Tercera Ed. Madrid 1994. Tomo II pág. 1282.

³⁶ Ello no obstante y como se verá en profundidad *infra* la posibilidad de acudir a la vía declarativa puede ser una opción real para ciertos supuestos.

ejercitable *erga omnes*, originando una acción que puede hacerse efectiva contra cualquier tercer adquirente de los bienes hipotecados³⁷.

Por hipoteca voluntaria, y siguiendo nuevamente en este punto a BLASCO GASCÓ³⁸ entendemos la constituida tanto por un acto jurídico bilateral entre el propietario de un bien inmueble dado en garantía y el acreedor hipotecario, cuanto por acto jurídico unilateral por el titular del bien gravado. Señala que las primeras se denominan convencionales, contractuales o bilaterales; y las segundas hipotecas unilaterales³⁹. Se definen así las hipotecas voluntarias por contraposición a las hipotecas legales⁴⁰, entendiéndose por tales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter⁴¹.

En cuanto a su naturaleza, realza CARRASCO PERERA⁴² la dimensión convencional de la hipoteca voluntaria dada la ubicación sistemática en el Libro IV del Código civil español, en adelante CC, si bien siendo susceptible dicho contrato de desplegar efectos frente a terceros si se cumplen ciertos requisitos distinguiendo así entre un contrato de hipoteca y un derecho real de hipoteca.

Más precisa a nuestro juicio resulta la reflexión que realiza BLASCO GASCÓ⁴³ al distinguir que la expresión hipoteca puede referirse en un sentido técnico a dos realidades distintas. Por un lado puede referirse al acto jurídico constitutivo del derecho real de hipoteca, en lo que denomina contrato de hipoteca y que no constituye aún derecho real, que se mantiene en el ámbito

³⁷ CHICO Y ORTIZ *op cit.* pág. 1286.

³⁸ BLASCO GASCÓ, F *op cit.* *La hipoteca inmobiliaria...* pág. 62.

³⁹ Y ello conforme a la dicción literal del artículo 138 LH «*Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan y sólo podrán constituir las quienes tengan la libre disposición de aquéllos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes.*» Se definen por tanto por exclusión respecto de las legales a que hace referencia en art. 158 LH. En este sentido CHICO Y ORTIZ, *op. cit.* pág. 1295.

⁴⁰ Sobre las hipotecas legales vid. LEYVA DE LEYVA, JA. Comentario al art. 137 LH. Incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ABADALEJO GARCÍA, M y DÍAZ ALABART, S. Ed. Edersa, Alcobendas 2000. Tomo VII, vol 7, págs.604 a 622.

⁴¹ CASTÁN incluía dentro de nuestro derecho histórico un *tertius genus*, el de las hipotecas judiciales equivalente a los actuales embargos. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.* pág. 425. En un sentido análogo precisando que lo que verdaderamente las sustituye es la anotación preventiva de embargo, CHICO Y ORTIZ, *op. cit.* pág. 1295.

⁴² CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. *op cit.* pág. 676 En tal sentido referencia la STS 26 de marzo de 1999 (RJ 1999,2009) contraponiéndola con otra anterior, la STS 3 de julio de 1997 (RJ 1997, 5477) que a decir del autor confunde el contrato de hipoteca al que hace referencia con el propio derecho de hipoteca.

⁴³ BLASCO GASCÓ, F *op. cit.* *La hipoteca inmobiliaria...* pág. 19.

estrictamente obligacional; o el acto unilateral de constitución de hipoteca que la Ley concede a determinados sujetos a través de las denominadas hipotecas reales. Por otro lado al propio derecho real que, observados ciertos requisitos, nace de dichos contrato o acto unilateral.

Por su parte, CHICO Y ORTIZ⁴⁴ cita la existencia de tres tendencias doctrinales que discuten el carácter real de la hipoteca, a las que se hará breve alusión. En primer lugar la tendencia obligacionista, que tiene su desarrollo en derecho alemán⁴⁵, la hipoteca envuelve una obligación real definiéndola como un crédito contra quien sea propietario del inmueble hipotecado. En segundo lugar, la teoría procesalista de la hipoteca que se basa en tres consideraciones como son la atribución del titular de la hipoteca del derecho de expropiar o hacer vender el bien; la consideración de mantener que sólo los derechos de goce entran en la categoría de los derechos reales; y la consideración de que la hipoteca da lugar a la acción hipotecaria que no deja de ser una modalidad de la acción ejecutiva⁴⁶. Por último la tercera corriente es la llamada teoría abolicionista de la distinción entre derechos reales y de obligación que se basa en la forma de entender el concepto de inmediatividad que se aplica a los derechos reales de manera distinta a la doctrina tradicional, constituyendo la hipoteca una suerte de embargo anticipado⁴⁷.

Por tanto e independientemente de la no controvertida naturaleza obligacional del contrato que subyace en las hipotecas voluntarias⁴⁸, de las tendencias citadas que niegan un carácter de derecho

⁴⁴ CHICO Y ORTIZ, *op. cit.* págs. 1286 a 1288.

⁴⁵ Así cita a CROME, COSAK, GIERKE, *inter alios*.

⁴⁶ En relación a esta tendencia procesalista cita a REDENTI, CARNELUTTI y LIEBMANN.

⁴⁷ Se incardinan en esta tercera tendencia GIORGIANI y VALLET DE GOYTISOLO. CHICO Y ORTIZ *op. cit.* págs. 1286 a 1288.

⁴⁸ Siendo este de naturaleza de préstamo, crédito u otro atípico. Algunos autores hablan *strictu sensu* de contrato de hipoteca. Así CARRASCO PERERA *op.cit.* págs. 676 y ss. RODRÍGUEZ-CANO afirma que la prenda y la hipoteca son en el CC contratos que, cumplidos ciertos requisitos, tienen eficacia jurídico-real, y por ello a pesar de la regulación conjunta del CC, es preciso distinguir entre los requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca y las condiciones de oponibilidad *erga omnes* de los derechos de prenda e hipoteca. BECOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R *op cit.* Edición digital. Más acertadamente a nuestro juicio BLASCO GASCÓ hace énfasis en que el propio TS en St. de 3 de julio de 1997 ha ido más allá al enunciar que la hipoteca no es un contrato sino un derecho real pese a su regulación, errónea a decir del alto Tribunal, en sede de obligaciones y contratos. No obstante STS de 26 de marzo de 1999 señala que el contrato de hipoteca es una de las fuentes de originación del derecho real de hipoteca pero sin confundirse con él. BLASCO GASCÓ *op cit. Comentario...* págs. 22 y 23.

real puro y exclusivo a la hipoteca, entendemos que la naturaleza de la hipoteca inmobiliaria ha de ponerse en su carácter de derecho real, y dentro de estos, de derecho real de garantía⁴⁹.

A su vez y siguiendo a ROCA SASTRE⁵⁰ distinguimos por su forma de constitución las hipotecas voluntarias en hipotecas de constitución paccionada o bilaterales, alcanzando el origen de su constitución el acuerdo sinalagmático que las esboza previo a su efectiva constitución; o hipotecas de constitución unilateral.

Las hipotecas bilaterales, siguiendo en este punto nuevamente a BLASCO GASCÓ⁵¹, son las constituidas por un acto jurídico bilateral entre el propietario del inmueble dado en garantía y el acreedor hipotecario. Respecto de las hipotecas unilaterales ALBALADEJO⁵² distingue entre cuatro teorías en torno a la constitución de las mismas. En primer lugar la denominada teoría del consentimiento formal, de inspiración germánica, según la cual basta el mero consentimiento del dueño de la cosa para constituir la hipoteca unilateral, lo que choca con nuestro ordenamiento de inspiración latina. En segundo lugar la teoría de la hipoteca con condición suspensiva que complementa el consentimiento del dueño con la necesidad de que se cumpla la condición suspensiva de la aceptación y la efectiva inscripción. En tercer lugar las llamadas teorías del negocio dispositivo unilateral, distinguiendo aquella en que se entiende que es el mismo negocio jurídico unilateral el que provoca la adquisición de la hipoteca por el favorecido —lo que vuelve a chocar con los requisitos formales y de publicidad de la misma— y en segundo lugar la llamada teoría del negocio jurídico unilateral que provoca la constitución de la hipoteca, pero que no la constituye en sí. Y en cuarto lugar la denominada teoría de la reserva del rango, según la cual el acto unilateral sólo constituye una reserva del rango de la hipoteca que sólo se transforma en tal mediante la aceptación del mismo a favor de quien se constituyó la hipoteca. Concluye el citado autor en el sentido de dejar constancia que el negocio jurídico unilateral que basa la hipoteca no la hace nacer ya que se difiere a la aceptación e inscripción por parte del favorecido, no revistiendo

⁴⁹ Vid. STS Sala I de lo civil de 2 de enero de 1930.

⁵⁰ ROCA SASTRE, R. *op cit.* pág. 290 Tomo IV volumen II.

⁵¹ BLASCO GASCÓ, F *op cit.* *La hipoteca inmobiliaria...* pág. 62.

⁵² ALBALADEJO GARCÍA, M. «La hipoteca unilateral.» *Anuario del Derecho Civil*, 1950, Fascículo I. Págs. 5 a 88.

esta necesidad de aceptación e inscripción una condición suspensiva sino una auténtica *conditio iuris*⁵³.

Por su objeto⁵⁴, podemos delimitar la hipoteca voluntaria inmobiliaria como aquella recaerá sobre los bienes inmuebles⁵⁵ susceptibles de inscripción y demás derechos reales enajenables⁵⁶ y ello conforme se desprende de los arts. 1874 CC y 106 LH⁵⁷.

⁵³ ALBALADEJO GARCÍA, M. *op cit. La hipoteca...* págs. 78 y 79.

⁵⁴ Y a diferencia de la hipoteca mobiliaria, que recae sobre bienes muebles, o la hipoteca naval que recae sobre embarcaciones.

⁵⁵ Respecto de los bienes inmuebles que pueden ser objeto de hipoteca, SÁNCHEZ ARISTI nos recuerda que son hipotecables los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar ex. art. 107.3º LH, pacto que no es inscribible según se deduce del art. 27 LH. En este sentido cita RRDGSJFP 16 junio 1936 y 15 julio 1998. Igualmente señala que es admisible la hipoteca sobre bienes y derechos resolubles (condición resolutoria expresa, venta con pacto de retro) o temporalmente limitados mediante usufructo o fideicomiso, si bien la hipoteca se extingue cuando se resuelva el derecho del hipotecante excepción hecha del el caso del artículo 107.7º LH, donde, una vez retraído el inmueble, la hipoteca recae por subrogación real sobre las cantidades entregadas al hipotecante, citando a su vez la STS 11 julio 1995. De la misma manera señala que los bienes litigiosos son hipotecables aunque la demanda origen del pleito se haya anotado preventivamente o aunque se haga constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio (art. 107.9º LH) o aunque el acreedor tenga conocimiento del mismo, señalando que cualquiera de estos casos, pero sólo en éstos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito ex. art. 107.9º LH; y art. 175.5ª RH. Por último añade que, pese a no estar mencionados en el artículo 107 LH, también son susceptibles de hipoteca la finca gravada con censo ex arts. 1617 y 1633 CC; el censo mismo, ex. art. 148 LH; y el aprovechamiento urbanístico, ex. arts. 307.5º del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y arts. 33 y ss. del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. SÁNCHEZ ARISTI, R. Comentario al Art. 1874 CC incluido *Comentarios al Código Civil*. Grandes Tratados. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009. Edición digital. En un sentido más extenso vid. LLOPIS GINER, JM. Comentario a los arts.1874 y 1877 CC. Incluido en Código Civil comentado. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dirigido por CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011, págs. 1307 a 1314. Vid. igualmente LEYVA DE LEYVA, *op cit.* págs. 648 y ss.

⁵⁶ Pueden ser objeto de hipoteca inmobiliaria conforme al artículo 107 LH: El derecho de usufructo; la nuda propiedad; los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar; el derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho, los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real; las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos agregados; los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, bajo ciertas circunstancias; el derecho de retracto convencional, también bajo ciertas circunstancias; los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio; los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante; y los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos; el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Sin embargo, se excluyen expresamente de la posibilidad de constituir hipoteca: las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y

Por último hemos de recordar, siguiendo en este punto a LACRUZ BERDEJO⁵⁸ que la inscripción de la hipoteca tiene en nuestro derecho carácter constitutivo, es decir que coopera a la generación del derecho real. Así, y siguiendo al citado autor, el art 1.875 CC innovó el derecho vigente a la fecha estableciendo que para que la hipoteca quedase válidamente constituida era indispensable que el documento en que se constituyera fuera inscrito en el Registro de la Propiedad. Esta regulación resultó recogida en la refirma hipotecaria de 1909 pasando a los arts. 146 y 159 de la LH. En un sentido semejante, CHICO Y ORTIZ⁵⁹ destaca que la dicción legal dada a estos artículos provocó una discusión doctrinal sobre el carácter constitutivo de la inscripción destacando que existían corrientes doctrinales⁶⁰ que propugnaban que la inscripción de la hipoteca es de esencia para su oponibilidad a terceros pero no para su protección.

I.2.- La acción hipotecaria.

Definida la función de garantía de la hipoteca inmobiliaria, resulta fundamental definir un cauce para hacer valer dicha función y este no es otro que el ejercicio de la acción hipotecaria en cuanto a derecho subjetivo a poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional promoviéndose cuantos actos

exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada; los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo; y el uso y la habitación. Véase en este sentido CHICO Y ORTIZ *op. cit.* págs. 1345 a 1382; y LACRUZ BERDEJO *op. cit.* págs. 110 a 128. Sobre la posibilidad de hipotecar el derecho de aprovechamiento por turnos, que carece del carácter de derecho real, vid. LEYVA DE LEYVA *op. cit.* págs. 654 a 657.

⁵⁷ En este sentido BLASCO GASCÓ señala que excepto la determinación de la naturaleza inmueble del objeto de la hipoteca, el resto de lo contenido en los citados preceptos, esto es 1874 CC y 106 LH, parece superfluo y redundante por varios factores. En primer lugar ya que si la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo como se desprende de los Arts. 1875 CC y 145 y concordantes LH difícilmente pueden recaer sobre bienes inmuebles no susceptibles de inscripción, si hubiera alguno englobable en tal categoría. En segundo lugar, y por virtud de lo dispuesto en el art. 334.10 CC los derechos reales sobre bienes inmuebles se consideran por sí mismos bienes inmuebles. Y en tercer lugar, dada la naturaleza de la hipoteca como derecho real de garantía o de realización del valor es claro que los bienes –derechos reales en este caso– sobre los que recae deben ser susceptibles de enajenación ya que de no ser así se frustraría la finalidad de la hipoteca constituida sobre los mismos. BLASCO GASCÓ, F. *op. cit. La hipoteca inmobiliaria...* pág. 163.

⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, JL. *Derecho inmobiliario registral*. reedición de la segunda edición de 1957. Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor 2011. Págs. 150 y 151. Vid. asimismo CANALS PRATS, D. Comentario al art. 136 LH. Incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ABADALEJO GARCÍA, M y DÍAZ ALABART, S. Ed. Edersa, Alcobendas 2000. Tomo VII, vol 7, págs. 578 y ss.

⁵⁹ CHICO Y ORTIZ *op. cit.* págs. 1291 y 1292.

⁶⁰ En este sentido CANALS BRAGE las asimila a fórmulas cercanas a la carga real, afirmando que la hipoteca sigue a la finca y la deuda a la hipoteca como resultado de una especialización del débito. CHICO Y ORTIZ *op. cit.* pág. 1292.

procesales sean necesarios para obtener la tutela de los derechos del acreedor sobre las garantías constituidas. El fundamento sustantivo de la acción hipotecaria lo encontramos en el art. 1879 CC que establece que el acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados la parte del crédito asegurado⁶¹.

Entendemos que realizar un estudio en profundidad respecto de las teorías de la acción real y las acciones personales se apartaría sustancialmente del objeto de la Tesis por lo que vamos a partir de postulados ya formulados y analizados por la doctrina. Cabe precisar eso sí que resulta consustancial con la hipoteca la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor enajenando los bienes y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en tal momento el poseedor o propietario de los mismos⁶². Esta facultad de llevar a cabo la realización se materializa en el ejercicio de la llamada acción real hipotecaria –por contraposición a la acción personal que deriva del crédito garantizado y consiste –siguiendo en este punto a LASARTE ÁLVAREZ⁶³—en la culminación de un juicio declarativo en busca de una sentencia de condena que posteriormente podría ser objeto de ejecución forzosa, que no obstante es concurrente dado que salvo pacto expreso la hipoteca no limita la responsabilidad universal del deudor⁶⁴—ejercicio que podrá hacerse valer a través de diversos cauces procesales.

⁶¹ En este sentido *vid.* RODRIGUEZ LÓPEZ, G. Comentario al art 1879 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dirigido por CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011, págs. 1355 a 1361. Igualmente GARCÍA GARCÍA, JM. Comentario a los arts. 1874 a 1880 CC. Incluido en *Comentario al Código Civil*. Dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C, Díez-PICAZO PONCE DE LEON, LM y otros. Secretaría general técnica de publicaciones. Madrid 1991. Tomo II pág.

⁶² Así, DÍAZ FRAILE, J. *Ejecución judicial de la hipoteca*. Centro de Estudios Registrales, 2000, pág. 44.

⁶³ LASARTE ÁLVAREZ, C. *op cit.* pág. 265.

⁶⁴ En este sentido el art. 105 LH establece que «La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil.» Igualmente el art. 140 LH «No obstante lo dispuesto en el artículo ciento cinco, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. / En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor./ Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo ciento veintiuno.»

Con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –en lo sucesivo LEC—el citado autor⁶⁵ reconocía cuatro cauces procesales para el ejercicio de la acción hipotecaria: El juicio declarativo ordinario que regulaba la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 –LEC 1881 en lo sucesivo—en sus arts. 481 y siguientes; el juicio ejecutivo ordinario de los arts. 1429 y siguientes de la LEC 1881 con las especialidades previstas en los arts. 126 y 127 LH en su redacción entonces vigente el procedimiento judicial sumario de los arts. 129 a 135 de la LH entonces vigentes; y el procedimiento extrajudicial ante Notario regulado en el art. 129 LH y 234 a 236 RH en la redacción vigente a la fecha.

En estos cuatro cauces procesales –aunque *strictu sensu* sólo tengan naturaleza procesal los tres primeros⁶⁶—se materializa el ejercicio del *ius vendendi* que como contrapunto al pacto comisorio que proscribe nuestro ordenamiento jurídico en evitación de un enriquecimiento injusto del acreedor, toda vez que a diferencia de este el *ius vendendi* prevé la devolución del remanente del precio obtenido caso de que lo hubiera⁶⁷. Por el contrario la primera de las opciones, esto es el juicio declarativo ordinario no constituye en sí un procedimiento en el que se sustancie el *ius vendendi* pero siguiendo en este punto a GUASP⁶⁸ no resultaba desdeñable al permitir efectos de obtener una resolución de cosa juzgada, cosa que el juicio ejecutivo sumario no permitía.

En cuanto a la incorporación de estos cauces a nuestro ordenamiento jurídico, continúa DÍAZ FRAILE⁶⁹ precisando que la LH de 1861 no estableció ningún procedimiento especial de ejecución y que no fue hasta la reforma de 1909 cuando se implantó el procedimiento judicial sumario que coexistía con el ejecutivo ordinario. Igualmente el RH de 1915 introdujo el procedimiento extrajudicial ante Notario. En este sentido abunda RIVERA FERNÁNDEZ⁷⁰ al indicarnos que en la Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco de España se dotaba a dicha institución de un especial procedimiento de ejecución hipotecaria y la Ley Hipotecaria para las Provincias de

⁶⁵ DÍAZ FRAILE *op cit.* págs. 45 y ss *op cit.*

⁶⁶ En este sentido cita SSTS 24 de marzo de 1983; 12 de noviembre de 1985 –ambas de la Sala I—y STC 17 de enero de 1991.

⁶⁷ Sin embargo el ejercicio de la acción real estaría agotado, debiéndose proceder caso de que no se hubieran satisfecho las pretensiones íntegras del acreedor al ejercicio de la acción personal.

⁶⁸ GUASP DELGADO, J. *La ejecución hipotecaria en la Ley Hipotecaria.* Ed. Bosh. Barcelona, 1951 pág. 26.

⁶⁹ DÍAZ FRAILE, pág. 49 *op. cit.*

⁷⁰ RIVERA FERNÁNDEZ, M. *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria.* DILEX S.L. Madrid 2004 págs. 24 y 25.

Ultramar de 14 de julio de 1893 establecía un procedimiento que el citado autor define como breve y sencillo para el cobro de las deudas hipotecarias. La finalidad de ambos era precisamente la de establecer procedimientos privilegiados para tutelar, por un lado el recién constituido banco de España, y por otro lado el desarrollo del crédito territorial en el territorio de ultramar⁷¹.

De entre estos procedimientos –que actualmente se corresponden con otros cuatro de naturaleza semejante: de ejecución judicial especial o sumaria; de ejecución judicial ordinaria; de ejecución judicial tras declarativo; y de venta extrajudicial —tuvo ocasión el TC de pronunciarse respecto del entonces denominado proceso sumario manteniendo su constitucionalidad desde la STC de 18 de diciembre de 1981⁷² y sucesivas por cuanto que deja expedita la posibilidad de materializar las excepciones no previstas a través de un juicio declarativo y carece de fuerza de cosa juzgada. Estos argumentos fueron reiterados en resoluciones posteriores, entre las que destaca la STC de 17 de mayo de 1985⁷³. Consagra el TC que no conculca la tutela judicial efectiva el pacto de venta por notario por cuanto que el contenido propio de la hipoteca lo constituye la facultad de enajenar la cosa hipotecada; que la prohibición del pacto comisorio y la intervención de notario evitan el abuso de derecho del acreedor; que se reserva la intervención de los Tribunales en los aspectos que califica con contenido coactivo inmediato, como lo es la toma de posesión del bien enajenado; y que deja libre la vía judicial al no tener fuerza de cosa juzgada.

No obstante lo anterior el TS en Sentencias de 4 de mayo de 1998⁷⁴ y 20 de abril de 1999⁷⁵ se pronunció en contra de la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial por cuanto que sí entiende que atenta contra la tutela judicial efectiva, toda vez que no debe ser el derecho de la jurisdicción entorpecido sino por causa fundada en la ley, no bastando por tanto reglamento; conculca el principio de exclusividad que se predica respecto de los Juzgados y Tribunales en materia de ejecución que propugna el art. 117 CE y que hace que el art. 129.2 LH deba quedar tácitamente derogado; igualmente por entender que el art. 1872 CC por su ubicación sistemática no

⁷¹ GUASP DELGADO, J *op cit.* pág. 16.

⁷² ECLI:ES:TC:1981:41.

⁷³ ECLI:ES:TC:1985:64.

⁷⁴ ECLI: ES:TS:1998:2802 (id CENDOJ 28079110011998102267).

⁷⁵ ECLI: ES:TS:1999:2647 (id CENDOJ 28079110011999101373).

debe ser aplicado a la hipoteca sino exclusivamente a la prenda; y por cuanto constituye una vulneración a la proscripción por parte de la CE del derecho privado a la autodefensa.

Los pronunciamientos del TS fueron objeto de crítica por parte de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁷⁶ arguyendo que la función del Juez en los procedimientos de ejecución de hipotecas no es estrictamente jurisdiccional ya ni juzga ni hace ejecutar lo juzgado, interviniendo en garantía de los derechos de las partes y quedando entroncada dicha intervención en las funciones que el art. 117.4 CE confiere a los Jueces en garantías de los derechos, pero que no constituyen función jurisdiccional, por lo que bien pueden ser asumidas estas funciones por el notario en este caso.

Con la entrada en vigor de la vigente LEC –que derogó parcialmente la LEC 1881, derogación plena en cuanto fuera de aplicación a los procedimientos ejecutivos—se logró, siguiendo nuevamente a RIVERA FERNÁNDEZ⁷⁷, dar cumplimiento a la tradicional demanda de la doctrina de unificar en un único texto los procesos de ejecución de los bienes inmuebles aglutinando la ejecución de títulos judiciales, extrajudiciales y el procedimiento específico de ejecución hipotecaria que toma el cauce genérico como supletorio en lo no previsto expresamente, con las peculiaridades en cuanto a presupuestos procesales y sustantivos propios—como puede ser el vencimiento anticipado—y la dificultad técnica de contener ejecuciones de diversa naturaleza a través de un cauce ejecutivo común.

Ello no obstante y pese a que se trata de normas sustantivas se han de tener en cuenta para completar el marco normativo preceptos contenidos en el Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la LH, en concreto en las secciones primera y segunda de su Título V; y los contenidos en el Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el RH, en los preceptos correlativos a los anteriores.

A este cuerpo normativo hay que añadir matizaciones que leyes civiles especiales –como es el caso de la LECO– e incluso normas administrativas como puedan ser el estatal Real Decreto-Ley

⁷⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Centro de Estudios Registrales Madrid 1999, págs. 167 y ss.

⁷⁷ RIVERA FERNÁNDEZ, M. *op cit.* págs. 26 y ss.

31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial en cuanto resulte vigente, y otras de carácter autonómico.

En el último lustro se han dictado normas que han tenido incidencia directa en este marco normativo, legislándose en algunos casos por vía de urgencia y procediéndose a la convalidación o conversión de los textos obtenidos, y ello con carácter efímero ya que su articulado puede variar sustancialmente a las semanas de entrar en vigor. Así, el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, convalidado por Resolución de 29 de marzo de 2012; el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, convalidado por el Congreso el 10 de diciembre de dicho año; y más recientemente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que a su vez fue objeto de reforma por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. Estas normas se caracterizan, a nuestro juicio, por poseer una *vacatio legis* en extremo breve –generalmente entraron en vigor el mismo día o al día siguiente de su publicación– y un régimen transitorio cuando menos opaco.

Con la entrada en vigor de la actual LEC encontramos, al igual que con la legislación anterior, un cauce declarativo que hasta hacer bien poco no tenía apenas predicamento práctico, y tres de naturaleza ejecutiva: la venta extrajudicial que sigue vigente pero con matices, y la ejecución por vía del procedimiento especial de ejecución hipotecaria y el genérico de título extrajudicial.

I.2.1.- Venta extrajudicial.

Como se ha avanzado *ut supra*, el Real Decreto 290/1992 introdujo severas reformas en el procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria que fueron a la postre incorporadas en el procedimiento de venta extrajudicial, modificando el tenor literal de los artículos 234, 235 y 236 RH y añadiendo nuevos artículos a través de la introducción de *bises* del art. 236 desde la letra *a* a la *o*. Dichas introducciones afectaba esencialmente a la fijación del domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones; el pacto expreso para utilizar este procedimiento; y la limitación del cauce a las hipotecas ordinarias o de tráfico, excluyéndose a decir del autor las de seguridad o de máximo.

A esta reforma sustancial hemos de añadir que la Ley 1/2013 –reformada parcialmente por la posterior Ley 8/2013—da a través del tercer apartado de su art. 3 una nueva redacción al antes citado art. 129 LH que podemos hacer incidir en dos factores a tener en cuenta: la limitación del ámbito de actuación y la interacción del procedimiento notarial con los mecanismos protectores introducidos en la LEC. Además de estos no podemos dejar pasar el elemento terminológico, ya que la denominación del proceso ejecutivo notarial pasa a recibir el apelativo de venta notarial, con eliminación de cualquier referencia a que no se trate de una enajenación voluntaria sino coactiva, como en esencia sigue siendo.

Así y en primer lugar, se limita el ámbito de actuación del procedimiento notarial, exigiéndose, al igual que en las ejecuciones hipotecarias judiciales, que el valor de tasación no sea inferior al 75 por ciento del que figure en la escritura. Igualmente ha de quedar constancia del pacto expreso en el que se acuerde la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca, separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura, y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se establece una presunción *iuris tantum* consistente en que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble será vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.

Además, la venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora convenientemente liquidados y con las limitaciones señaladas en el artículo 114 de la LH⁷⁸—lo que parece excluir las hipotecas de máximos y figuras afines—.

Igualmente y a partir de la entrada en vigor de la Ley 19/2015 de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de justicia y el registro civil, se introducen los mecanismos protectores previstos en la LEC en sede de apremio de inmuebles, y por disposición final 21 de la LJVol se reforman los Arts. 72 y siguientes de la vigente LN partiendo de la

⁷⁸ Párrafo tercero introducido al art. 114 de la LH en su redacción dada por a Ley 1/2013 según el cual «*Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

existencia de una sola subasta y por tanto impidiendo la posibilidad de que se realice tercera subasta sin sujeción a tipo como preveía el art. 236. g VI del RH. Eso sí, esa subasta deberá ser hecha con carácter electrónico en el portal de subastas que a tal efecto ha dispuesto la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado⁷⁹ y siendo los tipos en la subasta y sus condiciones los determinados por la LEC, que se declara de carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la LH y RH, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 LEC. Además de las anteriores causas, encontramos los siguientes mecanismos que pueden aparejar la suspensión del apremio notarial:

En primer lugar, cuando el notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y, en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos que consistirán en interponer –si procede– el oportuno juicio declarativo o formularse –como veremos– por vía de oposición.

En todo caso, el notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la LEC, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales, pretensión que se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de LEC, del que se ha hablado anteriormente. Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

Concluido que fuera el procedimiento, el notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación de pagos contenidas en el art. 654.3 LEC⁸⁰ en su actual redacción,

⁷⁹ Y de cuyas modalidades hablaremos *infra* en el subapartado I.2.3.1.b.- Subasta judicial ejecutiva electrónica.

⁸⁰ Dada por el art. 7.7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que dispone que «*En el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a*

remitiendo cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el notario a que sea accionada por las partes ante los tribunales de orden civil y por el trámite del juicio verbal.

Se consolida la disposición introducida ya a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, se introduce en el art. 129 LH una especial protección de la vivienda habitual del deudor, que elimina la posibilidad de acudir a ulteriores subastas sin tipo y asemejan las cantidades a las previstas en el art. 670 de la LEC en sede de subasta de bienes inmuebles⁸¹.

A nuestro juicio, este procedimiento de venta extrajudicial es compatible con el concurso de acreedores respecto de los bienes del deudor sometidos a la venta extrajudicial, si bien en casos de suspensión y reactivación deberá someterse necesariamente a la competencia del Juez del concurso, con acomodación de su trámite al judicial por imperativo legal⁸². En los supuestos en los que se ha

costas.» No obstante se ha de ponderar con la disposición transitoria 4 de la citada Ley que limita su aplicación a los procesos ejecutivos instados tras su entrada en vigor.

⁸¹ Conforme al art. 12 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo los principios que rigen esta venta extrajudicial de la vivienda habitual del deudor son los siguientes: La realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una única subasta para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, si se presentaran posturas por un importe igual o superior al 70 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta, se entenderá adjudicada la finca a quien presente la mejor postura. /Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por cien del tipo señalado para la subasta, podrá el deudor presentar, en el plazo de diez días, tercero que mejore la postura, ofreciendo cantidad superior al 70 por cien del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. /Transcurrido el expresado plazo sin que el deudor del bien realice lo previsto en el párrafo anterior, el acreedor podrá pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación. /Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá adjudicada la finca a quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por cien del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos. /Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación y en caso contrario se estará a lo previsto en el artículo 236 n. del RH, según el cual, si quedaren desiertas las subastas celebradas y el acreedor no hiciere uso del derecho de adjudicarse los bienes ejecutados, el Notario dará por terminada la ejecución y cerrará y protocolizará el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda. /Sin perjuicio de estas especialidades siguen siendo de aplicación las facultades suspensivas previstas en la Ley 1/2013, pero cualquier infracción cometida por el Notario en relación a este procedimiento específico deberá ser denunciada ante el mismo a fin de hacer valer los derechos conculcados en un declarativo ulterior. CASASOLA DÍAZ, JM. «Suspensión de ejecuciones hipotecarias. Análisis de la jurisprudencia menor en materia de oposición a la ejecución hipotecaria.» Incluido en la obra colectiva *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*. III Ed. Wolters Kluwer, tercera edición. Las Rozas 2017. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ. págs. 476 y 477.

⁸² Acomodación que, ni en el actual texto refundido, ni en la LECO se realiza.

llegado a acomodar dicho trámite se ha tomado en cuenta el estado de la tramitación de la venta extrajudicial para procurar adaptarlo con la mayor garantía de derechos de las partes⁸³.

I.2.2.- Vía declarativa previa.

Dentro de las alternativas que el acreedor hipotecario posee para reclamar judicialmente la prestación garantizada por medio de hipoteca voluntaria inmobiliaria, y pese a que en sí no forme parte del ejercicio del *ius vendendi*, encontramos la vía declarativa previa, a través del juicio declarativo ordinario o, como acertadamente indica MARTÍNEZ DE SANTOS⁸⁴, incluso a través del llamado juicio monitorio.

Empezando por el juicio declarativo ordinario, y a pesar de que en el año 2016 el citado autor⁸⁵ entendía que se tratara de un supuesto prácticamente de laboratorio, como veremos a continuación y –al menos hasta la entrada en vigor de la Ley de Crédito Inmobiliario (en adelante, LCI) ha tenido cierto predicamento en los últimos años⁸⁶.

Las ventajas, siguiendo al citado autor, de acudir a esta vía declarativa previa son por un lado la obtención de pronunciamientos de cosa juzgada plena –de los que la vía ejecutiva cualquiera que sea su cauce carece—la obtención de un mayor espectro de bienes respecto a los que realizar el apremio⁸⁷; y constituir una vía procesal apta para obtener un título ejecutivo de una escritura de hipoteca perjudicada.

⁸³ En este sentido autos de ejecución hipotecaria 584/2020 seguidos ante el juzgado de lo mercantil 1 de Málaga dimanantes de una venta extrajudicial iniciada durante la fase de cumplimiento de un convenio judicialmente aprobado y remitida a consecuencia de la apertura de la liquidación concursal por el no cumplimiento del convenio.

⁸⁴ MARTÍNEZ DE SANTOS, A. *La hipoteca y su ejecución (opciones y alternativas procesales)*. Ed. Fe d'Erratas, Madrid, 2016. Págs. 34 y ss. En unos términos semejantes MARTÍNEZ DE SANTOS A. *La hipoteca y su reclamación judicial*. Ed. La Ley 2018. págs. 43 y ss.

⁸⁵ MARTÍNEZ DE SANTOS A. *La hipoteca... op cit.* págs. 34 y ss.

⁸⁶ En este sentido ARMIJO PLIEGO, A en «Variaciones en el tipo de interés, vencimiento anticipado e intereses de demora.» incluido en la obra colectiva *Comentarios a la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ, JM. Ed. Bosh. Barcelona, 2019. págs. 397 y ss.

⁸⁷ Y ello puesto que a pesar de la posibilidad de acudir, agotada que haya sido la garantía real al apremio de otros bienes de los deudores u otros obligados es condición indispensable precisamente el agotamiento de la garantía real, circunstancia que no se da en la ejecución de una sentencia o auto resolutorio de un juicio declarativo ordinario.

Es precisamente esta última ventaja —la de poder servir de base a la constitución de un nuevo título ejecutivo—la que con ocasión de la cláusula de vencimiento anticipado ha venido a propiciar el empleo de este mecanismo, que sumado a la posterior ejecución del título judicial obtenido permitiría el apremio de la totalidad del patrimonio del deudor y demás obligados que hayan sido parte en el juicio declarativo ordinario. Recientemente el TS se ha pronunciado en el sentido de indicar que excede del contenido propio de una sentencia declarativa hacer que se declare aplicable un proceso ejecutivo en detrimento de otro, en concreto en referencia a un juicio declarativo ordinario en cuyo *petitum* solicitaba el acreedor que se declararan específicamente aplicables las reglas que resultan del Capítulo IV, Libro III de la LEC⁸⁸.

En relación al juicio monitorio, y siguiendo a MARTÍNEZ DE SANTOS⁸⁹ resulta evidente que tratándose de una deuda dineraria documentada, la escritura de hipoteca puede fundamentar un juicio monitorio. Sin embargo en la medida que la deuda debe ser líquida exigible y vencida deberá ceñirse a la reclamación de las posiciones vencidas salvo que se hubiera obtenido el vencimiento anticipado por otra vía.

La principal ventaja que el citado autor confiere a la vía monitoria es la mayor celeridad del juicio monitorio —que propicia un requerimiento de pago con la concesión de un término de veinte días para oponerse o satisfacer la reclamación. Los inconvenientes que cita serían de orden estrictamente procesal y encontraríamos la imposibilidad de acudir a la vía edictal para la reclamación; y en segundo lugar la posibilidad de conversión en un juicio declarativo verbal u ordinario en caso de oposición. A estos hemos de añadir la posibilidad de la apreciación de oficio de cláusulas abusivas y la imposibilidad práctica de reclamar la totalidad de las posiciones por vencer ya que difícilmente se habrá obtenido un pronunciamiento declarativo de resolución.

Las desventajas que el referido autor cita⁹⁰ son de orden procesal y de estrategia de la parte actora. Entre las primeras la lentitud del juicio declarativo ordinario, que prevé demanda, contestación audiencia previa al juicio y —caso de admisión de prueba a practicar en el plenario—acto del juicio;

⁸⁸ STS de 2 de febrero de 2021 Sala de lo Civil, Pleno. ECLI:ES:TS:2021:233 (Id. CENDOJ: 28079119912021100004).

⁸⁹ MARTÍNEZ DE SANTOS A. *op. cit. La hipoteca...* págs. 37-38.

⁹⁰ MARTÍNEZ DE SANTOS A. *op. cit. La hipoteca...* págs. 47 y ss.

a esto se ha de añadir el trámite de la ejecución de título judicial. En relación a las segundas, mayor amplitud de motivos de oposición ya que estos no son los tasados en el art. 695 LEC, habiendo a nuestro juicio incluso dos momentos en los que formular las excepciones: la contestación a la demanda en vía declarativa y la posibilidad de formular oposición a la ejecución de título judicial; en segundo lugar, el menor plazo de prescripción de las acciones que sería el común de todas las acciones personales del art. 1964 del CC.

Concurriendo un procedimiento declarativo con un concurso de acreedores respecto del patrimonio del demandado, este habrá de proseguir hasta el dictado de Sentencia, no así su ejecución que caso de que la Sentencia sea posterior al concurso carece de posibilidades de ser ejecutada, y caso de que se estuviera ejecutando con anterioridad, debe suspenderse en su trámite.

I.2.3.- Ejecución de título extrajudicial genérica.

Siguiendo en este punto a RIVERA FERNÁNDEZ⁹¹ la literalidad del verbo empleado *podrá* en el art. 691 LEC permite perfectamente acudir a la vía de la ejecución dineraria ordinaria cuando de una escritura de hipoteca se trate. Así, el art. 517.2.4ª LEC confiere carácter de título ejecutivo a *«Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes»*.

Complementado este precepto con el art. 17.1 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado (en adelante, LN), en su redacción vigente, según la cual *«Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó»*, resulta que cualquier escritura pública en la que se haya constituido el derecho real de hipoteca y en la que haya quedado plasmado el negocio causal subyacente puede ser susceptible de ejecución por este cauce.

⁹¹ RIVERA FERNÁNDEZ, M. *op cit.* pág. 29.

Las posibilidades de empleo del mismo se reducen –en la práctica procesal– a dos. La primera de ellas puede deberse a que no pueden cumplirse los requisitos específicos previstos en el art. 682 de la LEC, hecho que con la modificación operada por la Ley 1/2013 puede adquirir una nueva dimensión⁹². La segunda, a la voluntad del ejecutante de acudir al patrimonio de más sencilla realización antes que a enajenar el inmueble sobre el que se ha constituido la garantía, invirtiendo así el orden lógico que da el art. 579 de la LEC⁹³ –también reformado por la Ley 1/2013– para las ejecuciones hipotecarias, empleando el cauce ordinario; así, acudir a esta vía facultaría para apremiar bienes más líquidos tales como sueldos, depósitos o títulos-valores, para luego realizar el bien hipotecado. A estas opciones añade el citado autor⁹⁴ la posibilidad de reclamar otro tipo de deudas junto con la deuda hipotecaria.

Concurriendo no obstante con un concurso de acreedores, y como se tratará en profundidad, la ejecución ordinaria claudica, quedando suspendida en su trámite.

I.2.4.- Ejecución hipotecaria.

Como se ha dicho con anterioridad, la LEC parece haber dado cumplimiento a la tradicional demanda de la doctrina de los procesos de ejecución de los bienes inmuebles aglutinando la ejecución de títulos judiciales, extrajudiciales y el procedimiento específico de ejecución hipotecaria, tratándose este de un proceso de ejecución dineraria con cierta peculiaridades que mantuvo en su origen el formato del art. 131 LH⁹⁵ y que en la actualidad ha avanzado en su devenir

⁹² Así, el art. 682.2.1º LEC exige, en redacción dada por el apartado once del artículo 7 de la Ley 1/2013, lo siguiente: «*Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*». Por tanto, en su defecto, habrá el ejecutante de acudir necesariamente a las vías ejecutivas ordinarias o –a su instancia– a un declarativo previo.

⁹³ Según este artículo «*Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*»

⁹⁴ RIVERA FERNÁNDEZ, M. *op. cit.* págs. 30-31.

⁹⁵ Sobre el procedimiento sumario del derogado art. 131 *vid.* DÍAZ FRAILE, JM. Comentario art. 131 LH. Incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ABADALEJO GARCÍA, M y DÍAZ ALABART, S. Ed. Edersa, Alcobendas 2000. Tomo VII, vol 7. págs. 3 y ss. GUASP, J «La

normativo de la mano de la ejecución dineraria ordinaria. Su regulación específica la encontramos en el Capítulo V del Título IV Libro III de la LEC, que tiene por rúbrica «*De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*». Sin embargo, y por imperativo del art. 681.1 del citado texto legal, «*La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo*». Por tanto todas las prevenciones del Título IV referido a la ejecución dineraria son directamente aplicables en lo no previsto expresamente.

Se trata por tanto, en nuestra opinión, de un procedimiento de naturaleza ejecutiva, dentro de la categoría de las ejecuciones dinerarias; de título extrajudicial, puesto que su naturaleza parte del título ejecutivo contenido en el 517.4. LEC; de carácter privilegiado, puesto que al estar unidas de forma inmediata a una obligación dineraria garantizada por prenda o hipoteca se eluden ciertos trámites de la ejecución dineraria ordinaria; y de alcance no exclusivo, en el sentido de que, realizado el bien, respecto del cual se constituyó el derecho real de garantía, si restaran cantidades por satisfacerse, el ejecutante podrá solicitar que se siga la ejecución perdiendo ya el carácter privilegiado que hasta ahora le imbuía. Es, asimismo, un procedimiento ágil, con pocas posibilidades de defensa —incrementadas éstas cuantitativa y cualitativamente desde la reforma propiciada por la Ley 1/2013—y casi nulas de reparación del daño causado en caso de revocación.

A estas características hemos de añadir, como elemento sustancial de esta Tesis, que resulta compatible, bajo ciertas premisas, la tramitación de un procedimiento de ejecución hipotecaria con la tramitación de un concurso de acreedores. Compatibilidad que puede suponer como se verá a lo largo de la Tesis una serie de disfunciones, ya que resulta posible que se sustancie ante juzgados distintos a los que enjuician el concurso, puede colisionar con el reconocimiento de créditos concretos y con las operaciones liquidacionales.

ejecución procesal en la Ley Hipotecaria.» En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1941 págs 594 y ss. MONTERO AROCA, J. El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Ed. Tirant lo Blanch. València 1998. *Inter alios*.

I.3.- El concurso de acreedores. Estudio de las situaciones concursales y preconcursales.

I.3.1.- El concurso de acreedores: aproximación al concepto y marco normativo.

I.3.1.1.- El fundamento sustantivo del concurso de acreedores.

Para esbozar el fundamento sustantivo del concurso de acreedores hemos necesariamente de partir del principio de la responsabilidad patrimonial universal que consagra el art. 1911 CC⁹⁶, cuyo antecedente en nuestro derecho histórico lo encontramos en las Partidas⁹⁷, y cuya finalidad, siguiendo en este punto a ECHEVERRÍA SUMMERS⁹⁸, consiste en garantizar el cobro de las deudas por parte de los acreedores, afirmando que los deudores responderán de las mismas con todos sus bienes presentes y futuros, manteniendo dicha garantía en tanto no se extinga el crédito de forma definitiva, entrando en juego cuando el deudor no cumple espontáneamente su obligación. Fuera de supuestos de rescisión de actos y contratos, sea ordinaria o concursal, los bienes que han

⁹⁶ «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.» Respecto de los límites convencionales al principio de responsabilidad universal fuera de la esfera concursal, ORDUÑA MORENO entiende que con carácter general cualquier estipulación en tal sentido ha de ser considerada nula. No obstante existen supuestos en los que la norma autoriza a que se aparten determinados bienes de la agresión patrimonial del acreedor, como puede ser la inembargabilidad de la renta vitalicia constituida a título gratuito ex art. 1808 CC y el pacto de limitación del art. 140 LH. ORDUÑA MORENO, FJ. Comentario al art 1911 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dirigido por CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011, pág. 1525. En cambio GULLÓN BALLESTEROS hace referencia a la admisibilidad de los pactos modificativos de la responsabilidad patrimonial universal toda vez que la STS de 21/05/1963 los admite expresamente si bien la STS 27/09/1983 sólo los permite mediante pacto expreso. En uno y otro caso el fundamento es aplicar una quita o remisión gratuita acudiendo a las reglas de la condonación. GULLÓN BALLESTEROS, A. Comentario a los arts. 1911 a 1929 CC. Incluido en *Comentario al Código Civil*. Dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, LM y otros. Secretaría general técnica de publicaciones. Madrid 1991. Tomo II, pág. 2056.

⁹⁷ Ley 1ª, del Título XV, Partida quinta «Desamparar puede sus bienes todo hombre que es libre que estuviere en poder de sí mismo o de otro, no teniendo con qué pagar lo que debe, y débelo desamparar delante del juez. Y este desamparo puede hacer el deudor por sí o por su personero o por carta, reconociendo las deudas que debe, o cuando fuere dada sentencia contra él y no antes, y si de otra manera los desamparase, no valdría el desamparo. Y débelos desamparar a aquellos a quienes debiere algo, diciendo como no tiene de que haga pagamiento; y entonces el juez debe tomar todos los bienes del deudor que desampara lo suyo por esta razón, sino los paños de lino que vistiere, y no le debe otra cosa ninguna dejar. »

⁹⁸ ECHEVERRÍA SUMMERS, F. Comentario al art. 1911 del CC incluido en *Comentarios al Código Civil*. Grandes Tratados. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009. Edición digital.

de responder de las deudas contraídas son los bienes propiedad del deudor en el momento de ejecutar la obligación, no aquellos que existían cuando aquélla se constituyó⁹⁹. Dichos bienes responden en su conjunto, excepción hecha a instituciones concretas¹⁰⁰, ya que existe unanimidad en nuestra doctrina a la hora de declarar la nulidad de aquellos pactos o acuerdos en virtud de los cuales el deudor se exime por completo de responsabilidad¹⁰¹. En supuestos en los que los acreedores son múltiples, cuando el patrimonio resulta suficiente, esto es en escenarios de solvencia, la concurrencia de créditos se regirá por las normas generales de los arts. 1.921 y ss. CC¹⁰². En supuestos de insolvencia¹⁰³ declarada la concurrencia de los créditos será a través de la institución del concurso de acreedores.

El concurso de acreedores tiene por finalidad principal lograr el pago de la mayor parte de las deudas posibles de la persona física o jurídica en estado de insolvencia¹⁰⁴. Esta meta se puede

⁹⁹ Así, MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil. Tomo XXXI, De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia. De la concurrencia y prelación de créditos: artículos 1902 a 1929*. Ed. Reus, Madrid 1961, pág. 544.

¹⁰⁰ Caso de la facultad que establece el art. 1807 CC según el cual el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista. O más claramente el art. 140 LH que permite pactar en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. También instituciones como el emprendedor de responsabilidad limitada, que será objeto de tratamiento en el capítulo III de la presente Tesis.

¹⁰¹ ECHEVERRÍA SUMMERS, *op cit.* edición digital.

¹⁰² Que serán tratados en el capítulo II de la Tesis, en concreto en el apartado II.1.2.- Reconocimiento y gradación de créditos fuera de supuestos de insolvencia declarada.

¹⁰³ Partiendo de una breve definición jurídico material de la misma como estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. En este sentido en «La información económico financiera en los procesos concursales en el marco de las normas internacionales de información financiera.» MATEOS RONCO A y MELIÁ MARTÍ E. Artículo incluido en *las Ponencias y Comunicaciones del XX Congreso anual de AEDEM*, pág. 4 edición digital. Desde un punto de vista jurídico formal podemos definir insolvencia como «(...) una premisa ontológica que da lugar a que se abran múltiples opciones procesales y distintos recorridos en cuanto a la viabilidad del concursado.» PEREA GONZÁLEZ, A. *Insolvencia: el poder de una palabra. Noticias Jurídicas sección mercantil-concursal*. Febrero 2020. El art. 2.3 del TRLC opta por definirla de manera material ya que dispone que «Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.»

¹⁰⁴ Y ello pese a que la exposición de motivos de la LECO no lo indique expresamente, como acertadamente analiza BATALLER GRAU: «A quien suscribe le llamó en su momento poderosamente la atención que la Exposición de Motivos no contuviera una declaración programática sobre los fines del concurso, lo que sin duda facilitaría la interpretación de su articulado. No obstante esta laguna del legislador, estimamos

alcanzar, siguiendo en este punto a BELTRÁN SÁNCHEZ¹⁰⁵, a través de dos vías en principio excluyentes¹⁰⁶: una solución negociada entre el deudor y los acreedores, que pasa a nuestro juicio por mantener una actividad viable que permita generar nuevos recursos, o, por el contrario, realizando la totalidad de los bienes para satisfacer los créditos con el importe obtenido. A estas dos realidades responden las instituciones del convenio y la liquidación concursales.

De las dos soluciones apuntadas –esto es, convenio y liquidación—es el convenio aquella que tiene sobre el papel una mayor relevancia para lograr la finalidad satisfactiva porque genera nueva riqueza en lugar de agotar la existente. Examinada la Exposición de Motivos, tanto del Texto Refundido, como de la Ley Concursal, como de sus muy numerosas reformas, la voluntad manifestada por el legislador –aunque no siempre coincidente con la norma positiva que plasma *lege data*—es la de la salvaguarda de la actividad económica a través del tantas veces invocado principio *pro convenii*. Principio que no deja de ser un concepto jurídico indeterminado y que ha sido empleado a suerte de comodín, tanto por el legislador para justificar sus virajes en la normativa, como por los diversos operadores jurídicos para fundamentar sus pretensiones y decisiones, muchas veces carentes de otro fundamento.

Sin embargo la realidad es bien distinta ya que la inmensa mayoría de las personas declaradas en concurso de acreedores acaban sufriendo los avatares de una liquidación concursal. Liquidación que –siguiendo en este punto a GURREA MARTÍNEZ—no ha de suponer en sí un problema ya que no

que la función principal del concurso de acreedores, y por extensión en el más amplio concepto de Derecho de la insolvencia, reside en buscar la más eficiente y amplia satisfacción de los créditos de los acreedores. Eficiente, porque el procedimiento que se escoja no ha de suponer carga alguna para los acreedores, ni implicar demoras injustificadas. Amplia, porque ha de tenderse a saldar las obligaciones del deudor de modo que se cause el menor quebranto posible a los acreedores. Voces discrepantes siempre pueden haber, pero creemos que existe un amplio consenso entre la doctrina patria en torno a que la función principal que ha de atender el concurso de acreedores es la satisfacción de los acreedores.» BATALLER GRAU, J. «La desjudicialización de la insolvencia. Una visión crítica.» Pág. 1183. Artículo incluido *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*. Dir. ROJO y CAMPUZANO. Tirant lo Blanch, València 2015.

¹⁰⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E «La apertura de la fase de liquidación. El convenio y la liquidación como soluciones al concurso de acreedores.» Capítulo incluido en *Las claves de la Ley Concursal*. Dir. QUINTANA CARLO, E, BONET NAVARRO, A y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JA. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2005. Pág. 510.

¹⁰⁶ Al menos excluyentes con carácter simultáneo, ya que frustrada la vía de convenio se ha de acudir a la liquidación. También es compatible la enajenación de bienes concretos para continuar la actividad con las soluciones de convenio, y la continuación de la actividad con la liquidación concursal en supuestos de enajenación de la unidad productiva.

equivale necesariamente a la destrucción de actividad económica¹⁰⁷, pero que en la mayoría de los casos van de la mano en un largo y tortuoso camino que aleja a los acreedores que no gozan de un privilegio en sus créditos del cobro, si quiera parcial, de los mismos.

No existen estadísticas fiables de la capacidad de recuperación de los créditos por parte de los acreedores en los concursos, si bien y desde la práctica procesal se aprecia que cada vez más se aprueban quitas sustanciales en los convenios –superiores al 50 por cien de los créditos afectados en la mayoría de los casos—lo que conlleva a la pérdida de las cantidades no incluidas. En escenarios de liquidación la práctica suele ser aún más dramática puesto que rara vez llegan a recuperar sus créditos los acreedores que no gozan de privilegio. En ambos casos existe una excepción que entronca con el objeto de la Tesis: el acreedor hipotecario suele recuperar en su totalidad o en un porcentaje muy elevado los créditos garantizados, por lo que se demuestra la eficacia de su garantía y la función económica que está llamada a cumplir.

1.3.1.2.- El concurso de acreedores como proceso.

El concurso de acreedores es sin duda un proceso, partiendo de la definición clásica de DE LA OLIVA SANTOS¹⁰⁸, en tanto que se trata de una serie o sucesión jurídicamente regulada de actos –sean del órgano judicial, de sujetos jurídicos particulares o de otros órganos del Estado que no sean jurisdiccionales—tendientes a la aplicación del derecho en un caso concreto. Se trata de un proceso esencialmente de naturaleza civil¹⁰⁹, y de carácter eminentemente contencioso¹¹⁰.

¹⁰⁷ Así nos muestra el citado autor que incluso en sistemas relativamente eficientes como el alemán la tasa de liquidaciones es superior al español. Así frente a un 10 por cien de convenios aprobados en el sistema español en el mejor de los escenarios, en el alemán apenas resulta un 2 por cien. Incide el citado autor que puede resultar incluso positiva la vía de la liquidación concursal si se mantiene la actividad «*Si un derecho concursal acaba liquidando empresas viables gestionadas por personas eficientes, honestas y responsables que agregan un valor añadido a la compañía, entonces se producirá una ineficiencia del derecho concursal que será necesario estudiar, y en la medida de lo posible corregir. Sin embargo creemos que la ineficiencia más común en España es más precisamente la contraria, esto es, intentar reorganizar a empresas inviables o, en su caso, empresas viables que estaría mejor gestionadas por un tercero.*» GURREA MARTÍNEZ, A. *El derecho concursal en España: Problemas estructurales y propuesta de reforma*. Ed. Reus, Madrid 2018, págs. 62-63.

¹⁰⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal civil I*. Centro de Estudios Ramón Areces. IV Ed. Primera reimpresión. Madrid 1996. Pág. 127.

¹⁰⁹ Y ello pese a que en la calificación concursal se puedan imponer sanciones cercanas al ámbito del derecho penal y no solamente de carácter pecuniario como puede ser la inhabilitación para administrar bienes propios y ajenos de los afectados.

GUERRERO PALOMARES lo define concretamente como un proceso jurisdiccional que comienza con una resolución judicial que declara la insolvencia de un deudor y que tiene por finalidad esencial, si bien no única, la satisfacción de una pluralidad de acreedores¹¹¹.

En efecto y partiendo de solicitud de parte legitimada existe una sucesión jurídicamente regulada de actos de trámite que conducen a la declaración de concurso y, declarado que ha sido, a su conclusión. Su competencia objetiva viene determinada por las normas imperativas a los juzgados de lo mercantil o—por excepción y respecto del concurso de persona física no empresario— a los juzgados de primera instancia, que aplican el derecho al caso concreto que determina la declaración de insolvencia del deudor obteniendo la protección que despliega el ordenamiento jurídico.

Siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA¹¹² entendemos que la forma jurídicamente regulada de obtener la protección del ordenamiento jurídico por parte del Estado es precisamente el proceso, a través del cual los legitimados podrán entablar sus acciones para obtener una concreta tutela, sea esta de naturaleza declarativa, ejecutiva o asegurativa. Ahora bien respecto de la naturaleza de la tutela que se obtiene a través del concurso de acreedores coincidimos con SENÉS MOTILLA¹¹³ en que es de carácter mixto entre las citadas tres naturalezas procesales, esto es tiene rasgos declarativos, rasgos ejecutivos y rasgos asegurativos o cautelares¹¹⁴. En concreto, refiere la citada autora que abundan

¹¹⁰ Ya que existen al menos posiciones contrapuestas por parte del deudor y de los acreedores que por lo general no verán satisfechos sus créditos en su totalidad o al plazo pactado. No obstante, podría considerarse, a nuestro juicio, que un concurso de acreedores en el que el total de los mismos se han adherido a una propuesta anticipada de convenio revestiría inicialmente un carácter de jurisdicción voluntaria, si bien sería en supuestos en que la totalidad de la masa pasiva estuviera identificada y conforme.

¹¹¹ GUERRERO PALOMARES, S. «*Derecho procesal concursal*.» Ed. Tirant lo Blanch, València 2020, pág.27.

¹¹² GÓMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V. *Derecho procesal civil*. Vol. I Artes gráficas y ediciones S.A. Octava edición. Madrid 1979. Pág. 1.

¹¹³ SENÉS MOTILLA, C. «Concurso y proceso.» revista *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico (Perspectivas actuales de derecho concursal)*, número 12, 2012, págs. 4 y 5 del citado artículo.

¹¹⁴ Una parte sustancial de la doctrina, en especial anterior a la LECO atribuía una naturaleza meramente de ejecución general o colectiva a la quiebra, por mucho que permitiera soluciones de convenio. Así GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA incluyen en la llamada ejecución general los procedimientos concursales anteriores a la LECO, como más adelante se detallará. GÓMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V *op cit.* págs. 297 y ss. En la doctrina más reciente HUALDE LÓPEZ afirma que «*Tras la reforma operada por la LC y a la vista de los propósitos y normas contenidos en ella, se puede intuir que la naturaleza del proceso concursal ha variado sensiblemente, dejando de ser un proceso estrictamente ejecutivo para convertirse en una institución jurídica compleja*» no le resta este carácter ejecutivo de

en el proceso concursal las manifestaciones de la tutela declarativa, en sus diversas modalidades, constitutiva (declaración de concurso), meramente declarativa (separación de bienes, reconocimiento de créditos o derechos laborales individuales, incumplimiento del convenio, calificación del concurso, *inter alia*) y de condena (restitución de prestaciones por causa de rescisión concursal, resarcimiento de daños y perjuicios por resolución de contratos, responsabilidad por daños de los cómplices si el concurso se califica culpable, responsabilidad concursal, *inter alia*). Añade SENÉS MOTILLA que a estas manifestaciones genuinamente concursales se debe adicionar la tutela jurisdiccional que se dispensa en los procesos pendientes al tiempo de la declaración de concurso que deban acumularse a este.

Respecto a manifestaciones de la tutela asegurativa o cautelar –en la terminología usada por la reseñada autora—las encontramos tanto en el procedimiento de declaración de concurso (medidas adoptadas para asegurar la integridad del patrimonio del deudor), como en las actuaciones que siguen a tal declaración (embargo de bienes y derechos de los administradores, liquidadores o apoderados generales de la persona jurídica concursada), así como en los incidentes promovidos durante la sustanciación del procedimiento concursal, ente la que cita las medidas para garantizar la reintegración de bienes y derechos a la masa activa del concurso.

Por último y respecto de las manifestaciones ejecutivas encontramos el conjunto de actos –del Juez del concurso, de la administración concursal, y debemos añadir a lo enunciado por la citada autora del Letrado de la Administración de Justicia en lo no reservado estrictamente al Juez del concurso—que integran la liquidación del patrimonio del deudor; e inequívocamente ejecutivas son las que debe acometer el juez del concurso para la sustanciación de las ejecuciones singulares que se inicien o reanuden con posterioridad a la declaración de concurso.

manera implícita a la fase de liquidación al definirla como «*el conjunto de actos procesales que se suceden a partir de su apertura, momento que puede variar en cada procedimiento dependiendo de que la misma se produzca a instancias del deudor, de acreedor o de oficio, según el desenvolvimiento del proceso concursal de que se trate; y tiende, por un lado, a la realización del patrimonio del deudor siguiendo las directrices del plan de liquidación elaborado por la administración concursal o, en su defecto, según las normas supletorias previstas en la LC, y, por otro, a su posterior reparto entre los acreedores con arreglo al orden de prelación de créditos que la misma establece.*» HUALDE LÓPEZ, I Comentario dedicado al art. 142 de la LECO. Capítulo incluido en la obra dirigida por CORDÓN MORENO, F. *Comentarios a la Ley Concursal*. Grandes Tratados. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2009. págs. 389 y 390

La Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, en adelante LECO, supuso una unificación de las figuras hasta entonces vigentes que dibujaban un panorama disperso en cuanto a los diversos procedimientos universales en los que se podía llegar a declarar la insolvencia generalizada de un deudor. Así y siguiendo en este punto a HERNANDEZ RODRÍGUEZ¹¹⁵ la LECO propició la instauración de un «*sistema concursal moderno, unitario, acorde a la realidad, que ampara la totalidad de los intereses afectados en las crisis de insolvencia.*» Esta instauración se consolida¹¹⁶ con el Texto Refundido¹¹⁷ de la Ley Concursal aprobado Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en lo sucesivo TRLC con entrada en vigor que se produjo el 1 de septiembre del año 2020¹¹⁸.

Respecto del TRLC hemos de destacar que ya en su Exposición de Motivos, último apartado, afirma: «*La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del Derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal,*

¹¹⁵ HERNANDEZ RODRÍGUEZ, M «La solicitud anticipada.» Incluido en *Tratado judicial sobre la insolvencia*. Dir. PRENDES CARRIL, P y MUÑOZ PAREDES, A. Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona 2012, págs. 548 y ss.

¹¹⁶ Se consolida porque al ser un texto refundido no debe variar el derecho objeto de unificación. Si bien conforme al art. 82.5 CE «*La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.*» Y en este caso se concede expresamente esta facultad. No obstante la facultad de regularizar, aclarar y armonizar ha propiciado pequeñas variaciones que a nuestro juicio y en ocasiones rozan el *ultra vires*.

¹¹⁷ Texto Refundido que, como acertadamente señala ELÍAS MONDEJA, no consiste en la incorporación de varios cuerpos legales en uno solo, sino que a decir de su exposición de motivos, el cúmulo de reformas que durante su corta vigencia ha sufrido la LECO justificó que la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, habilitara al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio. La finalización del plazo establecido para la refundición ha motivado que en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se incluyera una disposición final tercera que habilitaba un nuevo plazo para aprobar un texto refundido a propuesta de los Ministros de Justicia y del entonces denominado de Economía y Empresa. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos. ELÍAS MONDEJA, A. *Texto refundido de la Ley Concursal. Especial referencia al Libro Segundo del Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo*. Ed. Ley57. Málaga 2020, págs. 16 y ss.

¹¹⁸ Ex DF segunda TRLC.

aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad». ELÍAS MONDEJA¹¹⁹ a la vista de dicho párrafo afirma que el propio legislador está reconociendo que la norma aprobada es incompleta, es incoherente con los procesos de reestructuración preventiva (al menos en parte), es una norma compleja (afirma que debe ser simplificada), y es poco eficiente y costosa más de lo deseado. Concluye el citado autor que el texto es la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, por lo que a bien seguro será modificado en breve.

La tramitación del concurso de acreedores no es, en cualquier caso y como se tratará sucintamente, sencilla, partiendo de las múltiples opciones que posee el deudor y ante la falta de obligación en forma de comparecer de los acreedores. Siguiendo en este punto a VEGAS TORRES¹²⁰ hemos de incidir en el punto de que uno de los factores que dificultan la sustanciación del concurso como proceso es el elemento subjetivo en la posición de los acreedores ya que la LECO no impone la obligación a éstos de personarse y mucho menos prevé la posibilidad de audiencia previa a la declaración de concurso voluntario, sino que se trata, como en la mayoría de los procedimientos civiles, de una carga procesal.

1.3.1.3.- Antecedentes normativos.

Siguiendo a HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹²¹ podemos afirmar que hasta la entrada en vigor de la LECO permanecían en vigor en nuestro ordenamiento jurídico cuatro procedimientos de insolvencia aplicables a diferentes situaciones. En concreto insolvencia provisional del deudor comerciante, a través de la quita y espera; insolvencia provisional del deudor comerciante a través de la suspensión de pagos; insolvencia definitiva del deudor no comerciante a través del concurso de acreedores; e insolvencia definitiva del deudor comerciante a través de la quiebra. Dichas

¹¹⁹ ELÍAS MONDEJA, *op cit.* págs. 22 y 23.

¹²⁰ VEGAS TORRES, J. «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso.» Capítulo incluido en *Las claves de la Ley Concursal*. Dir. QUINTANA CARLO, E, BONET NAVARRO, A y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JA. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2005 pág. 94.

¹²¹ HERNANDEZ RODRIGUEZ, M. *op cit.* «La solicitud... pág. 549. En el mismo sentido GUERRERO PALOMARES *op cit.* págs. 31 y ss.

instituciones a su vez venían reguladas en diversos cuerpos legales, por cuanto las dos primeras figuras se encontraban incorporadas en la normativa general de la LEC 1881 y las dos segundas se ven complementadas con lo establecido en el CdC de 1829, CdC de 1889 y Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

Respecto de la quita y espera, siguiendo en este punto a HERCE QUEMADA¹²² se trataba de un procedimiento judicial de naturaleza no jurisdiccional que tenía por finalidad evitar la ulterior ejecución general mediante un convenio o acuerdo mayoritario de los acreedores que debía ser aprobado por el Juez. Se trataba de una medida de favor otorgada por la ley al deudor no comerciante solvente, es decir con activo superior al pasivo. Pese a su incorporación en el título XII de la LEC 1881 relativo al concurso de acreedores—en concreto sus artículos 1.130 a 1.155—no constituye en sí una parte del concurso sino un procedimiento independiente cuya finalidad era evitarlo. Su naturaleza la asimila el citado autor a la de un acto de jurisdicción voluntaria.

Significativa es su regulación específica en relación a la coexistencia de la quita y espera con las ejecuciones frente al patrimonio del deudor. En este sentido el art. 1.135 LEC 1881 establecía que *«Si hubiere ejecuciones pendientes contra el deudor, no se acumularán a este procedimiento; pero se suspenderá su curso cuando se hallen en la vía de apremio antes de procederse a la venta de los bienes, si el deudor lo solicitare del Juez que conozca de la quita y espera, el cual lo comunicará a los otros por medio de oficio.»* Para precisar el artículo siguiente, en concreto en su párrafo segundo, que se tendría poralzada de derecho dicha suspensión cuando hubieran transcurrido dos meses sin que hubiere sido otorgada la quita o espera, o luego que fuere denegada. Se precisaba igualmente que esta regla general no sería de aplicación a las ejecuciones despachadas contra bienes especialmente hipotecados.

La suspensión de pagos, siguiendo nuevamente a HERCE QUEMADA¹²³ es un procedimiento análogo al de la quita y espera si bien referido al deudor comerciante que es declarado en tal estado de suspensión de pagos para el caso de que se encuentre en situación de insolvencia provisional — cuando el activo sea superior al pasivo—o definitiva—si el activo resulta inferior al pasivo—que

¹²² GÓMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V. *op cit.* págs. 195 y ss.

¹²³ GÓMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V. *op cit.* págs. 188 y ss.

deberá ser declarada por Auto del Juez competente y con posibilidad de abrir una pieza de situación personal si el déficit no era afianzado en un plazo perentorio. Igualmente era considerado un procedimiento autónomo respecto de la quiebra aunque la jurisprudencia que cita dicho autor lo considera un estado preliminar a la quiebra¹²⁴.

El concurso de acreedores en su concepción histórica y según HERCE QUEMADA¹²⁵ constituye un procedimiento de ejecución general o colectiva frente al deudor común o no comerciante que exige como tal un título ejecutivo, que el citado autor fija en el Auto por el que se declara el estado de concurso. Consta como proceso de tres fases: una primera de aseguramiento, tendiente a impedir que por actos del deudor, de los acreedores o de ambos se perjudique el patrimonio del concursado; la segunda fase o de declaración de derechos en la que se procederá al reconocimiento y graduación de los créditos y declaración de responsabilidades; y una última fase o de ejecución donde se liquida el patrimonio del deudor, salvo que hubiera terminación por convenio suscrito por los acreedores y el deudor en lo que el citado autor denomina un modo especial de terminación del procedimiento concursal¹²⁶.

En relación con las ejecuciones iniciadas, el art. 1.173 LEC 1881 establecía que en el mismo Auto por el que se declaraba la situación de concurso de acreedores se acordaría la acumulación al mismo de las ejecuciones seguidas contra el patrimonio del deudor, exceptuándose eso sí las ejecuciones en que se persigan bienes hipotecados que, no obstante, sí podrían resultar acumulados si lo solicitara el acreedor preferente conforme al tenor literal del art.127 LH entonces vigente.

La declaración de quiebra, siguiendo al citado autor¹²⁷ era predicable respecto del deudor que fuera comerciante, aunque precisaba que según la jurisprudencia imperante¹²⁸ no es preciso que el deudor tuviera la condición de comerciante al momento en que se insta la declaración de quiebra, sino que basta con que lo fuera en el momento en que sobresee sus obligaciones; que hubiera sobreseído el pago en sus obligaciones, entendiendo por tal una cesación total en los pagos fueran estos de origen civil o mercantil; y que hubiera obtenido a instancias de un legitimado—el propio deudor o sus

¹²⁴ Así cita SSTS. de 18 de abril de 1.929 y 3 de junio de 1933.

¹²⁵ GÓMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V. *op cit.* págs. 306 y ss.

¹²⁶ GÓMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V. *op cit.* pág. 318.

¹²⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V. *op cit.* págs. 321 y ss.

¹²⁸ Así, cita el referido autor la STS Sala I de 12 de julio de 1940.

acreedores¹²⁹—un pronunciamiento declarativo de la quiebra en forma de auto. Igualmente preveía diversas fases, siendo las dos primeras sustancialmente análogas a las antes citadas en sede de concurso de acreedores como de aseguramiento y de declaración de derechos. En tercer lugar contenía la llamada fase de calificación de la quiebra distinguiendo entre fortuitas, culpables y fraudulentas. Por último una llamada fase de terminación del estado de la quiebra permitiendo tanto soluciones de convenio¹³⁰ como de liquidación, que será la usual. La previsión de acumulación de ejecuciones del art. 1.173 LEC 1881 a la que se hizo referencia en relación al concurso de acreedores es igualmente predicable de la quiebra.

Por tato, nos encontramos en nuestra legislación histórica con cuatro figuras concursales: dos en relación a insolvencia provisional, dos en relación a insolvencia definitiva, cada una de ellas aplicable según la naturaleza del deudor: esto es si es comerciante o no. Ante ese escenario, la LECO unifica las cuatro figuras de insolvencia en una sola, adoptando la denominación de Concurso de Acreedores ya que se trata de una (*sic.*) «*expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común. No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones.*» en este sentido y citando la propia exposición de motivos de la LECO, PULGAR EZQUERRA¹³¹.

¹²⁹ Recuerda el citado autor que en otras legislaciones de la época se permitía la declaración de concurso de oficio, cosa que no sucedió en nuestro ordenamiento que sí permitía la adopción de medidas precautorias en caso de fuga notoria del comerciante deudor entretanto los acreedores hacían uso de su derecho a instar la declaración de quiebra, conforme al art. 877 II CdC en su redacción entonces vigente. GÓMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V. *op cit.* pág. 324.

¹³⁰ Salvo para quebrados fraudulentos o que se hubieran fugado durante el transcurso de la quiebra, *ex art.* 898 II CdC en su redacción entonces vigente.

¹³¹ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*. Ed. La Ley. Madrid 2005. pág. 136

El concurso de acreedores en efecto será el proceso al que someterán los deudores que se encuentren en situación de insolvencia inminente o actual¹³², sean personas jurídicas o físicas¹³³ y estos comerciantes –empresarios, en la dicción actual—o no, todo ello a través de dos cauces¹³⁴ – uno ordinario y otro abreviado¹³⁵—con posibilidades de resolución por vía de convenio o liquidación¹³⁶, y sometidos en un primer momento a la jurisdicción de los Juzgados de lo Mercantil,

¹³² Así ex art. 2.3 TRLC «La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.» Igualmente el art. 6.1. TRLC establece que «El deudor que inste la declaración del propio concurso deberá expresar en la solicitud el estado de insolvencia actual o inminente en que se encuentre y acompañar todos los documentos que considere necesarios para acreditar la existencia de ese estado.»

¹³³ Ex art. 1.1. TRLC «La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.» Inalterado en contenido y numeración respecto de la LECO.

¹³⁴ Coincidimos con SENÉS MOTILLA en la consideración de que el concurso abreviado –cualquiera que sea su modalidad—carece de entidad propia para ser considerado un proceso autónomo. En este sentido SENÉS MOTILLA *op cit.* «La limitación... pág. 10 en relación a la normativa de la LECO que sustancialmente coincide con el TRLC «Pero no obstante el incremento numérico, el denominado "procedimiento abreviado" no es otro procedimiento diferente –en estructura, finalidad y actuaciones– al procedimiento concursal único que la ley denomina concurso "ordinario". Hasta tal punto es así, que la ley establece el carácter supletorio de las normas ordinarias (sic) respecto de los aspectos que no tengan una regulación diferente en este capítulo II (art. 191 quáter). A diferencia de sus homónimos, los procedimientos abreviados de los ámbitos contencioso administrativo y penal (arts. 78 LJCA; 757-794 LECrim), el concurso abreviado es un procedimiento ordinario con especialidades, que como tal, comparte con el concurso ordinario identidad de objeto (tutela jurisdiccional concursal) y de estructura (fase común, seguida de las de convenio y/o liquidación), sin perjuicio las novedades ya analizadas, sobre la coexistencia de las fases común y de convenio o de liquidación. Nos aprestamos, por tanto, a confirmar la vigencia del principio de unidad del procedimiento de concurso. Precisamente porque el abreviado no es un procedimiento diferente al concurso único que existe en nuestro Ordenamiento, son posibles: 1.º) la aplicación discrecional de las especialidades en que consiste (art. 190.1 y 2 LC), pues la determinación legal de los procedimientos judiciales es una exigencia de rango constitucional (art. 117.3 CE); 2.º) la acumulación de los concursos ordinario y abreviado de los sujetos, y en los supuestos, tipificados por la ley (art. 25 bis LC); y, 3.º) la transformación del procedimiento abreviado en ordinario, o viceversa, si sobreviene la modificación de las circunstancias que determinan el ámbito de aplicación de las especialidades abreviadas (art. 190.4 LC).»

¹³⁵ *Rectior*, existen varios cauces abreviados referidos a supuestos distintos. Un primer grupo de carácter potestativo en los supuestos de que el Juez del concurso entienda que el concurso no va a resultar de especial complejidad basado en criterios de número de acreedores inferior a cincuenta; menos de cinco millones de euros de activo o pasivo; por ser el deudor persona física; por venir la solicitud de concurso acompañada de una propuesta anticipada de convenio; o por conllevar una modificación estructural de la deudora persona jurídica. Igualmente un segundo grupo de declaración obligatoria por el trámite del concurso abreviado para el caso de que se acompañe un plan de liquidación comprensivo de un plan de venta de la unidad productiva; o hay habido un cese completo de la actividad de la deudora. En este sentido CADENAS DE GEA, C. *El nuevo procedimiento concursal abreviado*. Ed. Ley 57. 2012. págs. 17 a 34. A estos hemos de añadir el concurso consecutivo que se tramita por el cauce del concurso abreviado con especialidades regulado en el Título IV del Libro II del TRLC.

¹³⁶ «La unidad y la flexibilidad del procedimiento se reflejan en su propia estructura, articulada, en principio, en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación. La fase común se abre con la declaración de concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de

desgajándose la competencia objetiva para conocer del concurso de acreedores de deudores no empresario a los juzgados de primera instancia¹³⁷. Igualmente y a través de la figura del llamado concurso consecutivo¹³⁸ se introducen procedimientos específicos tras una fase preconcursal de mediación¹³⁹ que conllevan especialidades en relación al concurso de la persona física no empresario ya que se impiden a la misma soluciones de convenio¹⁴⁰, que sí se permiten en caso de que sea empresario.

Por último hemos de mencionar la aún no traspuesta Directiva 2019/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26 del mismo mes y año, cuyo ámbito recae sobre los marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. Dicha norma comunitaria se encuentra en el plazo extraordinario para ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico interno.

1.3.1.4.- Figuras preconcursales: delimitación y alcance.

Previo o en algunas ocasiones en lugar de la declaración de concurso encontramos compendiadas a lo largo de la LECO una serie de figuras cuyo denominador común es la puesta de manifiesto de la situación de insolvencia –actual o inminente—sin que lleve aparejado un pronunciamiento judicial inmediato que declare precisamente dicha situación. Así y siguiendo en este punto a MARTÍNEZ

acreedores, con lo que se alcanza el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso. A todo lo cual se suma la posibilidad de utilizar, en determinados supuestos, un procedimiento abreviado.» EEMM II in fine LECO.

¹³⁷ Por reforma operada al art. 85.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo sucesivo LOPJ, a través del art. único.22 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

¹³⁸ Regulado originariamente en el art. 242 LECO en general, con especialidades para el caso de persona natural no empresario incluidas en el art. 242 bis LECO. En la actualidad el TRLC le dedica un Título completo en sede de institutos preconcursales—cuando se trata ya de un procedimiento concursal, no preconcursal—en el antes referenciado Título IV del Libro II, arts. 695 a 720 del citado texto refundido.

¹³⁹ A través del acuerdo extrajudicial de pagos regulado en los arts. 631 y ss. TRLC.

¹⁴⁰ Así ex art. 706.1 TRLC « Si la solicitud de concurso la formulare el deudor o el mediador concursal, deberá acompañarse de una propuesta anticipada de convenio o de un plan de liquidación, que se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los títulos VII y VIII del libro I de esta ley. Si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario, la solicitud de concurso deberá ir acompañada de un plan de liquidación de la masa activa»

SANZ y BARTLE AGUSTÍN¹⁴¹ la primera mención en la legislación concursal de estas figuras se produjo con la introducción en el art. 5 de la LECO de un escueto apartado tercero mediante el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la crisis económica. El contenido de dicho precepto según los mencionados autores «(...)se limitaba a indicar que el deudor que se hallaba en situación de insolvencia actual no estaba obligado a solicitar la declaración de concurso si dentro del plazo de dos meses comunicaba al juzgado competente para la declarar el concurso que se encontraba negociando con sus acreedores la obtención de adhesiones para la presentación de una propuesta anticipada de convenio. Asimismo, hubiera o no alcanzado las adhesiones necesarias dentro del plazo de tres meses, debía solicitar la declaración del concurso dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo.»

Posteriormente fue la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal la que propició la eliminación del apartado tercero del art. 5 de la LECO introduciendo el art. 5 bis LECO con las siguientes notas características que extraen los citados autores¹⁴² y que a continuación se extractan.

En primer lugar según entienden los citados autores ya no resulta necesario que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual, pudiendo estar por tanto en situación de insolvencia inminente en consonancia con la declaración de concurso. En segundo lugar, se incluye expresamente la procedencia de la comunicación en supuestos de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación y no sólo una propuesta anticipada de convenio, como se expresaba en el texto anterior. En tercer lugar, se indica quién es el destinatario de dicha comunicación y el tratamiento que debe darse a la misma: el, ahora, Letrado de la Administración de Justicia es quien recibe la comunicación, limitándose a dejar constancia de la misma. Así no hay duda de que ni el Juez de lo mercantil va a intervenir (en principio) ni va a haber procedimiento contradictorio alguno

¹⁴¹ MARTÍNEZ SANZ, F y BARTLE AGUSTÍN, M «La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores.» págs. 28 y ss. En la obra colectiva *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración. X Congreso español de derecho de la insolvencia*. Dir. ROJO, A y CAMPUZANO, A Thomson Reuters – Aranzadi Pamplona 2018.

¹⁴² MARTÍNEZ SANZ, F y BARTLE AGUSTÍN, M *op. cit.* págs. 29 y 30.

entre partes. Por último, se constata que si desaparece la situación de insolvencia no existe obligación de solicitar la declaración de concurso.

Esta reforma respecto del tenor originario propició dotar de un contenido homogéneo a las comunicaciones preconcursales si bien fue objeto de posteriores reformas, en concreto las operadas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal que han conducido hasta el texto en vigor cuyas notas características, y siguiendo a los referidos autores¹⁴³, son las siguientes:

La primera nota característica se extrae de la obligación de efectuar, de oficio, la comunicación contenida en el artículo 5 *bis* LECO al registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación de mediador concursal (para el logro de un acuerdo extrajudicial de pagos). Si estos no lo hicieran, nada obsta que pueda presentarla el deudor a quien es fácil entender que le interese surtan los efectos relativos a la suspensión de ejecuciones contenidos en este artículo. En segundo lugar, se especificaba que los acuerdos de refinanciación a los que se hace referencia son los contenidos en el artículo 71 *bis* y la DA cuarta LECO. En tercer lugar, se introduce la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución en la que se deje constancia de la presentación de la comunicación, salvo en caso de que el deudor solicite el carácter reservado de la misma. En cuarto lugar, y siendo la reforma a mi juicio de mayor calado, se impide iniciar o continuar, a excepción de los supuestos que se establecen en el propio artículo, ejecuciones judiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuación de la actividad del deudor y se establece con claridad el plazo hasta el que se extienden los efectos de la suspensión. Sin duda esta cuestión merece un exhaustivo desarrollo que no puede ser objeto del presente estudio, referido única y exclusivamente a la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores en sí misma considerada.

¹⁴³ MARTÍNEZ SANZ, F y BARTLE AGUSTÍN, M *op. cit.* pág. 32.

Por último, el TRLC dedica su Libro Segundo a los institutos concursales, comprensivo de cuatro títulos. Siguiendo en este punto a ELÍAS MONDEJA, el Título I—que lleva por rúbrica de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores e incluye los arts. 583 a 595 TRLC—ordena lo hasta ahora regulado, mayoritariamente, en el artículo 5bis LECO, añadiendo partes del art. 235 LECO¹⁴⁴, del art. 242 bis LECO y del artículo 15 LECO lo que supone que aquello que venía siendo regulado, básicamente en un artículo pasa ahora a desarrollarse en doce¹⁴⁵. El Título II regula los acuerdos de refinanciación y comprende los arts. 596 a 630 TRLC y trae casusa del art. 71 bis y DA cuarta LECO; señala el citado autor¹⁴⁶ que dentro de la homologación, el TRLC deja fuera determinados apartados hasta ahora contemplados en la DA 4ª cuarta, tales como el apartado 2º en relación al valor de garantía real que el nuevo texto regula en el Libro I, Título V, Capítulo III, sección segunda, arts. 273, 275, 276 y 277 TRLC todos ellos referidos a la calificación de los créditos concursales¹⁴⁷. El Título III se refiere a los acuerdos extrajudiciales de pago e incluye los arts. 631 a 694 ambos inclusive TRLC. Por último Título IV se ocupa de las especialidades del concurso consecutivo¹⁴⁸ y abarca los arts. 695 a 720 TRLC.

Como puede apreciarse de las acertadas consideraciones de los autores citados, la presentación de una comunicación preconcursal afecta no sólo la posibilidad de que un acreedor pueda instar la declaración de concurso necesario conforme a lo dispuesto en el art. 594 TRLC¹⁴⁹, sino que se

¹⁴⁴ En relación a los acuerdos extrajudiciales de pago.

¹⁴⁵ ELÍAS MONDEJA *op cit.* pág. 24.

¹⁴⁶ ELÍAS MONDEJA *op cit.* págs. 27 y 28.

¹⁴⁷ Y que serán objeto de análisis en el Capítulo II de la presente Tesis.

¹⁴⁸ Que por su propia esencia y a nuestro juicio no puede ser considerado un instituto preconcursal, al ser ya concurso.

¹⁴⁹ Según el cual «1. Las solicitudes de concurso presentadas después de la comunicación de la apertura de negociaciones por otros legitimados distintos del deudor o, en el acuerdo extrajudicial de pagos, distintos del deudor o del mediador concursal no se admitirán a trámite mientras no transcurra el plazo de tres meses a contar desde la fecha de esa comunicación o de dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario. Las presentadas antes de la comunicación, aunque aún no hubieran sido admitidas a trámite, continuarán su tramitación. / 2. Las solicitudes que se presenten con posterioridad a la expiración de ese plazo solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil sin que el deudor hubiera solicitado la declaración de concurso. Si el deudor solicita la declaración de concurso dentro de ese mes, esta se tramitará en primer lugar. Declarado el concurso a instancia del deudor, las solicitudes que se hubieran presentado antes y las que se presenten después de la del deudor se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.»

dificulta o incluso impiden ciertas actuaciones ejecutivas, con relevancia como se verá más adelante en este mismo capítulo de la Tesis¹⁵⁰.

Lo previsto para las comunicaciones preconcursales en el art. 5 *bis* LECO se complementaba con lo previsto en el art. 71 *bis* y la DA IV de la LECO¹⁵¹ que hacían referencia a la posibilidad de homologar¹⁵² los acuerdos de refinanciación que hubieran podido alcanzarse en el marco de una comunicación preconcursal y que en la actualidad el TRLC los regula en sus arts. 596 a 630 TRLC, pudiendo llegar a vincular a acreedores financieros con créditos garantizados mediante hipoteca, lo que se tratará especialmente en el capítulo II de la Tesis.

Este procedimiento de homologación conforme a la normativa de la derogada LECO, partía de la suscripción de un acuerdo de refinanciación que resulte a la postre homologable, circunstancia que se predicará si se cumplen los requisitos del art. 71 *bis* LECO. El control de contenido de dicho acuerdo de refinanciación por parte del Juzgado de lo Mercantil es más formal que material –al contrario de instituciones semejantes en derecho anglosajón, siguiendo en este punto a THERY MARTÍ¹⁵³—ve culminada con el régimen de irrevocabilidad¹⁵⁴ de determinados acuerdos de refinanciación que consagraba el art. 71 *bis* LECO introducido por el art. 31.1 de la Ley 14/2013,

¹⁵⁰ En concreto en el subepígrafe I.5.3.- Derecho a la ejecución separada en situaciones preconcursales.

¹⁵¹ Disposición adicional que fue añadida por el art. 8.3 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, y modificada en sus diversos apartados por el art. único.112 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre; por el art. 31.2 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre; por la disposición final 7.2 de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre; por el art. único.13 del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo; por el art. único.23 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre; y por el art. único. Cuatro.4 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

¹⁵² La consecuencia procesal de la homologación es dotar de fuerza ejecutiva al título, en este caso al acuerdo de refinanciación conforme a los artículos 19.2 y 517.2.3º LEC 1/2000 de 7 de enero.

¹⁵³ THERY MARTÍ, A. «Las Negociaciones de los acuerdos de refinanciación.» En la obra colectiva *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración. X Congreso español de derecho de la insolvencia*. Dir. ROJO, A y CAMPUZANO, A Thomson Reuters – Aranzadi Pamplona 2018. En concreto en su página 46 sostiene el citado autor que «(...) la Disposición Adicional Cuarta no establece requisitos de índole informativa *ex-ante*; a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en EEUU, donde existe una regulación sobre la información y documentación que debe ponerse a disposición de todos los acreedores afectados, de suerte que hasta que el juez competente no aprueba el paquete informativo («disclosure statement»), el promotor de un plan de reorganización tiene tajantemente prohibido recabar votos o adhesiones («consent solicitation»). La Disposición Adicional Cuarta tampoco prevé durante las negociaciones el nombramiento ni la intervención de ningún órgano formal. Por tanto, la figura del juez de lo mercantil solo aparece una vez solicitada la homologación, y tampoco se prevé la participación de un supervisor, mediador ni de ningún tercero durante las negociaciones.» Ambas circunstancias suponen disfunciones que pueden llegar a afectar gravemente a los titulares de créditos garantizados mediante hipoteca voluntaria, como se verá en el capítulo indicado.

¹⁵⁴ En este caso y a nuestro criterio acierta terminológicamente el legislador ya que se trataría de una rescisión por lesión y es acorde a lo previsto con carácter general en el art. 1.291 CC apartado tercero.

de 27 de septiembre y objeto de varias reformas¹⁵⁵. Sin embargo con el TRLC y siguiendo nuevamente a ELÍAS MONDEJA se lleva este régimen de irrevocabilidad al concurso consecutivo que amplía el espectro de los acuerdos no susceptibles de rescisión no sólo a los homologados sino también a los no homologados¹⁵⁶ en los términos que dispone el art. 699 TRLC.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las comunicaciones preconcursales, siguiendo a SENÉS MOTILLA¹⁵⁷ se trata de una facultad¹⁵⁸ a disposición del deudor que podrá verificar de manera directa, mediante presentación en el juzgado competente¹⁵⁹, o de forma indirecta, mediante comunicación efectuada por el registrador mercantil o el notario con origen en la solicitud del nombramiento de un mediador concursal¹⁶⁰. Sobre la base de esta iniciativa del deudor —y solo de él—, la comunicación tiene como cometido único el inicio de negociaciones con los acreedores, ya para alcanzar un acuerdo de refinanciación o de pagos, ya para obtener las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada del convenio *ex arts. 333 a 336 TRLC*. De

¹⁵⁵ En concreto por el art. único. 5 del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo; por el art. único.14 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre; y por el art. único. Cuatro.3 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

¹⁵⁶ En particular sostiene que «*La derogada LC iba a incluir como NO rescindibles —aparte de los acuerdos extrajudiciales de pago (art 238.4)— los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente (DA 4a.13) y como rescindibles los acuerdos de refinanciación (sin homologar judicialmente), art. 71 bis. (...) Por su parte la nueva normativa indica: a) en el primer apartado, a cualesquiera otras acciones de impugnación de los acuerdos de refinanciación y de los acuerdos extrajudiciales de pago. / b) en el segundo apartado acciones rescisorias concursales contra acuerdos de refinanciación no homologados.*» ELÍAS MONDEJA, *op cit.* págs.48 a 51.

¹⁵⁷ SENÉS MOTILLA, C. «*La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores.*» *Anuario de Derecho Concursal* núm. 33 septiembre - diciembre 2014. pág. 2.

¹⁵⁸ Entendemos que en un primer momento no reúne los requisitos propios de una acción en el sentido de que tanto juzgado como registro mercantil o notario actúan como meros depositarios de la declaración de voluntad y garantes de su fecha de presentación y de las manifestaciones efectuadas. Sí puede la contradicción de ciertas manifestaciones por vía de recurso asemejarse más a la acción como pretensión fundada en derecho dirigida a obtener un pronunciamiento, en este caso declarativo en el caso de la necesidad de los bienes.

¹⁵⁹ La LECO no establecía requisitos de forma, por lo que entendemos que tratándose de una mera comunicación no habrá de revestir la forma de demanda ni requerirse la intervención de abogado y procurador. Tampoco el TRLC establece en sus arts. 583 a 585 requisitos de defensa y postulación algunos.

¹⁶⁰ Conforme al art. 583.2 TRLC «*Si el deudor hubiera solicitado el nombramiento de un mediador concursal para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, el notario, el registrador mercantil o la cámara ante los que se hubiera presentado la solicitud, una vez aceptado el nombramiento por el mediador, comunicará al juzgado competente para la declaración del concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, indicando la identidad del mediador.*»

este cometido único no obstante derivan las consecuencias procesales que para las ejecuciones frente al patrimonio del deudor se dirán más adelante.

1.3.1.4.- Fases del concurso de acreedores. Notas sobre la tramitación procesal del mismo. Contenido de las diversas secciones.

Una vez obtenido un pronunciamiento declarativo respecto de la insolvencia a través de la declaración de concurso, el concurso de acreedores parte de una fase inicial –la llamada fase común, cuya finalidad es la de obtener una imagen fiel del patrimonio del deudor en concurso¹⁶¹. A continuación o coexistiendo con la anterior –en casos de propuesta anticipada de convenio— encontramos la llamada fase de convenio en la que el deudor propone una forma de saldar las deudas concursales, principalmente a través de quita o espera, a través de la continuación de la actividad que deberá ser aceptada en su caso por la mayoría de los acreedores reconocidos— mayoría que estará según los casos más o menos cualificada—y aprobada por resolución judicial; a la fase de convenio si este resulta aprobado le sigue una fase de cumplimiento de convenio en la que se verifican los pagos por el calendario aprobado y concluye bien con la satisfacción íntegra de las deudas y dictado de resolución judicial que así lo declare, bien con la declaración de incumplimiento con la necesaria apertura de la liquidación concursal; excluyente con carácter simultáneo pero no sucesivo encontramos la fase de liquidación que puede coexistir con la fase común y que será desarrollada por el epígrafe siguiente.

En cuanto a la fase común, siguiendo a DÍAZ MARTÍNEZ,¹⁶² tiene por finalidad esencial llegar al conocimiento exacto de la situación patrimonial del deudor siendo una fase de carácter necesario y cuyas actuaciones resultan imprescindibles. En nuestra opinión esta finalidad esencial no se agota en sí misma ya que esa situación patrimonial lo que permitirá realmente es conocer la viabilidad de la actividad del deudor concursado, con base no sólo en el activo y pasivo, sino en las menciones respecto de la viabilidad que ha de hacer la AC en sus textos de informe, es especial en cuanto se

¹⁶¹ GUERRERO PALOMARES la delimita en el momento procesal especificando que comienza con la declaración de concurso y concluye dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación de textos provisionales si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha de puesta de manifiesto de los textos definitivos. GUERRERO PALOMARES *op. cit.* pág. 143.

¹⁶² DÍAZ MARTÍNEZ, M. «*El proceso concursal.*» pág. 160. Ed. Ramón Areces, 3.ª Ed. Madrid, 2009.

deduce de la obligación de realizar una exposición motivada por parte de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso, así como de valorar la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación¹⁶³.

La tramitación de las diversas fases del concurso de acreedores, sin perjuicio de las especialidades procesales según la clase de tramitación que se siga, se sigue a través de la formación y sustanciación de seis secciones; piezas separadas a las mismas; y procedimientos acumulados, principalmente incidentes concursales¹⁶⁴ y ejecuciones autónomas que se siguen como piezas separadas aun con ciertas características especiales¹⁶⁵. Podemos afirmar con GUERRERO PALOMARES que la coexistencia de fases y secciones en el concurso tiene el fundamento de que cuando hablamos de fases lo hacemos como estadios procesales y por el contrario las secciones—y hemos de añadir piezas separadas—constituyen una clasificación meramente organizativa¹⁶⁶.

La declaración de concurso conlleva la apertura, necesariamente, de las cuatro primeras secciones¹⁶⁷, comprensivas de los contenidos que se dirán. Igualmente resulta posible la tramitación de la sección quinta con objeto de liquidación concursal desde cualquier momento procesal desde el dictado de Auto de declaración de concurso de acreedores. A partir del cierre de la fase común y salvo supuestos de convenio anticipado se deberá abrir en cualquier caso la sección quinta, quedando demorada la apertura de la sección sexta o de calificación al dictado de resolución judicial que apruebe un convenio de los determinados gravosos o al dictado de resolución que

¹⁶³ Así ex art. 293.2 TRLC.

¹⁶⁴ Regulados con un cauce procesal cercano al actual juicio verbal en los arts. 532 y ss. TRLC, se trata además del trámite supletorio a seguir cuando no se haya previsto por el legislador tramitación específica «*Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación, así como las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso, se tramitarán por el cauce del incidente concursal.*»

¹⁶⁵ Ex art. 507 TRLC según el cual «*El procedimiento de concurso se dividirá en las siguientes secciones, ordenándose las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes.*»

¹⁶⁶ GUERRERO PALOMARES *op. cit.* pág. 144.

¹⁶⁷ Ex art. 31.1 TRLC. «*En la resolución judicial en la que se declare el concurso, se ordenará la formación de la sección primera, si el concurso se hubiera declarado a solicitud del deudor, que se encabezará con la solicitud y todos los documentos que la acompañaren, y, cualquiera que hubiera sido el solicitante, la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta, cada una de las cuales se encabezará por el auto o, en su caso, la sentencia que hubiera ordenado su formación.*»

apruebe el plan de liquidación o acuerde llevar las operaciones liquidacionales conforme a las reglas legales. El contenido de cada sección viene regulado en el art. 508 TRLC y queda estructurado en seis secciones de las cuales la última es la única que no tendrá carácter necesario salvo supuestos de cierre del concurso sin masa¹⁶⁸.

Consideramos esencial definir el contenido de cada sección ya que según el trámite en que se encuentre el concurso la tramitación de las ejecuciones acumuladas podrá ser una pieza separada de la sección cuarta o quinta; la declaración de necesidad de un bien deberá ser una pieza separada de la sección tercera; la impugnación de los textos de informe dimanará de la sección segunda; y tanto la conclusión como la reapertura del concurso deberán ser tramitadas en la sección primera. La sección sexta es relevante ya que la ejecución del déficit concursal irá como pieza separada de la misma.

1.2.1.4.a.- Sección primera.

La sección primera tiene por finalidad recoger el pronunciamiento declarativo de la insolvencia, esto es la declaración de concurso, así como todos los actos que tienen incidencia en dicho pronunciamiento declarativo. En ella se deberá incluir la declaración de concurso por medio de Auto, especificando si se trata de concurso voluntario o necesario; si se ha de seguir el trámite de concurso ordinario o abreviado; la designación de una administración concursal que deberá asumir funciones de intervención o de administración y disposición según el caso; el régimen de publicidad legal y el adicional que pueda eventualmente acordarse por el Juez del concurso¹⁶⁹. Igualmente y en pieza separada, se

¹⁶⁸ Para profundizar más en la dimensión procesal *vid.* CASASOLA DÍAZ, JM. «Aspectos procesales del concurso de acreedores.» incluido en la obra colectiva *Manual de especialización en administración concursal*. Dir. DÍAZ REVORIO, E. Ed. Dykinson Madrid, 2014 págs. 459 a 496.

¹⁶⁹ *Ex art. 28 TRLC «1. En todo caso, el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: / 1.º El carácter voluntario o necesario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha presentado propuesta anticipada de convenio o ha solicitado la liquidación de la masa activa. / 2.º La determinación de si el concurso se tramitará conforme a las reglas establecidas para el procedimiento ordinario o conforme a las establecidas para el procedimiento abreviado. / 3.º Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de la masa activa. / 4.º El nombramiento de la administración concursal, con expresión de las facultades del administrador o de los administradores concursales nombrados. / 5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso en el «Boletín Oficial del Estado».*

englobarán en esta sección las posibles medidas cautelares que se hubieran podido acordar tendentes bien a asegurar la masa del concurso¹⁷⁰. Deberá incluirse asimismo la resolución final de la fase común, sea mediante la apertura de la fase de convenio, sea mediante la apertura de la liquidación¹⁷¹ tras consolidarse los informes tendentes a determinar la masa activa y pasiva. Debe constar también en la sección primera la resolución que acuerde la conclusión del concurso, bien por cumplimiento del convenio y tras resolución que lo declare cumplido; bien por finalización de las operaciones liquidacionales; bien por insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos devengados contra la masa; bien por haber cesado la situación de insolvencia por cualquier otro motivo¹⁷². Igualmente y caso de que se produzca deberá tener cabida en la sección primera la resolución que acuerde la reapertura del concurso¹⁷³, bien por haberse declarado el incumplimiento de un convenio judicialmente aprobado, bien por aflorar nuevos bienes que obliguen a reaperturar los autos. Por último deberá constar en pieza separada de la sección primera del concurso de la

6.º La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso./ 2. En caso de concurso necesario, el auto deberá contener, además, el requerimiento al concursado para que, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la declaración de concurso, presente los mismos documentos que el deudor debe acompañar a la solicitud de concurso./3. En el auto de declaración de concurso, el juez podrá acordar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración de la masa activa hasta que el administrador o los administradores concursales acepten el cargo.»

¹⁷⁰ Ex art. 18.1 TRLC «1. A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. El juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada. 3. Declarado el concurso o desestimada la solicitud, el juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares.»

¹⁷¹ Y ello pese a la derogación del art. 98 LECO operada por la disposición derogatoria única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Dicho artículo establecía que «Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará la resolución que proceda de conformidad con lo dispuesto en este título. Esta resolución será apelable y tendrá la consideración de apelación más próxima a los solos efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los recursos de reposición o incidentes concursales durante la fase común a que se refiere el artículo 197.4.» pero es suplida tras su derogación por los respectivos artículos que hablan de la apertura de la fase de convenio o liquidación. Con el TRLC se vuelve a introducir la mención expresa al auto de fin de fase común en su Art. 306.1 según el cual «Dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso.»

¹⁷² Ello por las causas que prevé el art. 465 TRLC.

¹⁷³ Arts. 503 a 507 TRLC.

persona física la tramitación y obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en su caso, con declaración provisional y definitiva transcurrido que haya sido el horizonte temporal de un plan de pagos. Igualmente la resolución que pueda acordar su revocación en los supuestos legales¹⁷⁴.

I.2.1.4.b.- Sección segunda.

En esta sección, abierta con testimonio del auto de declaración de concurso, deberá constar todo lo relacionado con el régimen de la administración concursal nombrada, incluido el nombramiento y llamamiento de los administradores concursales designados, así como el régimen de facultades concedidos. Aceptación del cargo mediante comparecencia habida ante el Letrado de la Administración de Justicia y constancia de la expedición y entrega de la credencial acreditativa de su identidad y régimen de administración. Nombramiento mediante resolución judicial –sea auto o providencia—de de auxiliares delegados en su caso. Resolución en forma de Auto que acuerde la retribución provisional y definitiva de la Administración Concursal. Textos provisionales y definitivos de informe y su puesta de manifiesto¹⁷⁵. Deberá constar asimismo la eventual solicitud de remoción de la administración concursal, tramitándose en pieza separada de la sección segunda su oposición. Constará igualmente la rendición de cuentas tras el cese de la administración concursal¹⁷⁶, así como la resolución judicial que la apruebe o la desapruebe; en pieza separada de la sección segunda deberá constar su posible impugnación por el trámite incidental. Por último y en pieza separada de la sección segunda constarán en su caso las pretensiones en materia de responsabilidad de los administradores concursales y sus auxiliares delegados, que se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo procedente por cuantía¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Ex arts.486 y ss. TRLC.

¹⁷⁵ Ello según el tenor literal del Art. 508.2 TRLC.

¹⁷⁶ Ex art. 479.6 TRLC «A la sección segunda se unirá un testimonio de la resolución que decida sobre la rendición de cuentas.»

¹⁷⁷ A diferencia de la regulación anterior que hacía aplicable el juicio declarativo ordinario por materia, el Art 99 TRLC prevé que estas acciones se sustancien ante el Juez del concurso, pero según las reglas de cuantía de la LEC.

I.2.1.4.c.- Sección tercera.

En esta sección, abierta con testimonio del auto de declaración de concurso, constará lo relativo a la determinación de la masa activa con identificación de los elementos que la integran, avalúo de los mismos y posible integración de la masa con activos sobrevenidos. Fijación de la existencia de unidades productivas, delimitación de su perímetro y asignación de valores para escenarios de aprobación de convenio o de liquidación concursal. En pieza separada de esta sección tercera tramitada por los trámites del incidente concursal, deberán registrarse y sustanciarse las posibles acciones de reintegración, de separación de bienes de la masa activa y de reducción de la masa activa y sus ejecuciones¹⁷⁸. Igualmente resoluciones de contratos por su trámite específico¹⁷⁹ y declaraciones de necesidad o no necesidad de bienes concretos. Deberán constar asimismo en esta sección tercera y por pieza separada las autorizaciones judiciales solicitadas para realizar bienes y derechos¹⁸⁰ si no es conforme a las reglas liquidacionales aprobadas. Por último deberá dejarse constancia del pago hecho a los acreedores y a las deudas de la masa si no es conforme a las operaciones liquidacionales.

I.2.1.4.d.- Sección cuarta.

En esta sección, abierta igualmente con testimonio del auto de declaración de concurso, deberá constar todo lo tendente a la determinación de la masa pasiva al momento de la declaración de concurso¹⁸¹. En especial el reconocimiento, calificación y clasificación de créditos concursales, impugnación de los reconocidos bien por pieza separada de tramitación específica en los supuestos de concurso abreviado, bien de tramitación mediante el incidente concursal si la tramitación es ordinaria. Igualmente, en pieza separada de esta sección cuarta y por el trámite que corresponda según el caso concreto, excepcionalmente ciertos

¹⁷⁸ Ex art. 508.3 TRLC.

¹⁷⁹ Conforme a los arts. 160 y ss. TRLC.

¹⁸⁰ Conforme al trámite del art. 518 TRLC.

¹⁸¹ Ex art. 508.4 TRLC.

declarativos¹⁸² y ejecuciones de garantías reales iniciadas o reanudadas durante la fase común.

1.2.1.4.e.- Sección quinta.

Esta sección se formará en el momento inicial si el deudor hubiera acompañado a la solicitud propuesta anticipada de convenio o solicitado la liquidación de la masa activa¹⁸³, o posteriormente cuando se produzca el cierre de la fase común o la apertura de la fase de liquidación a instancias de los legitimados.

Para el caso de que se hubiera cerrado la fase común abriéndose la de convenio, esta sección principiará con testimonio del Auto dictado en la sección primera por el que se acuerde tal finalización de la fase común¹⁸⁴ y en ella se incorporará la presentación y admisión del convenio –sea a instancias del deudor o de los acreedores legitimados—y su admisión a trámite; las posibles adhesiones previas a la junta de acreedores; acta sucinta de la junta de acreedores o dictado de resolución procesal fijando el quórum para caso de tramitación anticipada o escrita; aprobación o rechazo del convenio mediante resolución judicial; informes semestrales de cumplimiento del convenio; declaración de cumplimiento del convenio; y eventualmente y en pieza separada de esta sección quinta, la posible tramitación del incumplimiento del convenio por el trámite del incidente concursal¹⁸⁵.

Para el caso de que o se presentare, se inadmitiera a trámite o no se aprobase un convenio, se incorporará a la sección quinta abierta con anterioridad la apertura de la liquidación

¹⁸² Conforme al art 138.1 TRLC según el cual «*Los juicios en los que se hubieran ejercitado acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados a la persona jurídica concursada, se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto del juicio o la vista.*»

¹⁸³ En este caso el art. 31.2 TRLC establece que el Juez ordenará la formación de la sección quinta, que se encabezará, según proceda, por la propuesta anticipada y las adhesiones de los acreedores o por la solicitud de liquidación.

¹⁸⁴ Ex art. 306.2 TRLC.

¹⁸⁵ Todo ello conforme a los arts. 315 y ss. TRLC.

concurzal por medio de Auto; la presentación del plan de liquidación y su puesta de manifiesto; la formulación de observaciones por las partes legitimadas para ello; la aprobación del plan de liquidación o resolución que acuerde continuar las operaciones liquidacionales por el cauce de las reglas legales, ambas en forma de Auto; los informes trimestrales de cumplimiento del plan de liquidación; comunicación de insuficiencia de masa activa, en su caso; conclusión de las operaciones liquidacionales¹⁸⁶.

En el supuesto de que se acordara la apertura de la liquidación sin que haya concluido la fase común o sin que se haya abierto la fase de convenio, la sección quinta comenzará con el testimonio del auto dictado en la sección primera que acuerde la apertura de la liquidación concurzal.

Por último y en el caso de sección quinta aperturada a consecuencia de la liquidación concurzal se registrarán y sustanciarán en pieza separada de esta sección quinta las ejecuciones de garantías reales acumuladas tras la apertura de la fase de liquidación por haberse encontrado suspendidas en su tramitación, que continuarán su trámite conforme a las normas propias de la LEC¹⁸⁷.

1.2.1.4.f.- Sección sexta.

En esta sección que se abrirá con testimonio del Auto dictado en la sección quinta por el que se apruebe el plan de liquidación u ordene continuar por las reglas legales, o de la Sentencia de la Sección quinta por la que se apruebe un convenio lesivo¹⁸⁸ constará la determinación a instancias de la AC así como del Ministerio Fiscal del carácter de culpable o fortuito del concurso de acreedores por vía de informe y ello previa audiencia facultativa de los

¹⁸⁶ Según los arts. 406 y ss. TRLC.

¹⁸⁷ Y ello entendemos que por cuestión sistemática, aun cuando el art. 149.2 TRLC no lo especifica al señalar únicamente que se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. El art. 57.3 de la LECO del que trae causa parecía inferir que esa sección debía ser la procedente al utilizar la expresión «(...)acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.»

¹⁸⁸ Entendiendo por tal un convenio en el que se establezca, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas en esta ley, una quita igual o superior a un tercio del importe de esos créditos o una espera igual o superior a tres años, salvo que resulte incumplido, interpretando *sensu contrario* el art. 446.2 TRLC.

acreedores que quieran informar respecto de la culpabilidad y que hayan interesado expresamente su personación a tal efecto. En su caso deberá constar el llamamiento de afectados por la calificación y su personación en la sección. Igualmente deberá constar en la sección sexta la inscripción en los registros públicos de los pronunciamientos declarativos respecto de la culpabilidad. Constará igualmente en la sección sexta en pieza separada por el trámite incidental, la oposición a la calificación como culpable por la concursada o las personas que hayan resultado afectadas. Igualmente en pieza separada de tramitación conforme a la LEC, deberá constar la adopción de medidas cautelares para asegurar el déficit concursal; su oposición, prórroga y alzamiento o transformación en su caso. También en pieza separada de tramitación conforme a la LEC, la ejecución forzosa de los pronunciamientos de condena de la Sentencia de calificación culpable frente a la concursada y otros terceros que resulten afectados por la calificación.

I.3.2.- La liquidación concursal: naturaleza y efectos.

Dada la singularidad de la fase de liquidación concursal en la que, como se verá en detalle, se produce a mayor parte de las enajenaciones dentro del concurso y a la que se ven abocados la mayoría de los concursos, hemos decidido hacer un análisis específico de la misma, centrándonos en la enajenación de los activos gravados con hipoteca inmobiliaria voluntaria tras trazar un esbozo de sus líneas generales.

Siguiendo en este punto a HUALDE LÓPEZ¹⁸⁹, podemos definir la liquidación concursal como «*El conjunto de actos procesales que se producen a partir de su apertura, momento que puede variar dependiendo de que la misma se produzca a instancias del deudor, de un acreedor o de oficio, según el desenvolvimiento del proceso concursal de que se trate; y tiende por un lado, a la realización del patrimonio del deudor siguiendo las directrices de un plan de liquidación elaborado, con carácter general, por la Administración Concursal y aprobado por el órgano judicial o, en su defecto, según las normas supletorias previstas en la Ley Concursal, y por otro a su posterior reparto entre los acreedores con arreglo al orden de prelación que dicho texto legal*

¹⁸⁹ HUALDE LÓPEZ, I, *La fase de liquidación en el proceso concursal*. 2ª Ed. Thomson Reuters – Aranzadi Pamplona 2013, pág. 29.

establece.» Se trata esta de una definición que pone énfasis en la naturaleza de proceso de la liquidación concursal, sin embargo su dimensión trasciende lo puramente adjetivo, pues bien sea mediante resoluciones dictadas en el proceso, bien sea con base en criterios generales contenidos en las mismas sin que sea precisa ulterior resolución, la liquidación concursal responde a una serie de actos dispositivos que afectan a las facultades dominicales del deudor que quedan sustituidas por las de la AC y que tienden a satisfacer los créditos reconocidos, sean concursales o sean contra la masa, según su prelación y en su caso respondiendo respecto de bienes concretos en algunas ocasiones, principalmente en supuestos de créditos reconocidos como privilegiados especiales.

Se trata de una fase procesal, y no de un proceso autónomo¹⁹⁰. En derecho comparado, como se ha visto *ut supra* sin embargo existen figuras concursales que dan a la liquidación carta de naturaleza independiente.

Desde una óptica sustantiva, la liquidación concursal consiste en la realización de los bienes del deudor por parte de la AC mediante la realización de actos dispositivos que se deberán materializar a través de un instrumento jurídico concreto, el plan de liquidación, o –en su defecto– a través de las llamadas reglas legales, que coinciden en esencia con la vía de apremio de la LEC con una serie de singularidades.

En aquellos supuestos relativos a la liquidación de sociedades de capital, la liquidación societaria prevista en los arts. 371 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC) tiene una naturaleza semejante, si bien el régimen dispositivo lo desempeña el liquidador societario por las reglas previstas en dicho cuerpo normativo, salvo que concurra con un proceso concursal en cuyo caso las normas a seguir serán las puramente concursales¹⁹¹. En este caso, como en el de las sociedades civiles según el régimen del CC, tanto la liquidación societaria como la concursal

¹⁹⁰ En este sentido *vid.* GUERRERO PALOMARES *op. cit.* pág. 143.

¹⁹¹ *Ex art. 372 TRLSC «En caso de apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la sociedad, la liquidación se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal.»*

conlleven la disolución de la sociedad si bien se conserva la personalidad jurídica que pudiera tener mientras la liquidación se realiza¹⁹².

Cuando se trata de personas físicas y sin perjuicio de los efectos que más adelante se señalarán, se disolverá el patrimonio que englobe la masa activa del mismo. Se ha de hacer remisión al principio de universalidad de la masa activa que predica el art. 192.1 del TRLC que excluye los elementos que no tengan carácter patrimonial o aquellos que, teniéndolo, resulten inembargables¹⁹³.

Por su iniciativa¹⁹⁴ y siguiendo en este punto nuevamente a BELTRÁN¹⁹⁵, podemos distinguir entre liquidación voluntaria y forzosa. Liquidación voluntaria será aquella que se hace a instancias del deudor, en cualquiera de los momentos en que resulta admisible, lo que quiere decir en cualquier momento sin excepción en los términos actuales de la LECO. Por el contrario, será liquidación forzosa aquella abierta a instancias de alguien distinto del deudor, esto es la AC o los acreedores – en aquellos supuestos que se encuentren legitimados—o en su caso la que da comienzo de oficio bien por inacción de la concursada a la hora de presentar en plazo un convenio, bien porque este no sea admitido a trámite, o bien cuando, admitido, no ha sido aprobado.

¹⁹² A este respecto, el art. 371.2 TRLSC establece que «*La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión “en liquidación”.*» Se aplica este precepto a las sociedades civiles que revistan forma mercantil por el objeto a que se consagren ex art. 1670 CC. Igualmente el art. 145.3 LECO prevé que «*Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte.*» Aunque no especifica como lo hace el TRLSC la continuación de la personalidad jurídica esta se infiere dada la asunción de las facultades de administración y disposición por parte de la AC.

¹⁹³ Así, el art. 192.1 del TRLC establece que «*1. Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. 2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables.*» En este sentido es de recordar que el art. 606 LEC indica cuáles hayan de ser considerados como elementos inembargables en términos absolutos precisando que serán tenidos por tales «*1.º Los bienes que hayan sido declarados inalienables. 2.º Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal. 3.º Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial. 4.º Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal.*» A continuación el art. 607.1. LEC declara expresamente inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional, precisándose por una serie de tramos la forma de proceder al embargo de lo que exceda de dicho salario mínimo interprofesional. Por tanto este resulta por inembargable excluido de la masa activa del concurso.

¹⁹⁴ Y según la definición transcrita *ut supra* de HUALDE LÓPEZ.

¹⁹⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E *op. cit.* págs. 513 y ss.

Por su momento procesal, y simplificada desde la reforma operada por la Ley 28/2011 de 10 de octubre¹⁹⁶ y que ha pasado al TRLC, la liquidación puede ser solicitada por el deudor en cualquier momento, lo que puede permitir la coexistencia de la fase común con la liquidación¹⁹⁷, o incluso su solicitud estándose en fase de cumplimiento del convenio. Por sus especialidades sí distinguiremos a lo largo de las líneas que siguen la liquidación inicial instada en la propia solicitud de concurso voluntario por el deudor.

La legitimación para solicitar la apertura de la liquidación corresponde con carácter ordinario a la deudora¹⁹⁸ como una posibilidad más a adoptar dentro del concurso, lo que se transforma no en una mera posibilidad sino en una obligación jurídicamente exigible en aquellos supuestos en los que – aprobado inicialmente un convenio—resulte este incumplido, por vía del art. 409.1.5º TRLC, quedando facultados en caso de inacción en ese caso –y sólo en ese caso—los acreedores para solicitar la liquidación. Por último, procederá también la solicitud de la apertura de liquidación a instancias de la AC cuando haya habido cese de actividad y no haya sido previamente solicitada por la deudora; en cuanto al cese de actividad como requisito previo este no es sinónimo de falta de actividad de hecho, o de baja en impuestos, sino que habrá de ser judicialmente acordado por vía

¹⁹⁶ Siguiendo nuevamente en este punto a HUALDE LÓPEZ *op. cit. La fase...* pág 139. Con anterioridad a esta reforma quedaba constreñido el deudor a la imposibilidad de solicitar dicha liquidación anticipada si había solicitado antes una propuesta anticipada de convenio *ex art.* 142.12º LECO. Sin embargo sí existía dicha posibilidad dadas las facultades dispositivas del proceso en la medida que se desistiera de dicha solicitud o que ésta no resultare admitida.

¹⁹⁷ Circunstancia ya que permitía el derogado art. 142 *bis* LECO que regulaba la liquidación anticipada introducido por el art. 11.1 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, modificado por el art. 17.34 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y finalmente derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. El texto que resultó en vigor hasta su derogación preveía un momento preclusivo para solicitar dicha liquidación anticipada que quedaba fijado dentro del término de los quince días siguientes a la puesta de manifiesto de los textos provisionales de informe del art. 75 LECO, distinguiéndose en su tramitación si era anterior o posterior a dichos textos de informe. En ambos casos la autoría del plan correspondería al deudor, siendo las facultades de la Administración concursal evaluadoras aun cuando permitiría elaborar una propuesta de modificación. El subsiguiente trámite será de audiencia a los acreedores y demás interesados aprobándose por ulterior Auto.

¹⁹⁸ Cuestión distinta será la de clarificar a qué órgano societario corresponde validar dicha solicitud en caso de personas jurídicas ya que se trata de disolver la sociedad con extinción de la personalidad. Así y en sociedades mercantiles no basta la decisión del órgano de administración, sino que deberá ser aprobado por junta general, en los términos previstos en el artículo 364 del TRLS «*En los casos previstos en el artículo anterior, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la junta general adoptado con la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198, y con el quórum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201.*»

del art. 114.1 TRLC¹⁹⁹. A estos supuestos añade CASCALES DOMÍNGUEZ²⁰⁰ la legitimación del mediador concursal en aquellos casos en que se solicite conjuntamente con la declaración de concurso consecutivo tras la no consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos.

Así y a modo de resumen las siguientes resoluciones pueden dar inicio a la fase de liquidación el auto de apertura de fase de liquidación que conforme al art. 406.1 TRLC se hará a instancias del deudor y en término máximo de diez días desde la solicitud; el auto de apertura de liquidación por no presentación de propuesta de convenio o no haber sido admitida esta a trámite conforme al art. 340 TRLC; el auto de apertura de fase de liquidación art. 407 TRLC, a instancias del deudor que no pueda dar cumplimiento al convenio. Subsidiariamente corresponde al acreedor la posibilidad de solicitarla en los términos del concurso necesario; el auto de apertura de liquidación del art. 408 TRLC a instancias de la administración concursal caso de cese de la actividad previa audiencia por tres días al deudor. Igualmente, de oficio en caso de no aceptación, no aprobación o nulidad²⁰¹ de convenio a través Auto o Sentencia que lo acuerde (409 TRLC). Procede de la misma manera tras el dictado de resolución de rechazo a la presentación de propuesta anticipada de convenio, bien por no darse los requisitos legales *ex* art. 344.2 TRLC, bien si se hubiera solicitado la liquidación concursal por el deudor y la propuesta anticipada de convenio la hubiera presentado un acreedor, *ex* Art. 342.3 TRLC²⁰² si no se hubiera acordado con anterioridad dicha apertura.

En cuanto a los efectos que produce y desde la esfera puramente material y en desarrollo de lo esbozado *ut supra*, siguiendo en este punto a DÍAZ MARTÍNEZ²⁰³ la liquidación concursal

¹⁹⁹ Art. 114.1 TRLC «El juez, a solicitud de la administración concursal, previa audiencia del concursado y, si existieran, de los representantes de los trabajadores, podrá acordar, mediante auto, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el concursado, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta.» Coincide en esencia, si bien no en literalidad, con el art. 44.4 LECO.

²⁰⁰ CASCALES DOMÍNGUEZ E M. Comentario a los arts. 406 a 410 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020. Tomo III, pág. 187.

²⁰¹ Nulidad que puede venir dadas por causas concursales o genéricas dada su naturaleza negocial, entre las que CASCALES DOMÍNGUEZ destaca el vicio del consentimiento que no puede considerarse salvado por la aprobación del convenio. CASCALES DOMÍNGUEZ *op. cit.* pág. 214.

²⁰² El art. 114 *in fine* de la LECO refería que la resolución a dictar sería decreto del Letrado de la Administración de Justicia. El actual tenor no lo precisa.

²⁰³ DÍAZ MARTÍNEZ, M «La liquidación concursal» Capítulo incluido en la obra colectiva *Guía práctica del proceso concursal 2015*. Dir. SANJUAN Y MUÑOZ, E. Ed. Sepin. Madrid, 2014, págs. 347 y ss.

produce una serie de efectos especialmente gravosos para el deudor en lo que se refiere a las facultades de administración de su patrimonio –en especial si se trata de una persona natural—y sobre los créditos reconocidos dentro del concurso. A estos efectos sustantivos hemos de añadir una serie de consecuencias accesorias de naturaleza procesal para la administración concursal y para el deudor sometido al concurso.

Por lo que se refiere a las facultades de administración, la consecuencia inexcusable de la apertura de liquidación es la alteración del régimen de disposición de bienes. En efecto establece el artículo 413.1 TRLC que *«Durante la fase de liquidación la situación del concursado será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, con todos los efectos establecidos para ella en el título III del libro I de esta ley.»* Siguiendo en este punto a GUTIÉRREZ ROBLEDO²⁰⁴ el fundamento de esta suspensión de facultades reside en la propia razón de ser de la fase de liquidación: la obligación de realización ordenada del patrimonio del deudor para pago de los acreedores impuesta a la AC.

Caso de que la liquidación hubiera estado precedida por un convenio aprobado judicialmente y hubiera cesado la administración concursal, se prevé que el Juez la reponga en el ejercicio de su cargo o nombre a otra²⁰⁵.

Esta sustitución de facultades resulta más gravosa si se trata de una persona jurídica, porque su personalidad se extingue. Así la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la

²⁰⁴ GUTIÉRREZ ROBLEDO, L. M. Comentario al art. 413 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020. Tomo III pág. 230.

²⁰⁵ En cualquiera de los casos se deberá proceder por la AC a actualizar los textos definitivos de informe conforme establece el art. 507 TRLC, de mejor sistemática a nuestro juicio que el art. 180 LECO en un procedimiento análogo a la nueva confección de textos provisionales. Así el referido artículo establece que *«1. Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores se actualizarán por la administración concursal en el plazo de dos meses. /2. La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos aquellos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; y, en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los créditos posteriores. /3. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los títulos IV y V del libro I de esta ley para la determinación de la masa activa y pasiva. /4. La publicidad del informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de estos se regirán por lo dispuesto en los capítulos I y II del título VI del libro I de esta ley. El juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización.»*

declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte, *ex art.413.3 TRLC*²⁰⁶.

Cuando de personas físicas hablamos es evidente que la personalidad en el sentido del CC²⁰⁷ persiste, aun cuando de una eventual culpabilidad en la sección sexta puede verse mermada en sus capacidades incluso tras el dictado de una resolución judicial que acuerde la conclusión del concurso por falta de masa. Los alimentos se extinguen salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 40 TRLC²⁰⁸ y descendientes bajo su potestad, en los términos del art. 413.2 TRLC.

En cuanto a los efectos sobre los créditos, el art. 414 TRLC es lacónico pero tajante: *«Además de los efectos establecidos en el capítulo III del título III del libro I de esta ley, la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.»* Varias cuestiones pueden analizarse de este artículo, siguiendo en este punto a PEINADO GARCÍA²⁰⁹.

²⁰⁶ «Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos a todos los efectos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquellos en representación de la concursada en el procedimiento concursal y en los incidentes en los que sea parte.»

²⁰⁷ Cuestión distinta es que se transforme de facto en un auténtico muerto civil, excepción hecha de las posibilidades que se le generan a la persona física a través de la llamada segunda oportunidad y de la redención de deudas, de las que se hablará someramente más adelante.

²⁰⁸ Establece el citado artículo que *«El juez podrá declarar el concurso conjunto de dos personas que sean pareja de hecho inscrita, a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común.»* Lo esencial es que exista voluntad inequívoca de patrimonio común. En este sentido ENCISO ALONSO-MUÑUMER. M en su comentario al artículo equivalente en la LECO contenido en la obra colectiva *Comentario a la Ley Concursal*. Dir. PULGAR EZQUERRA, J, Ed. Wolters Kluwer –Madrid 2016, págs 427 a 429.

²⁰⁹ PEINADO GARCÍA, J I. Comentario al art. 414 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020. Tomo III págs. 238 a 240.

En primer lugar, parece ceñirse a los créditos concursales aplazados, lo que excluiría gramaticalmente a aquellos créditos contra la masa con aplazamiento. No obstante, y fuera de de supuestos de laboratorio, la rehabilitación de préstamos o créditos por vía del art. 166 TRLC— incluso con garantías hipotecarias por vía del 430.2 TRLC—verificado a través de la asunción de la deuda concursal como crédito masa estos deberán declararse igualmente vencidos, procediendo a reconocer la cantidades pendientes como créditos concursales conforme corresponda con detracción —eso sí—de las cantidades ya abonadas contra la masa.

En segundo lugar, encontramos la conversión en dinero de aquellos créditos que consistan en otras prestaciones. Es evidente que aquellas prestaciones de hacer o entregar cosas determinadas —fuera de supuestos de enajenación de la unidad productiva en los que la actividad persiste, aunque latente en unos momentos—devienen imposibles, por lo que han de ser transformados a su equivalente pecuniario. Cuando sean estas obligaciones fruto de contratos debieran extinguirse por el mero plan de liquidación, huyendo de soluciones puntuales de incidentes resolutorios de los Art. 160 y ss. TRLC por ser de trámite más proceloso²¹⁰, procurando transformar los equivalentes pecuniarios a través de la integración de los contratos resueltos y su clausulado, acudiendo en caso de que no se encuentren previstas vías o que estas sean incompatibles con el concurso a las normas de liquidación de daños y perjuicios de la LEC, en concreto sus artículos 712 a 717 de dicho texto, con especial incidencia de ese último²¹¹.

Por último y desde la esfera puramente adjetiva o procesal, se producen una serie de efectos significativos, bien diferenciados en cuanto pueden afectar a la AC en cuanto a órgano necesario y a la concursada. Igualmente otros efectos procesales se pueden predicar respecto de terceros.

²¹⁰ Aunque a nuestro juicio más sistemáticos que el régimen anterior de los arts. 61.2 y 62 LECO

²¹¹ «Cuando se solicite la determinación del equivalente pecuniario de una prestación que no consista en la entrega de una cantidad de dinero, se expresarán las estimaciones pecuniarias de dicha prestación y las razones que las fundamenten, acompañándose los documentos que el solicitante considere oportunos para fundar su petición, de la que el Secretario judicial dará traslado a quien hubiere de pagar para que, en el plazo de diez días, conteste lo que estime conveniente. La solicitud se sustanciará y resolverá del mismo modo que se establece en los artículos 714 a 716 para la de liquidación de daños y perjuicios.»

En cuanto a la AC, un primer efecto procesal es que se genera la obligación de informar trimestralmente sobre el estado de las operaciones liquidacionales. Establece el art. 424 TRLC²¹² que *«(1) Cada tres meses, a contar de la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones. A ese informe se acompañará una relación de los créditos contra la masa, en la que se detallarán y cuantificarán los devengados y pendientes de pago, con indicación de sus respectivos vencimientos. (2) El informe trimestral quedará de manifiesto en la oficina judicial y será comunicado por la administración concursal de forma telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento. El incumplimiento de esta obligación de comunicación podrá determinar la separación de la administración concursal y la exigencia de la responsabilidad si ese incumplimiento hubiera causado daño a los acreedores.»*

La función esencial precisamente es la información precisa de las operaciones de enajenación hechas y el detalle de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago con expresión de sus vencimientos. Esta previsión resulta fundamental a los efectos de conocer el estado de las operaciones liquidacionales y su cronología concreta, sobre todo si se ha hecho uso de la facultad de anticipar créditos contra la masa conforme al art. 243 TRLC²¹³. Establece el citado artículo que *«(1) Los créditos por salarios que tengan la consideración de créditos contra la masa se pagarán de forma inmediata. (2) Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. (3) La administración concursal podrá alterar por interés del concurso la regla del pago al vencimiento si la masa activa fuera suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. La postergación del pago de los créditos contra la masa no podrá afectar a los créditos por alimentos, a los créditos laborales, a los créditos tributarios ni a los de la seguridad social.»* Esta importancia se agudiza en los casos en que resulte previsible una conclusión del concurso por falta de masa, toda

²¹² A diferencia del art. 152.1 LECO se establece la obligación de poner de manifiesto el informe trimestral a los acreedores no personados de manera telemática, en lo que a nuestro juicio ha sido un notable acierto del texto refundido.

²¹³ Se produce una clarificación de los términos que constaban en el art. 84.3 LECO ya que, por un lado se elimina la presunción de suficiencia de masa; y por otro se indica que no podrán alterarse los créditos de los trabajadores, en lugar de los créditos laborales, lo que podrá permitir *sensu contrario* postergar el pago de ciertos créditos públicos e impedir la postergación de créditos de los trabajadores no clasificados como laborales.

vez que el orden de pago de los créditos contra la masa será el previsto en el Art. 250 TRLC, como se verá *infra*.

En relación a los efectos procesales sobre la concursada –y ello sin perjuicio de los efectos propios de la apertura de la liquidación—ésta sufrirá las restricciones específicas de la imposición del régimen de sustitución de facultades, si es que este no se venía ya arrastrando de la fase común del concurso.

Así adquiere plena vigencia lo dispuesto en los apartados 2 a 4 del art. 120 TRLC²¹⁴ según el cual la AC sustituye a la concursada en los procesos en trámite debiendo solicitar autorización judicial para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios.

Dicho lo anterior, se permite no obstante que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado en los términos del art. 121 TRLC²¹⁵. Esta facultad no se extiende a los supuestos de desistimiento allanamiento o transacción.

Siguiendo en este punto a SENÉS MOTILLA²¹⁶ esta sustitución en lo procesal es consecuencia de la controvertida conservación o no de la capacidad jurídica por parte del concursado persona jurídica en liquidación por el cese de sus administradores o liquidadores. Frente a una interpretación literal de dicho cese en los términos del art. 145.3 LECO, que sustancialmente coincide con el art. 413.3 TRLC antes citado, que podía ser contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva²¹⁷ se ha abogado en la más fundada jurisprudencia²¹⁸ por una tesis más moderada,

²¹⁴ Mucho más sistemático que la redacción del Art. 51.2 LECO, detallándose procedimientos y deslindándose facultades.

²¹⁵ Desaparece el contenido del párrafo segundo del art. 51.2 LECO que establecía que «*No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez.*»

²¹⁶ SENÉS MOTILLA, C. «Aspectos procesales de la liquidación concursal». Artículo incluido en *La liquidación de la masa activa: VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia In memoriam Emilio Beltrán*. Dir. ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. QUIJANO GONZÁLEZ, J. y CAMPUZANO LAGUILLO, A. Ed. Aranzadi. 2014.

²¹⁷ «*(I)mpediría que la concursada pudiera sostener intereses propios y diferentes a los que habría de defender la administración concursal en interés de la masa. Así habría de suceder, por ejemplo, si estuviera pendiente la apelación frente al auto de declaración de concurso; o también, si frente a la*

distinguiendo la citada autora entre los procedimientos pendientes al tiempo de la declaración de concurso, que podrá coexistir la capacidad jurídica de la concursada persona jurídica en liquidación condicionada en que no se incremente el coste del concurso con las posibles costas a través de garantizar.

Un último detalle estriba en que el legislador no aclara cómo ha de garantizar el deudor al Juez del concurso que los gastos de su actuación procesal no recaerán sobre la masa. Un aval, un afianzamiento o una provisión de fondos de un tercero entendemos que deberían ser aceptables en este supuesto. SENÉS MOTILLA²¹⁹ acertadamente indica que ha de contar con el consentimiento de la AC. En cuanto al trámite procesal para obtener dicho pronunciamiento será el de la autorización judicial al amparo del art. 517 TRLC donde se deberá ponderar previa audiencia a la AC siendo requisito de procedibilidad conforme al art. 425 LEC.

En relación a los gastos de representación y defensa que origina respecto del concursado la pendencia de procesos instados antes de la declaración de concurso e independientemente de que los servicios profesionales se hayan prestado antes o después de la declaración de concurso, ha de entenderse que sin distinción han de considerarse créditos contra la masa por disposición del art. 242.4º TRLC, lo que ha sido confirmado por jurisprudencia consolidada²²⁰. El mismo régimen tendrían las acciones de índole no personal instadas por la AC en sustitución. Igualmente en caso de sometimiento a intervención si bien supeditado ello a la autorización preceptiva de la AC para

concurrada se ejercitaran acciones de reintegración o se pretendiera la calificación de concurso culpable.» SENÉS MOTILLA, C. op. cit. «Aspectos... pág. 2.

²¹⁸ Así cita la autora Auto del Juzgado de lo Mercantil (N.º 4) de Madrid, de 28 de septiembre de 2005; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de enero de 2009; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 28 de junio de 2011. Por el contrario y dentro de posturas más rigoristas cita la referida autora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 15 de noviembre de 2007, que consideró el cese del administrador (social) causa de inadmisión del incidente planteado por la sociedad concursada durante la liquidación; causa que al no haber sido apreciada por el juez a quo se tornó en causa de desestimación de la apelación interpuesta frente a la sentencia desestimatoria. SENÉS MOTILLA, C. *op cit.* págs. 3-7.

²¹⁹ SENÉS MOTILLA, C. *op cit.* «Aspectos... pág. 8.

²²⁰ En relación al art. 84.2.3ª LECO, citando a este efecto la referida autora el Auto de la AP Alicante (Sección 8ª) 16.5.2012 (JUR 2012\252957). En el mismo sentido, SAP Murcia (Sección 4ª) 25.10.2012 (JUR 2012\374179).

entablar acciones e interponer recursos que constituye en sí un requisito de procedibilidad que deberá ser apreciado de oficio por el órgano jurisdiccional²²¹.

No debemos dar por concluso este epígrafe sin antes apuntar, aunque será objeto de un análisis más detallado *infra*, que la apertura de la liquidación tiene dos grandes consecuencias procesales en materia de ejecuciones separadas de garantías reales frente al patrimonio del deudor que afectan no sólo a la concursada y a la AC, sino también a terceros, en especial a los acreedores con garantías reales inscritas susceptibles de ser ejecutadas. Así y por imperativo del art. 149 TRLC abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado acciones ejecutivas referidas a prenda o hipoteca perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que quedaron en su momento suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se han de acumular al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada²²².

I.3.3.- Realización de bienes conforme al plan de liquidación o reglas legales.

Cualquiera que sea el origen en cuanto a la legitimación activa o el momento procesal en que dé comienzo, la liquidación concursal sólo tiene una finalidad: enajenar el patrimonio del deudor para satisfacer por su prelación las deudas de este traducidas en los créditos reconocidos²²³ en el concurso. Esta enajenación ha de llevarse a cabo a través de un instrumento procesal, el plan de liquidación, y en lo no contemplado o ante la no aprobación de este por las llamadas reglas legales, antes reglas supletorias.

²²¹ SENÉS MOTILLA, C. *op cit.* «Aspectos... pág. 11. Cita la referida autora no obstante jurisprudencia del Tribunal Supremo que excluye de esta necesaria autorización la interposición por parte del concursado de recursos en procesos pendientes al tiempo de la declaración de concurso. Así STS (Sección 1ª) 28.5.2012; RJ 2012/9316] con voto particular de Sancho Gargallo.

²²² Pieza separada en este caso, en nuestro criterio, de la sección quinta de liquidación. A diferencia de aquellas ejecuciones de garantías reales que se han de acumular en fase común o en fase de convenio que lo serán a la sección cuarta por cuanto afectan al pasivo propiamente dicho, independientemente de si hay liquidación concursal o no.

²²³ Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en relación a los créditos reconocidos y garantizados por medio de derechos de garantía que en fase de liquidación pueden llegar a ser satisfechos por el importe de la llamada deuda originaria que excederá en la mayoría de los supuestos el crédito privilegiado especial reconocido.

1.3.3.1.- Enajenación mediante el plan de liquidación.

Como se ha dicho sobre estas líneas, el plan de liquidación constituye el instrumento procesal primario para liquidar los bienes integrantes del activo del concursado²²⁴. Es un instrumento procesal por cuanto que, pese a ser formulado en la mayoría de las ocasiones²²⁵ por la Administración Concursal, es aprobado por Auto, en el que se podrán—tras la tramitación intermedia a la que se hizo referencia *ut supra*—acoger observaciones de partes legitimadas o incluso introducir mejoras por parte del juzgador de oficio.

Siguiendo nuevamente en este punto a SENÉS MOTILLA²²⁶ la LECO en su redacción originaria tuvo un tratamiento dispar en cuanto al plan de liquidación por cuanto introducía sólo ciertas facultades discrecionales al Juez del concurso para el caso de que hubiera alegaciones de las partes legitimadas al contenido del mismo, quedando vedada *sensu contrario* esta posibilidad para el caso de que no hubiera alegaciones.

Sin embargo tras la reforma operada por la Ley 38/2011 y, posteriormente, en el TRLC se unifica el trámite permitiendo que el juzgador entre a poder acoger de oficio mejoras hayan existido alegaciones al plan o no, lo que a decir de la citada autora no contradice el principio de justicia

²²⁴ Excepción hecha, como se verá *infra*, de aquellos bienes que estén siendo objeto de ejecución hipotecaria separada que deben seguir por normas propias y debiendo quedar excluidos del plan de liquidación.

²²⁵ Existe no obstante la posibilidad de que en algunos concursos de tramitación abreviada deba ser el propio deudor el que confeccione el plan de liquidación pasando a la AC la facultad de formular alegaciones. Así *ex art.* 530.2 TRLC: «*Abierta la fase de liquidación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado en el plazo de diez días por la administración concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones. /El informe de la administración concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto sobre las masas activa y pasiva del concurso de la resolución de los contratos que estuviera prevista en el plan de liquidación./ En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la empresa o de una unidad productiva.*» En este sentido y nuevamente SENÉS MOTILLA C. *op cit.* «Aspectos... págs. 17 y ss si bien referido al art 191 *ter* LECO—sustancialmente idéntico—las especialidades serían las siguientes: 1.- La apertura de la fase de liquidación tiene lugar de inmediato, pudiendo ser un pronunciamiento más del auto de declaración. 2.- Se reduce el plazo ordinario para que el administrador concursal evalúe el plan de liquidación pasando de quince a diez días; deberá incluirse en el informe el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso. 3.- Sólo se confiere legitimación para formular alegaciones a los acreedores. Y 4.- La posible exigencia a los impugnantes del inventario y de la lista de acreedores de una caución que garantice los daños y los perjuicios por la demora que puedan sufrir las operaciones de liquidación, en el caso de que se haya acordado la suspensión de éstas.

²²⁶ SENÉS MOTILLA, C. *op cit.* «Aspectos... pág. 13.

rogada ya que encuentra cobertura en el interés del concurso. Coincidimos con esta apreciación que, pese a que confiera facultades que pudieran parecer propias de parte al Juez, esto se hace por el legislador a los efectos de corregir deficiencias que pudieran hacer ineficaz el instrumento procesal para liquidar.

Contenido nuclear del plan de liquidación será establecer los mecanismos enajenatorios respecto de la masa activa del concursado con la finalidad de saldar los créditos reconocidos. Siguiendo a SENENT MARTÍNEZ²²⁷ la legislación concursal establece por medio del plan de liquidación la posibilidad de separarse de las reglas de realización previstas en la LEC, con la finalidad de establecer criterios más flexibles, adaptables a las peculiaridades de cada deudor y de su masa patrimonial, si bien limitada por la previsión de contemplar si fuere factible, la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos.

Por último queda por determinar —antes de desgranar los mecanismos enajenatorios concretos— si en la medida que resulte ineficaz el plan de liquidación puede optarse por modificar el mismo. Siguiendo nuevamente en este punto a SENENT MARTÍNEZ²²⁸, en relación al régimen de la LECO sostenía que ante la ausencia de pronunciamiento específico de la LECO, y vista la redacción entonces vigente del art. 148.2 de dicho cuerpo legal que permitía introducir incluso de oficio las mejoras que estimara oportuno el Juez del concurso respecto del plan de liquidación, había de responderse afirmativamente: el plan de liquidación es susceptible de ser modificado por otro posterior, si bien observando de nuevo el mismo trámite procesal que el utilizado para su aprobación originaria. Uno de los avances más significativos que ha producido el TRLC es la introducción de un precepto específico en relación a la modificación del plan de liquidación²²⁹. En efecto el art. 420 TRLC establece que «1. El administrador concursal podrá solicitar del juez en

²²⁷ SENENT MARTÍNEZ, S. *El convenio, la liquidación y conclusión del concurso*. REFOR Guías concursales enero 2017. Núm. 4. pág 68.

²²⁸ SENENT MARTÍNEZ *op cit.* *El convenio...* pág. 70.

²²⁹ Por tanto se deduce de lo anterior que el auto que aprueba el plan de liquidación goza, precluido el trámite para recurrir o resueltos los recursos que contra el mismo se hubieran interpuesto, de fuerza de cosa juzgada formal, pero no de cosa juzgada material. Por el contrario abogar por la solución contraria equivaldría a hacer pasar por las denominadas reglas legales de las que se hablará infra cualquier circunstancia no prevista en por el plan.

cualquier momento la modificación del plan aprobado si lo estima conveniente para el interés del concurso y la más rápida satisfacción de los acreedores. La solicitud especificará las concretas reglas del plan que deben ser modificadas y aquellas otras que deban ser suprimidas o introducidas. (2) La modificación deberá ajustarse a los trámites establecidos en esta ley para la aprobación del plan de liquidación. (3) Si lo estima conveniente, el juez, mediante auto, podrá aprobar la modificación propuesta en los términos en que hubiera sido solicitada por el administrador concursal, introducir en ella las modificaciones que estime necesarias u oportunas o denegar la solicitud de modificación. (4) Contra el auto los interesados podrán interponer recurso de apelación.» En este sentido SETIÉN HERNÁNDEZ²³⁰ el tenor introducido por el TRLC ha armonizado el texto de la LECO con la doctrina jurisprudencial que traía causa en la posibilidad de formular observaciones y modificaciones al plan de liquidación, dotándolo de concreción procesal.

En este sentido se acota la legitimación activa: la solicitud de modificación del plan parte exclusivamente de la iniciativa de la AC, sin que pueda solicitarlo el deudor ni los acreedores, pero debiendo ser oídos éstos así como los representantes de los trabajadores en su trámite. Igualmente se determina el momento procesal en que puede solicitarse, clarificándose que podrá ser en cualquier momento mientras se tramite el concurso. En cuanto a su alcance se precisa que podrán pervivir reglas liquidatorias del plan anterior, modificarse por otras o eliminarse, pudiendo el juez introducir en ellas las modificaciones necesarias u oportunas—al igual que en el plan de liquidación primitivo—y concediendo al auto que modifica el plan recurso de apelación directo.

Hecha la anterior afirmación, pasaremos a analizar los mecanismos enajenatorios que el plan de liquidación podrá contener. En esencia éstos serán venta directa en liquidación; subasta en cualquiera de sus vertientes; convenio de realización; enajenación por persona o entidad especializada; y dación en pago o para el pago de los acreedores

²³⁰ SETIÉN HERNÁNDEZ, V. Comentario al art. 440 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020. Tomo III pág. 273.

I.2.3.1.a.- Venta directa en liquidación. Dación en pago o para el pago.

Siguiendo en este punto a DÍAZ REVORIO²³¹ es evidente que abierta la liquidación concursal y operada la sustitución de facultades –si no se encontraba previamente acordada—desaparece toda posibilidad de venta voluntaria de bienes por parte de la concursada, como tampoco tiene sentido referirse a actos de disposición que la administración concursal considere imprescindibles para garantizar el mantenimiento de la empresa o las necesidades de tesorería, o a actos de disposición que sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, o a actos de disposición inherentes al mantenimiento de la actividad empresarial. La finalidad prioritaria de conservación de la empresa ha devenido imposible –salvo la posibilidad de enajenación de unidades productivas—y ha de ser el plan de liquidación el que fije pautas para enajenar los bienes. Dos problemas principales nos encontramos cuando se opta por esta vía de enajenación en los planes de liquidación: la ausencia de publicidad registral del plan y las limitaciones a la enajenación directa de los bienes gravados con garantías reales que han visto reconocidos los créditos que garantizan como privilegiados especiales.

Empezando por la dificultad de la ausencia de publicidad registral del plan de liquidación, es evidente que el auto que apruebe el mismo sí ha de resultar inscrito tanto en el Registro Mercantil²³² caso de que sea una persona jurídica que daba estar en el mismo inscrita, como en el Registro Público Concursal²³³, pero lo normal es que esta resolución no transcriba el

²³¹ DÍAZ REVORIO, E. *Manual de especialización en administración concursal*. Editorial Fe d'Erratas. Madrid 2014, págs 343 y ss.

²³² Art. 36.2 TRLC «*Si el concursado, persona natural o jurídica, fuera sujeto inscribible en el Registro mercantil, se anotarán y, una vez el auto devenga firme, se inscribirán en la hoja que esa persona tuviera abierta la declaración de concurso, con indicación del órgano judicial que la hubiera dictado, del carácter de la resolución y de la fecha en que se hubiera producido; la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integren la masa activa, así como la identidad del administrador o de los administradores concursales. Cuando no constase hoja abierta al concursado, se practicará previamente la inscripción de este en el Registro mercantil. /Si la concursada fuera persona jurídica no inscribible en el Registro mercantil pero que constara o debiera constar inscrita en otro registro público, se inscribirán en este las mismas circunstancias señaladas en el párrafo anterior.*»

²³³ Art. 561 TRLC «*El Registro público concursal constará de cinco secciones: (...) b) En la sección segunda, de publicidad registral, se insertarán, ordenadas alfabéticamente por concursado y fechas, las resoluciones judiciales anotadas o inscritas en los registros públicos de personas, incluida la de la calificación del concurso como culpable. /En esta sección se insertarán igualmente, ordenadas*

contenido del plan de liquidación, sino que se limite a aprobarlo total o parcialmente introduciendo –en su caso—disposiciones complementarias. Por tanto lo usual será que se solicite y expida testimonio judicial del auto de aprobación del plan de liquidación y se acompañe al mismo certificación del contenido del mismo, y, si hubiera remisión expresa, de los escritos de alegaciones de los acreedores, de la deudora, o de los trabajadores.

La segunda cuestión a analizar la encontramos en la limitación que hacen los arts. 210 y ss que precisan la premisa general contenida en el art. 209 TRLC según el cual la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, judicial o extrajudicial, incluida la electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización de entre los previstos en esta ley²³⁴. Estos preceptos sustituyen a los párrafos segundo y tercero del art. 155.4 LECO²³⁵.

alfabéticamente por personas y fechas, las resoluciones judiciales anotadas o inscritas en los registros públicos, relativas a las personas afectadas por la calificación. /La inserción de las resoluciones judiciales en esta sección segunda se practicará en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro una vez practicado el correspondiente asiento.»

²³⁴ Mucho más oscuro, el Art. 155.1 LECO disponía que «*La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.*» Por un lado limitaba las alternativas a la subasta a la venta directa o dación en pago o para el pago, y por otro al no acotar el término subasta podía inferirse que se había de ceñir sólo a la subasta judicial, aun cuando ésta no ha sido la corriente mayoritaria, ni la opción del legislador, al declarar aplicable expresamente cualquier subasta.

²³⁵ La limitación contenida en dichos párrafos es doble en cuanto a limitación de valor de enajenación y en cuanto a trámite procesal. Por un lado el párrafo segundo del citado artículo dispone que «*Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.*» Se establecía así la imposibilidad de forzar en contra de declaración de voluntad del acreedor con garantías reales una venta directa por importe inferior al pactado y sin posibilidad de aplazar el pago salvo que hubiera conformidad por parte del acreedor y siempre por valores. No discriminaba el momento en el que se puede establecer el pacto de determinación del precio mínimo, por lo que podrá ser bien en el momento inicial de constitución de la garantía, bien a través de los valores puestos de manifiesto en textos provisionales y definitivos de informe, bien a consecuencia del plan de liquidación o alguna de sus modificaciones, bien en un momento distinto mediante declaración de voluntad expresa. En cuanto al aspecto formal, el último inciso del art. 155.4

Conforme al art. 210 TRLC la venta directa de bienes sujetos a créditos con privilegio especial—que como se verá en el Capítulo II será el caso más frecuente de los créditos asegurados con hipoteca inmobiliaria—podrá ser solicitada por la AC o el acreedor privilegiado²³⁶ a través del trámite de las autorizaciones judiciales²³⁷.

Se prevé como premisa general que el Juez conceda la autorización solicitada si la oferta lo fuera por un precio superior al mínimo que se hubiese pactado al constituir la garantía²³⁸, con pago al contado²³⁹. Excepcionalmente se permite la realización directa por un precio inferior si el concursado y el acreedor o los acreedores con privilegio especial lo aceptasen de forma expresa, siempre y cuando se efectúe a valor de mercado según tasación oficial

LECO exigía que la autorización judicial y sus condiciones se anunciase con la misma publicidad que correspondiera a la subasta del bien y derecho afecto dando la posibilidad de que, sin en término de diez días a computar desde el último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abra licitación entre todos los oferentes y acuerde la fianza que hayan de prestar éstos para concurrir a la licitación. El principal impedimento formal estriba en la dificultad de aplicar directamente los requisitos de publicidad vigentes en tanto a subastas judiciales, ya que éstas exigen la publicidad en el portal del BOE, así como en el tablón de anuncios del Juzgado. El citado portal publica en el BOE un anuncio en extracto y carente de datos identificativos del objeto que enlaza con el portal, donde hay capacidad para incorporar los elementos necesarios. Ante la imposibilidad de abrir el portal de subastas a las autorizaciones de ventas cabría optar bien por la inserción literal de la autorización en el BOE —que resultaría lenta y antieconómica—bien por la publicidad a través del Registro Público Concursal que complementa la paupérrima publicidad edictal que se produce en los estrados, siendo en la práctica esta la solución más acorde ya que tampoco especifica la LECO que deba ser la publicidad propia de subastas judiciales, sino que se limita a invocar el término subasta que —como se verá—resulta mucho más amplio.

²³⁶ En lo que supone a nuestro juicio una importante novedad del TRLC.

²³⁷ Conforme al art. 518 TRLC, en los casos en que la ley establezca la necesidad de obtener autorización del Juez o la AC lo considere conveniente, la solicitud se formulará por escrito. De dicha solicitud se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni superior a diez, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. El Juez resolverá sobre la solicitud mediante auto sólo susceptible de recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento.

²³⁸ Que podrá no coincidir, y que generalmente no coincidirá, con el valor razonable del bien, concepto que se analizará en el capítulo II.

²³⁹ Hemos de entender que cualquier modalidad de pago o cumplimiento que pueda ser equiparable a la expresión al contado debe ser admisible, incluso en la medida que concursalmente resulte factible compensación. Igualmente entendemos válido el pago por tercero.

actualizada por entidad homologada²⁴⁰ para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

Una vez concedida la autorización judicial, las condiciones fijadas para la realización directa se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien o derecho afecto y, si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentase en el juzgado mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes determinando la fianza que hayan de prestar para participar en ella. En cuanto a la necesidad de que se preste consentimiento por parte del deudor concursado, VILLATA MENADAS²⁴¹ distingue dos escenarios, según exista o no apertura de la fase de liquidación. Para el caso de que se encuentre abierta la fase de liquidación entiende el citado autor que se deberá oír al deudor, pero que dado que debe tener sustituidas las facultades y que no tiene cabida una solución de convenio no debe permitirse su veto, veto que sí admite en caso de que no esté abierta la fase de liquidación por cuanto las facultades dominicales sí le corresponden en principio—salvo supuestos de sustitución de facultades en fase común hemos de añadir.

Igualmente el art. 212 TRLC permite la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos privilegiados especiales con subsistencia del gravamen²⁴² a instancias del AC y previa audiencia de los interesados y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor. Operada la novación subjetiva, el crédito quedará excluido de la masa pasiva. Se precisa no obstante que por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente, a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social.

²⁴⁰ Se refiere a entidades homologadas por el BdE. En la actualidad el elenco lo podemos encontrar en la siguiente url alojada en el sitio web oficial de dicha entidad:
<https://www.bde.es/f/webbde/SGE/regis/ficheros/es/renl184.pdf>

²⁴¹ VILLATA MENEADAS, S. Comentario a los arts. 209 a 214. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin. Las Rozas 2020, Tomo III pág. 136.

²⁴² *Sensu contrario* las ventas directas conforme al art. 410 TRLC han de ser libres de cargas.

De manera análoga a la venta directa el art. 211 TRLC regula la posibilidad de dación en pago o para pago²⁴³ de los bienes afectos a créditos privilegiados especiales. Precizando que mediante la dación en pago quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial²⁴⁴. Se añade que la autorización de la dación para pago deberá exigir que la posterior realización del bien o derecho afecto al crédito con privilegio especial se efectúe por un valor no inferior al de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda.

Se trata de una especialidad al régimen general previsto en el art. 417.3 TRLC²⁴⁵ según el cual y salvo para los créditos públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales. Se precisa que la cesión en pago o para pago exigirá el consentimiento de los acreedores a los que afecte.

Siguiendo nuevamente a SENENT MARTÍNEZ²⁴⁶ hemos de partir de la premisa de la identidad de prestación ya que no parece razonable que la aprobación del plan de liquidación pueda abrir una vía para separarse según la propia conveniencia de dicha premisa, saldando créditos concursales entregando a los acreedores, por ejemplo, existencias de cualquier naturaleza. Incluso admitiendo que, por reducción teleológica, el caso aludido sea el de la entrega del bien al acreedor privilegiado, ni la modalidad de cesión para pago se juzga procedente en los términos en que la misma está perfilada en la órbita civilista del artículo

²⁴³ *Sic.* en la terminología que emplea el legislador equiparando la entrega del bien *pro soluto* y *pro solvendo*, figuras dispares a las que entendemos que hay que dar un tratamiento concursal idéntico, no obstante. *Vid.* al respecto en el ámbito estrictamente concursal VILLATA MENEADAS *op. cit.* págs. 138 y 139.

²⁴⁴ Que puede no agotar el total de la deuda, ni coincidir con la deuda originaria, como se verá en detalle en el capítulo II de la Tesis.

²⁴⁵ Este precepto trae causa del art. 148.5 LECO en su redacción dada por la Ley 9/2015 de 25 de mayo dispone que «*Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155.*»

²⁴⁶ SENENT MARTÍNEZ, *op. cit.* *El convenio...* pág. 70 y ss.

1.175 CC²⁴⁷; ni parece que la aprobación del plan de liquidación sin objeciones pueda constituir la base para una dación de pago forzosa al acreedor sin el consentimiento de este último.

Desde el punto de vista subjetivo no alcanza esta posibilidad a los acreedores públicos, entendiendo por tales los incluidos en la lista con en relación a los créditos clasificados como públicos conforme al art. 265 TRLC²⁴⁸.

Siguiendo con el punto de vista subjetivo, parece que el legislador concursal equipara a la dación *en* pago la enajenación a persona que designe el acreedor, como hemos visto en el antes referido art. 211.1 TRLC donde se equipara a la venta directa la «cesión *en* pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe». Parece que la finalidad de esta mención sería amparar legalmente que la cesión de bienes se produzca a favor de un tercero –vinculado o no, pero comúnmente se tratará de la sociedad de tenencia de activos inmobiliarios de una entidad crediticia—sin que exista propiedad intermedia para

²⁴⁷ En relación al citado artículo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO nos recuerda que en relación al pago por cesión de bienes, la tradición histórica recoge dos modalidades, la judicial y la extrajudicial o convencional, ambas con la misma función, aunque para situaciones distintas: conseguir de la forma más rápida y menos costosa para las partes la satisfacción de los créditos pendientes en supuestos de insolvencia, falta de liquidez o dificultades económicas del deudor. Sin embargo, el CC carece de una regulación para la cesión de bienes convencional. En cuanto a la judicial, el artículo 1175 se limita a señalar su existencia y a remitir a la normativa concursal ya que la LECO derogó en su día los arts. 1912 a 1920 CC. Igualmente precisa que a diferencia de la dación en pago, no sólo no es preciso que la obligación que se pretende pagar esté vencida, sino que tampoco es requisito esencial la determinación de la cuantía del débito en el acto mismo del convenio, y es suficiente que conste la existencia de deuda, sin perjuicio de que la cuantía del crédito se fije antes o al tiempo de la rendición de cuentas, trayendo a colación la STS 13 marzo 1953. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *op. cit.* comentario art. 1.175 CC. Edición digital.

²⁴⁸ En relación a la cuestión de si han de entenderse por acreedores públicos los créditos de las sociedades públicas constituidas de forma mercantil, entendemos que fuera de las corporaciones de derecho público, y estrictamente hablando de entidades públicas empresariales la respuesta ha de ser negativa, ya que el art. 53.2 de la Ley 6/1997 de 14 de abril de organización y funcionamiento de la administración general del estado es taxativo: «Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.» No obstante y en lo que se refiere a agencias autonómicas, sociedades municipales y mixtas, *inter alia* entendemos que habrá de estarse a la normativa fundacional propia de cada entidad.

la acreedora reconocida, con los efectos en materia de balances y provisiones ante el Banco de España que le son propios.

Por último y en relación a los límites objetivos se exige que por esta vía queden saldados los créditos con privilegio especial²⁴⁹ incluidos en textos, o reconocidos en lo no satisfecho como corresponda, generalmente como crédito ordinario.

Por lo demás los requisitos de forma de la compraventa serán los generales del CC, y sus requisitos de publicidad registral los previstos en la LH y RH.

1.3.3.1.b.- Subasta judicial ejecutiva electrónica.

La subasta judicial ejecutiva electrónica aparece regulada en los arts. 643 y siguientes y 655 y concordantes de la LEC, según se trate de bienes muebles o inmuebles²⁵⁰, si bien con las importantes novedades introducidas por la Ley 19/2015 de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Siguiendo en este punto a GARBERÍ LLOBREGAT²⁵¹ entendemos por tal *«aquél procedimiento de enajenación de los bienes embargados que se lleva a cabo por el Secretario Judicial responsable de la ejecución, el cual se encarga de convocarla y anunciarla públicamente, y en cuyo desarrollo todas aquellas terceras personas interesadas (licitadores) e incluso el propio acreedor ejecutante, pueden presentar sus pujas, posturas u ofertas económicas para hacerse con la propiedad de los bienes embargados objeto de*

²⁴⁹ No obstante los sucesivos apartados discriminan los efectos entre los que se predicán de la dación en pago, especificando que quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial y los que afectan a la dación para el pago, precisando que su autorización deberá exigir que la posterior realización del bien o derecho afecto al crédito con privilegio especial se efectúe por un valor no inferior al de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda. En ambos supuestos se parte del concepto de crédito privilegiado especial, y no de deuda originaria.

²⁵⁰ Entendiendo por tales a estos efectos los bienes muebles inscritos en registros públicos dotados de un régimen de publicidad registral semejante, lo que incluye bienes y derechos objeto de inscripción en el registro de bienes muebles.

²⁵¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J. *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Civitas 2016. pág. 1085.

subasta, aprobándose la mejor postura de compra del bien por parte del adquirente (rematante), entregar la cantidad obtenida al acreedor ejecutante a fin de lograr la completa satisfacción de su derecho de crédito.»

Configurada anteriormente como un acto en sede física presidido por el Secretario Judicial – hoy Letrado de la Administración de Justicia—el dictado de la Ley 19/2015, ha transformado su mecánica haciéndola muy semejante a la que la Ley 15/2015 ha previsto para las subastas voluntarias que serán objeto de análisis *infra*. Ambas disponen que la única manera de celebración de las subastas judiciales sea de manera telemática a través de un portal con sede electrónica en la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para la celebración electrónica de subastas a cuyo sistema de gestión tendrán acceso todas las Oficinas judiciales. Se especifica que todos los intercambios de información que deban realizarse entre las Oficinas judiciales y el Portal de Subastas se realicen de manera telemática a cuyo efecto, se puntualiza, que cada subasta estará dotada con un número de identificación único.

A diferencia del sistema hasta ahora vigente no se señala día y hora para la subasta, sino que se declarará abierta la misma transcurridas, al menos, veinticuatro horas desde la publicación del anuncio en el BOE²⁵², cuando haya sido remitida al Portal de Subastas la información necesaria para el comienzo de la misma.

Abierta la subasta, solo se admitirán pujas electrónicas –que deberán ser realizadas previa alta como usuario en el sistema, a través de mecanismos seguros y con firma digital y se deberá estar en posesión de la correspondiente acreditación, para lo que será necesario haber consignado el 5 por ciento del valor de los bienes por medios electrónicos a través del Portal de Subastas, que utilizará los servicios telemáticos que la AEAT pondrá a su disposición, quien a su vez recibirá los ingresos a través de sus entidades colaboradoras—durante un

²⁵² Publicación que estará sometida a coste, si bien el art. 645.2 LEC en su actual dicción dispone que «Cada parte estará obligada al pago de los gastos derivados de las medidas que, para la publicidad de la subasta, hubieran solicitado, sin perjuicio de incluir en la tasación de costas los gastos que, por la publicación en el Boletín Oficial del Estado, se hubieran generado al ejecutante.» En materia de subastas electrónicas concursales, una reciente mejora técnica del interfaz permite postergar el devengo de la tasa generada al momento de que exista masa, de manera análoga a algunas publicaciones en el Boletín Oficial del Estado.

plazo de veinte días naturales desde su apertura. La subasta no se cerrará hasta transcurrida una hora desde la realización de la última postura, aunque ello conlleve la ampliación del plazo inicial de veinte días por un máximo de 24 horas, ínterin de 20 días naturales más 24 horas en el que –si se declarase el concurso de acreedores del deudor—deberá suspenderse la subasta, salvo en el caso en el que nos encontramos—esto es, subastas dentro de liquidaciones concursales.

En la fecha del cierre de la subasta y a continuación del mismo, el Portal de Subastas remitirá al Letrado de la Administración de Justicia información certificada de la postura telemática que hubiera resultado vencedora, así como, por orden decreciente de importe y cronológico en el caso de ser este idéntico, de todas las demás que hubieran optado por la reserva de postura, con el nombre, apellidos y dirección electrónica de los licitadores. Terminada la subasta y recibida la información, el Letrado de la Administración de Justicia dejará constancia de la misma, expresando el nombre de quienes hubieran participado y de las posturas que formularon.

Se amplían los plazos para depositar cantidades por las que se hubiera aprobado el remate a cuarenta días y se introducen mejoras en el sentido de que se va a permitir a los acreedores posteriores y no solo al ejecutante hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. También se prevé que la certificación de dominio y cargas se tramite e incorpore de manera exclusivamente telemática, y, en general, se opta por la interconexión informática de sistemas dispares como los diversos sistemas de gestión procesal de las autonomías (Themis, Minerva, Libra, Adriano, Cicerone, Atlante, *inter alios*); de la AEAT; de la DGSJFP y de la agencia del BOE.

En cualquier caso la disposición transitoria primera de la citada Ley 19/2015 establece que las subastas de los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma cuya publicación se haya acordado continuarán sustanciándose conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda. Esto conlleva a que una eventual solicitud de subasta que haya sido proveída y publicitada con anterioridad al 15 de octubre de 2015 deba verificarse sin revestir la forma de subasta electrónica y sin tomar en consideración estas modificaciones.

Varias cuestiones han de ser, a nuestro juicio, respondidas. En especial se debe cuestionar quién asume la posición de ejecutante; si cabe detraer cargas respecto del valor de tasación conforme establece el art. 666 de la LEC; y determinar las cargas que se habrán de cancelar adjudicado que haya sido un bien en liquidación en defecto de mención expresa en el plan. A continuación se propondrán las soluciones que entiendo puedan dar lugar a una mejor aplicación de la parca regulación.

En cuanto a la asunción del papel de acreedor ejecutante la jurisprudencia menor es casi unánime al indicar que este, de existir es, la propia administración concursal y que, por tanto, los privilegios procesales del acreedor ejecutante se pierden al renunciar este a la ejecución separada en caso de ejecuciones de garantías reales o estar ésta vedada por la ley en las ejecuciones judiciales que no revistan esta condición. Así encontramos el Auto de 21 de marzo de 2012 dictado por el Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Mercantil número uno de Oviedo Ilmo. Sr. D. ALFONSO MUÑOZ PAREDES²⁵³ en el que se concluye en considerar que la posición de ejecutante en la liquidación –caso de existir—corresponde en exclusividad a la AC debiendo ser privados los acreedores de los privilegios que la LEC otorga a los ejecutantes²⁵⁴. Todo ello, por supuesto, en defecto de previsión expresa en contrario en el plan de liquidación.

El art. 666 de la LEC prevé la obligación de detraer las cargas anteriores al gravamen ejecutado. En efecto, dispone el citado precepto que *«1. Los bienes inmuebles saldrán a subasta por el valor que resulte de deducir de su avalúo, realizado de acuerdo con lo previsto en los artículos 637 y siguientes de esta Ley, el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya*

²⁵³ En la actualidad dicha resolución no se encuentra incorporada en la base de datos del CENDOJ.

²⁵⁴ Sin embargo y a nuestro juicio la AC no es sino un órgano necesario que actúa en interés de los acreedores. Entendemos por tanto que debieran ser los propios acreedores los que revestirían en su conjunto el papel de parte ejecutante, y ello sin perjuicio del distinto tratamiento que de sus créditos deba hacerse. Por tanto y desde una interpretación amplia, que no parece que sea la seguida mayoritariamente, la totalidad de los privilegios procesales que la LEC confiere a los ejecutantes habrá de conferirse al conjunto de los acreedores –por tanto y desde luego incluyendo a aquellos que posean garantías reales—que debieran estar exentos de prestar caución a la hora de participar en subasta, deberían poder solicitar la adjudicación con cargo a sus créditos y debería permitírseles la facultad de ceder el remate a un tercero, sobre todo tras la reforma operada por la Ley 19/2015 que asimila al acreedor posterior y al ejecutante.

preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas. Esta operación se realizará por el Secretario Judicial descontando del valor por el que haya sido tasado el inmueble el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 657. 2. Si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el Secretario judicial dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien». No obstante lo más común es que el valor por el que deba salir a subasta el bien liquidado no sea objeto de avalúo practicado conforme al art. 638 LEC sino más bien se asemejaría la valor pactado por las partes para subasta a que se refiere el artículo siguiente en su último inciso, según el cual «Si los bienes embargados no fueren de aquéllos a que se refieren los artículos 634 y 635, se procederá a su avalúo, a no ser que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución»

En este caso o bien será el valor que resulte del plan de liquidación en el que habrán tenido facultad de intervenir los acreedores, bien el previsto en el inventario de la masa activa que pudo haber sido impugnado por la vía del incidente concursal al que hace referencia el art. 300.1 TRLC. Por tanto y en conclusión estimamos que no se han de detraer cargas. Llegar a la solución contraria supondría que si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el Letrado de la Administración de Justicia dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien, lo que no resultaría procedente en la liquidación concursal.

Aclarado el extremo anterior queda determinar qué sucede con las cargas que obren anotadas o inscritas con anterioridad a la declaración de concurso respecto de su subsistencia si no hay mención expresa –como puede, y entiendo que debe haber—en el plan de liquidación que se apruebe. Conforme establece el art. 674.2 párrafo segundo de la LEC en sede de subasta de bienes inmuebles establece que *«Asimismo, el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones **posteriores**, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.»* Por tanto y por esta vía procesal deberían subsistir las cargas anteriores a la declaración de concurso. No obstante, el

art. 225 TRLC establece que tanto el decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el que se apruebe el remate como el auto del juez por el que autorice la transmisión de los bienes o derechos ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, se acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Se precisa igualmente que los gastos de la cancelación serán a cargo del adquirente. Todo ello salvo que se haya hecho la transmisión de bienes o derechos afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial se hubiera realizado con subsistencia del gravamen. Varias menciones deben ser objeto de análisis respecto de este precepto.

En primer lugar y tratándose de una regla legal²⁵⁵, habrá de ser tenido en cuenta en toda liquidación concursal no pudiendo los planes de liquidación desviarse de lo preceptuado. En segundo lugar y en cuanto a la naturaleza de la resolución, se ha corregido la literalidad del tenor del art. 149.5 LECO que hablaba exclusivamente de Auto de aprobación de remate²⁵⁶, por lo que se ha de entender que será admisible cancelar las cargas tanto mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el que se apruebe el remate²⁵⁷ como por Auto del Juez por el que autorice la transmisión de los bienes. Por último el límite para

²⁵⁵ No pudiendo hablarse desde la reforma operada por ley 9/2015 de reglas supletorias, que solo operaban en defecto de lo previsto en el plan de liquidación o ante el rechazo de este.

²⁵⁶ «El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90.» Sin embargo no existe en derecho español desde la reforma de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial («B.O.E.» 4 noviembre) que entró plenamente en vigor el 4 mayo 2010 la posibilidad de dictado de auto que apruebe el remate. Este ha sido una de las armonizaciones normativas más significativas de última hora ya que el PTRLC se hablaba de resolución, sin indicar ni la naturaleza de la misma ni la autoridad que debía dictarla. Posteriormente el TRLC ha especificado en su art. 225.1 la admisibilidad del Decreto de aprobación de remate como resolución apta para cancelar registralmente cargas. Creemos que con la actual dicción se han de entender superadas posturas rigoristas que impedían el acceso a los registros a Decretos de adjudicación. Así Resolución de la DGSJFP de 18 de septiembre de 2019 (BOE núm. 269 de 8 de noviembre de 2019) que entendía que debía dictarse Auto para aprobar el remate y en dicha resolución cancelar las cargas registrales.

²⁵⁷ A nuestro juicio hubiera sido preferible hablar de Decreto de adjudicación, ya que la aprobación de remate está supeditada a la consignación del precio, existiendo posibilidades de quiebra de la subasta y de que pase el remate a segundos y ulteriores postores, por lo que difícilmente una resolución supeditada a otra debería cancelar cargas inscritas. No obstante siendo un texto refundido pudiera estar viciado por recaer *ultra vires*.

operar la cancelación de cargas lo da la existencia de créditos con privilegio especial, ni siquiera la existencia de garantías reales –piénsese en créditos que sobre el papel hubieran debido ser privilegiados especiales pero que hubieran resultado subordinados a resultas de un incidente concursal—que no podrán ser purgados. Esta mención nos deja un último interrogante en relación a si permite la legislación concursal cancelar mediante el dictado de un decreto de adjudicación fruto de una subasta judicial si el plan de liquidación ha vedado esta posibilidad. Respecto de esta última cuestión y aparte de supuestos de laboratorio como los contemplados en el art. 302 TRLC²⁵⁸ entendemos que la respuesta debe ser negativa, por lo que será necesaria una resolución judicial y posterior liberatoria una vez satisfechos los créditos conforme a lo dispuesto en los arts. 430 y 431 TRLC. No obstante y si se produjera confusión de derechos entre el adjudicatario y el titular de la garantía real que ha conllevado el reconocimiento del crédito con privilegio especial sí cabría cancelar la carga y ello por aplicación del art. 1192.1 del CC según el cual «*quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor*»²⁵⁹. Esto es un

²⁵⁸ «1. Si el titular de un crédito clasificado como subordinado no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas sobre bienes y derechos de la masa activa a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes. En caso de impugnación de esa calificación, el juez procederá del mismo modo cuando devenga firme la resolución judicial desestimatoria de la impugnación. /2. Cuando el concursado sea persona natural no procederá la cancelación de las garantías constituidas sobre bienes y derechos de la masa activa a favor de los créditos de los que sean titulares personas especialmente relacionadas con el deudor que según esta ley deban estar incluidos en la clasificación de créditos con privilegio general por salarios, indemnizaciones por extinción de contratos laborales, indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, capitales coste de seguridad social de los que sea responsable el concursado y recargos sobre prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.» A diferencia de lo dispuesto en el art. 97.2 LECO Afecta a todos los créditos subordinados, no solo los relativos a personas especialmente relacionadas con el deudor, y se corrige la injusticia de perjudicar a las personas especialmente relacionadas por encima de otros deudores subordinados. En especial se protege los créditos laborales de los mismos vedando por esta vía la cancelación de garantías respecto de bienes y derechos incluidos en la masa activa.

²⁵⁹ En relación al citado precepto, VALBUENA GUTIÉRREZ precisa que una figura semejante a la confusión es la consolidación en el ámbito de los derechos reales, que se produce cuando en una misma persona se reúnen –se confunden—el derecho de propiedad de una cosa y el derecho real que la limita dando lugar a la extinción de este último. Sin embargo, a decir del citado autor, no resulta acertado establecer un trato unitario de ambas figuras, pues, a pesar de las similitudes, lo cierto es que en la consolidación se extingue sólo un derecho –el limitativo de la propiedad—mientras que en la confusión se extingue el «único» derecho que había. Por otra parte, a pesar de que la confusión tenga esta función liberatoria o extintiva, carece de un efecto satisfactorio, en tanto que no equivale al pago o cumplimiento de la prestación debida.

punto a favor para posibilitar la adjudicación por vía del art. 671 LEC por parte del acreedor con garantías reales.

Como se ha dicho con anterioridad, estas disposiciones no se adecuaban fácilmente al proceso concursal y si se hacía era en virtud a las interpretaciones que cada órgano jurisdiccional entendía aplicables. Tras una mejora técnica operada en junio de 2018 el interfaz de subastas electrónicas permite introducir una subasta específica concursal, si bien no podemos olvidar que se trata de un mecanismo pensado más para ejecuciones singulares que para un procedimiento de apremio colectivo como es el concurso de acreedores y en especial en su fase de liquidación.

Desde esta mejora técnica y siguiendo en este punto a HUERTA GARCÍA²⁶⁰ podemos definir la subasta concursal como *«aquel sistema de enajenación judicial de los bienes muebles e inmuebles y derechos, propiedad de una persona física o jurídica declarada en concurso de acreedores, realizado por el Letrado de la Administración de justicia del Juzgado de lo Mercantil competente, generalmente en la fase de liquidación, a solicitud del administrador concursal, de conformidad con las reglas aprobadas en el plan de liquidación en virtud de resolución judicial.»*

Se configura así la subasta concursal como una figura distinta a la subasta ejecutiva ordinaria en vía de apremio y a la subasta voluntaria de la que se hablará a continuación, siendo las tres modalidades subastas electrónicas judiciales.

Por último hemos de tener en cuenta que el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia preveía en su art. 15.1 que *«En los concursos de acreedores que se declaren dentro del año siguiente a la declaración del estado de alarma y en los que se encuentren en tramitación a dicha fecha, la subasta de bienes y derechos de la masa activa deberá ser extrajudicial, incluso aunque el plan de liquidación estableciera otra cosa.»*

VALBUENA GUTIÉRREZ, JA. Comentario al art. 1192 CC incluido en *Comentarios al Código Civil. Grandes Tratados*. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009. Edición digital.

²⁶⁰ HUERTA GARCÍA R. *La subasta concursal*. Ed. Bosh procesal. Barcelona, 2019. pág. 26.

Seguidamente se exceptuaba el régimen de las subastas de unidades productivas y se precisa que caso de que se hubiera autorizado la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio especial o la dación en pago o para pago de dichos bienes, se habría de estar a los términos de la autorización. En relación a este precepto destaca RAFÍ i ROIG²⁶¹ que la intención del legislador era procurar la descarga del trabajo que le supone a la oficina judicial esa localización e individualización del adquirente para procurar esa enajenación completa extramuros del concurso. Sin embargo y a juicio del citado autor, será preciso no obstante el dictado de una resolución bien procesal en forma de Decreto, bien judicial en forma de Auto para llevar a cabo la cancelación de cargas. A nuestro juicio esta posibilidad planteaba dudas ya que pese a carecer de efectos de cosa juzgada formal, se está procediendo a modificar por el legislador decisiones judiciales adoptadas y firmes, en lo que a mi criterio supone una injerencia poco justificable. Sin embargo y en el trámite de convalidación a través de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia amplía los mecanismos ya que en su art. 10—a su vez modificado por disposición final 7.7 del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo—se dispone que *«En los concursos de acreedores que se declaren hasta el 31 de diciembre de 2021 y en los que se encuentren en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, la subasta de bienes y derechos de la masa activa podrá realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los*

²⁶¹ «La finalidad teleológica del precepto viene razonada en la exposición de los motivos de la norma señalando que “Por último, para evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia, se establecen una serie de normas de agilización del proceso concursal, como la confesión de la insolvencia, la tramitación preferente de determinadas actuaciones tendentes a la protección de los derechos de los trabajadores, a mantener la continuidad de la empresa y a conservar el valor de bienes y derechos, así como la simplificación de determinados actos e incidentes (subastas, impugnación de inventario y listas de acreedores o aprobación de planes de liquidación).” La subasta no es incidente, luego en esta redacción para el legislador de urgencia es un acto. Así pues, la voluntad para introducir esta medida de choque podría responder más a procurar la descarga del trabajo que le supone a la oficina judicial esa localización e individualización del adquirente, que a procurar esa enajenación completa extramuros del concurso.» RAFÍ i ROIG, FX. «Apuntes sobre la subasta extrajudicial que prevé el art. 15.1 del Real Decreto-ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.» *El Derecho. Sección Tribuna*. Mayo 2020.

previstos en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Excepcionalmente, y durante el mismo período, aunque en el plan de liquidación aprobado judicialmente se hubiera previsto una determinada modalidad de subasta extrajudicial, ésta podrá realizarse conforme a cualquier otra modalidad, incluida la que se realice a través de empresa especializada, sin necesidad de modificar el plan ni de solicitar la autorización expresa del juez del concurso. En todo caso, esta sustitución se hará constar en el correspondiente informe trimestral.» Se precisa igualmente que con carácter preferente y siempre que fuere posible, la subasta se realizará de manera telemática. Por tanto se superan los problemas de legalidad que suponían modificar los planes de liquidación aprobados por vía legislativa permitiendo cualquiera de los mecanismos admitidos, incluso la subasta judicial o mecanismos alternativos.

1.3.3.1.c.- Subasta judicial voluntaria.

Podemos definir la subasta voluntaria, y siguiendo en este punto nuevamente a HUERTA GARCÍA²⁶² como *«aquella subasta celebrada fuera de un procedimiento de apremio, en la cual la parte acude voluntariamente al proceso de venta pública de un bien mueble, inmueble o derecho de su titularidad ya fuere por la vía judicial (subasta voluntaria judicial) o en la vía notarial (subasta voluntaria notarial).»*El elemento determinante según el citado autor es su carácter potestativo.

Regulada originariamente en sede del Libro III de la derogada La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881²⁶³ (en lo sucesivo, LEC 1881), la Ley 15/2015 reguladora de la jurisdicción voluntaria (en adelante, LJVol) derogó dicha regulación que en cualquier caso permaneció vigente hasta el 15 de octubre de 2015 merced a la disposición final 21ª del citado texto.

²⁶² HUERTA GARCÍA R. *op. cit.* págs. 24 y 25.

²⁶³ En concreto los artículos 2048 a 2055 de la LEC de 1881. Estos preceptos derogados pero con ultraactividad hasta el 15 de octubre de 2015 un procedimiento de jurisdicción voluntaria que parte de la base de que cualquiera que tenga capacidad legal para subastar y pueda disponer de la cosa u objeto en la forma que intenta por medio de la subasta puede acudir a este mecanismo presentando escrito conteniendo el pliego de condiciones con arreglo a las cuales haya de celebrarse la misma.

El procedimiento de la subasta voluntaria regulado en los Arts. 108 y siguientes de la LJVol declara procedente este cauce *«siempre que deba procederse, fuera de un procedimiento de apremio, a la enajenación en subasta de bienes o derechos determinados, a instancia del propio interesado»* para atribuir competencia objetiva al juzgado de primera instancia – aunque hemos de entender que esta remisión debe englobar al juzgado de lo mercantil dentro de las competencias del art. 86 *ter* segundo de la LOPJ.

Se regula un procedimiento que parte de solicitud dirigida al Letrado de la Administración de Justicia que deberá necesariamente comprobar la posible constancia en el Registro Público Concursal sobre si el titular del bien se encuentra en concurso y, a la vista de lo cual, decidirá sobre la subasta, poniendo en conocimiento este hecho al referido registro público. Si entendemos esta figura aplicable al plan de liquidación habrá de ser el Letrado de la Administración de Justicia de lo Mercantil el que proceda de conformidad, si bien con la certeza de que el bien pertenece a un concursado. Se establecen en cualquier caso mecanismos de alerta por los cuales el responsable del Registro Público debe poner sobre aviso al juzgado de la posible declaración de concurso del titular del NIF del propietario de los bienes enajenados, y se impone igualmente al Letrado de la Administración de Justicia la obligación de poner sobre aviso al Registro Público Concursal de la conclusión de la subasta voluntaria.

Acordada celebración de subasta voluntaria, si se tratare de la subasta de un bien inmueble o derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad o bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos, el Letrado de la Administración de Justicia solicitará por procedimientos electrónicos certificación registral de dominio y cargas. El Registrador de la propiedad expedirá la certificación con información continuada por igual medio y hará constar por nota al margen del bien o derecho esta circunstancia. Esta nota producirá el efecto de indicar la situación de venta en subasta del bien o derecho y caducará a los seis meses de su fecha salvo que con anterioridad el Letrado de la Administración de Justicia notifique al Registrador el cierre del expediente o su suspensión, en cuyo caso el plazo se computará desde que el Letrado de la Administración de Justicia notifique su reanudación. Se prevé dar publicidad de esta subasta voluntaria a través del Portal de

Subastas de la Agencia Estatal BOE debiendo este portal poner de manifiesto una eventual presentación de otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial.

La celebración de la subasta será exclusivamente de forma electrónica en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal del BOE, bajo la responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia, por lo que serán de aplicación las disposiciones de la LEC al respecto, en cuanto sean compatibles con lo regulado en la Ley 15/2015. Terminada la subasta, el Letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, aprobará el remate en favor del único o mejor postor, siempre y cuando cubra el tipo mínimo que hubiera fijado el solicitante o no se hubiere reservado expresamente el derecho a aprobarla, en cuyo caso se le dará vista del expediente para que en el término de tres días pida lo que le interese. Igual comunicación se le dará en el caso de que por algún licitador se hiciera la oferta de aceptar el remate modificando algunas de las condiciones. Si el solicitante aprueba el remate o acepta la proposición, se resolverá teniendo por aprobado el remate en favor del licitador de la misma. Por último, si en la subasta no hubiere ningún postor o el solicitante no hubiera aceptado la proposición, se sobreseerá el expediente.

1.3.3.1.d.- Subasta notarial.

Fuera de las previsiones judiciales de subastas notariales de participaciones o acciones a las que hace referencia la LEC²⁶⁴ y de los mecanismos de enajenación alternativos a la ejecución judicial hipotecaria previstos en los artículos 129 y concordantes de la LH en su redacción dada por Ley 1/2000 de 13 de Mayo, el marco normativo para las subastas notariales lo encontrábamos en las actas notariales de subastas reguladas en el Art 220 del Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en concreto en su redacción dada por Real Decreto 45/2007 que a su vez fue anulado por Sentencia de la

²⁶⁴ Artículo 635LEC 1/2000 «1. Si los bienes embargados fueren acciones, obligaciones u otros valores admitidos a negociación en mercado secundario, el Secretario judicial ordenará que se enajenen con arreglo a las leyes que rigen estos mercados. Lo mismo se hará si el bien embargado cotiza en cualquier mercado reglado o puede acceder a un mercado con precio oficial.2. Si lo embargado fueren acciones o participaciones societarias de cualquier clase, que no coticen en Bolsa, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de las acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente. A falta de disposiciones especiales, la realización se hará a través de notario o corredor de comercio colegiado.»

Sección sexta de la Sala III del TS de 20 de mayo de 2008. Así las cosas y hasta la entrada en vigor de esta parte de la Ley 15/2005 existe un vacío legal en esta figura, que será llenado –según prevé la disposición final 21^a—el 15 de octubre de 2015 en que entrará en vigor un nuevo título VII en la LN dentro del cual encontramos los artículos 72 y ss. LN donde se regula el expediente de subasta notarial que será de aplicación tanto si el cauce imperativo es la subasta notarial como si se hicieren ante Notario en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa –desde luego cabe incluir el mandato en resolución fundada del Juez del concurso—o de cláusula contractual o testamentaria, o en ejecución de un laudo arbitral o acuerdo de mediación o bien por pacto especial en instrumento público, o las voluntarias.

Se prevé un procedimiento muy semejante al de las subastas voluntarias antes referidas, eminentemente telemático, con prestación de caución del 5% del avalúo exigible a todos los postores excepción hecha del solicitante –distinto al dueño, suponemos—los copropietarios o cotitulares que designa las leyes de enjuiciamiento como supletorias. Se permite, no obstante el establecimiento de condiciones particulares incluidas en el pliego de condiciones, debiendo las mismas consignarse en el Portal de Subastas. Por ello, el solicitante, en el pliego de condiciones particulares, podrá aumentar, disminuir o suprimir la consignación electrónica previa y tomar cualquier otra determinación análoga a la expresada.

1.3.3.1.e.- Subasta privada.

Su mayor valor es la flexibilidad, precisamente por la falta de regulación expresa. Sí habría de ser autorizada expresamente en el plan de liquidación detallando los mecanismos de publicidad y cuantas facilidades pudieran darse para una mayor difusión. Así y según el caso podrán optarse por pujas abiertas, pujas en sobre cerrado, al alza y a la baja. Una modalidad de estas subastas privadas puede ser la de las subastas *on line*, a través de webs diseñadas *ad hoc* o a través de portales establecidos de realización de activos de entidades o personas insolventes. En cualquier caso resulta esencial –a mi modo de ver—que tanto las facultades de control como de última decisión queden en manos de la AC y no se supediten a eventuales –e inciertos—expedientes de autorización judicial. De nuevo, y por desgracia, los

tiempos del juzgado no suelen coincidir con lo volátil de las normas de la oferta y la demanda.

En los últimos años la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto de las subastas privadas. Así y en el sentido de lo expuesto el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección XV) de 2 de mayo de 2017²⁶⁵. Dicha resolución resuelve una serie de observaciones a un plan de liquidación, y en concreto en su Fundamento Jurídico segundo, punto decimocuarto establece que *«(...)Ahora bien, cabe interpretar lo que se entiende como tal. La Ley concursal no dice que deba ser en “subasta judicial” sino solo en subasta, lo que significa que se admiten procedimientos de venta no judiciales que se atengan al sentido y significado de una subasta, esto es, un procedimiento abierto y transparente de venta. Abierto en el sentido de que pueda concurrir quien lo desee. Transparente porque se lleve a cabo con una publicidad suficiente que permita asegurar un resultado óptimo, es decir, la consecución del mejor precio posible.»* Por tanto las notas de la subasta jurisprudencialmente hablando han de ser procedimiento abierto, transparente, sometido a publicidad suficiente y dirigido a obtener el mejor precio posible.

Una última mención: se ha de tener especial cuidado con el tratamiento que se proponga de los tributos, que no ha de resultar contrario a las normas imperativas.

I.3.3.1.f.- Convenio de realización.

El art. 640 LEC prevé el mecanismo del convenio de realización como parte de la vía de apremio y va a posibilitar que se arbitren soluciones a la medida de las circunstancias. Establece le referido artículo en su apartado primero que *«El ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución podrán pedir al Secretario judicial responsable de la misma que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución.»* Hecha una transposición de términos al concurso de acreedores va a permitir que el deudor, la administración concursal o los acreedores

²⁶⁵ ECLI: ES:APB:2017:8631A (Id CENDOJ 08019370152017200021).

propongan esta medida. Si el plan de liquidación aprobado hablaba exclusivamente de subasta ejecutiva a ésta forma habrá de ceñirse el convenio de realización, si bien fijando parámetros reales de ejecución. A diferencia de la aprobación del condicionado particular mediante el plan de liquidación, su introducción por vía de convenio de realización parte de la aquiescencia de los interesados. Aquiescencia que se refuerza especialmente en cuanto a aquellas personas que hubieran inscrito o anotado sus derechos posteriormente al gravamen ejecutado. En efecto el art. 640.3 in fine LEC establece que «*Cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta.*» No obstante y partiendo de la base de que el gravamen ejecutado va a ser el de la declaración de concurso y no el de un embargo u otra clase de inscripción ejecutiva como una subasta y que la propia declaración de concurso cierra la hoja registral de la finca, no será probable que haya carga válidas posteriores por lo que hemos de remitirnos a lo dicho en sede de subasta judicial ejecutiva en materia de detracción de cargas del valor de tasación y de cancelación de cargas por medio de la resolución que se dicte.

1.3.3.1.g.- Enajenación por persona o entidad especializada.

Los arts. 641 y 642 de la LEC prevén como modalidad de apremio la realización por persona o entidad especializada bien a petición del ejecutante, del ejecutado con consentimiento del ejecutante o cuando a juicio del Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución las características del bien embargado así lo aconsejen, pudiendo incluso acomodar trámites a las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado.

Se trata de un mandato que otorga la AC a cargo de su retribución y que, salvo mención expresa contenida en el plan de liquidación como permite la jurisprudencia menor²⁶⁶, y

²⁶⁶ Así auto 58/2016 de 11 de abril de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XXVIII (ECLI: ES:APM:2016:412ª Id CNDOJ 28079370282016200059). Establece la citada resolución en su razonamiento cuarto que el tenor del art. 149.1.1º LEC en su segundo párrafo en materia a imputar el coste

siguiendo en este punto a SENENT MARTÍNEZ²⁶⁷ hemos de precisar que el empleo de estas entidades no debe obedecer razones de comodidad de la administración concursal, sino de necesidad y eficiencia de la liquidación, teniendo siempre en cuenta el interés del concurso y la maximización del valor de la masa activa lo que redundará en beneficio de los acreedores y justificará la imputación de este gasto a la masa del concurso o al comprador, en cuyo caso tendrá efecto reflejo en la masa activa.

Por último precisar que con carácter supletorio, la enajenación de activos por medio de persona o de entidad especializada se encuentra sometida a las reglas imperativas de la LEC, en especial a la obligación de prestar caución; a la limitación en cuanto a las cantidades por las que aprobar el mismo; y a la limitación temporal.

Así, establece el art. 641 LEC que en la misma resolución por la que se acuerde esta medida ejecutiva se determinarán las condiciones en que deba efectuarse la realización, de conformidad con lo que las partes hubiesen acordado al respecto. A falta de acuerdo, los bienes no podrán ser enajenados por precio inferior al 50 por ciento del avalúo. Sin embargo, cuando los bienes a realizar sean inmuebles, la determinación de la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y la de las condiciones en que ésta deba efectuarse, será realizada previa comparecencia a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados. El Letrado de la Administración de Justicia resolverá por medio de decreto lo que estime procedente, a la vista de las manifestaciones de quienes asistan a la comparecencia, pero no podrá autorizar que la enajenación se realice por precio inferior al 70 por ciento del valor que se haya dado al inmueble con arreglo a lo previsto en el artículo 666 LEC, salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia. Verificada la enajenación, el Letrado de la Administración de Justicia deberá aprobar la operación o, en su caso, solicitar las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias.

a la retribución de la AC es de carácter supletorio y dispositivo cediendo ante otras disposiciones previstas en el plan de liquidación y aprobadas por el Juez del concurso. Anteriormente esta misma sección se había pronunciado en contra por auto de 24 de julio de 2015. En sentido semejante auto de 12 de mayo de 2015 de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección II (A fecha de depósito de la Tesis no consta en las bases de datos del CENDOJ).

²⁶⁷ SENENT MARTÍNEZ, *op. cit.* pág. 69 y ss.

Aprobada la operación, se devolverá la caución que hubiese prestado la persona o entidad a la que se haya encomendado la realización. Por último, cuando, transcurridos seis meses desde el encargo, la realización no se hubiera llevado a cabo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto revocando el encargo, salvo que se justifique por la persona o entidad a la que se hubiera efectuado este que la realización no ha sido posible en el plazo indicado por motivos que no le sean imputables y que, por haber desaparecido ya dichos motivos o por ser previsible su pronta desaparición, el encargo podrá cumplimentarse dentro del plazo que se ofrezca y que no podrá exceder de los siguientes seis meses. Transcurrido este último plazo sin que se hubiere cumplido el encargo, el Letrado de la Administración de Justicia revocará definitivamente este Revocado el encargo, la caución se aplicará a los fines de la ejecución, salvo que la persona o entidad que la hubiese prestado acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas que no le sean imputables.

1.3.3.2.- Enajenación mediante la observancia de las llamadas reglas legales. Régimen del TRLC.-

Reguladas inicialmente en el art. 149 LECO, las llamadas reglas supletorias –luego reglas legales de liquidación—se aplicaban a aquellos supuestos en que no se hubiera aprobado un plan de liquidación o para integrar lo no previsto en el mismo. En este sentido SENENT MARTÍNEZ²⁶⁸ nos indica que constituyen una alternativa al plan de liquidación, que contemplan, no obstante, la prioridad de la venta unitaria de las unidades productivas y la preferencia de las ofertas que comporten el mantenimiento de la actividad de la empresa. A diferencia de la regulación anterior, el texto vigente hasta la entrada en vigor del TRLC—introducido por el artículo único inciso segundo, apartado 5 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo y que resulta de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya presentado el texto definitivo del informe de la administración concursal, según establece la disposición transitoria 1.2 de la citada norma—habla de reglas legales por lo que pese a su aplicación supletoria lo previsto en las mismas no puede ser contradicho por lo dispuesto en el plan de liquidación al menos en una serie de aspectos fundamentales.

²⁶⁸ SENENT MARTÍNEZ, *op. cit. El convenio...* pág. 79 y ss.

Especialmente clarificador al respecto resulta el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga sección VI de 29 de septiembre de 2015²⁶⁹ el cual aclara la naturaleza de derecho imperativo de parte de las reglas legales—en concreto las contenidas en los apartados 2º a 4º del art. 149 LECO²⁷⁰—ya que determina que las mismas son de aplicación tanto si se ha aprobado un plan de liquidación como si no²⁷¹.

La regulación que hace el TRLC, siguiendo en este punto a FACHAL NOGUER²⁷² altera la sistemática, ya que se trasladan al título dedicado a la regulación de la masa activa las reglas generales de enajenación de los bienes y derechos que la componen, que en la LECO se regulaban en sede de liquidación —principalmente a disposiciones de los arts. 149 y 155 LECO, a los arts. 209 a 214 TRLC donde se recogen las especialidades de la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial y a las especialidades referentes a la enajenación de unidades productivas se dedican los arts. 215 a 224 TRLC.

Así, el art. 415.2 TRLC establece que las operaciones liquidatorias se deberán ajustar a las reglas del capítulo que dicho artículo encabeza tanto si no se aprueba un plan de liquidación como en todo lo que el plan aprobado no hubiese previsto. Igualmente el apartado tercero de dicho precepto sostiene que en todo caso las normas previstas para la realización de bienes o derechos afectos a privilegio especial y para la enajenación de unidades productivas o del conjunto de la empresa son de necesaria aplicación. En concordancia con lo anterior, el art. 421 TRLC remite a la vía de apremio en defecto de previsión expresa por parte del plan de liquidación²⁷³ Por último el art. 422

²⁶⁹ A fecha de depósito de la Tesis no consta en la base de datos del CENDOJ.

²⁷⁰ Por contraposición las previstas en la primera de las reglas han de entenderse supletorias y por tanto derecho dispositivo.

²⁷¹ En concreto y en referencia a la tutela de los acreedores hipotecarios sostiene el meritado Auto que *«De la STS de 23 de julio de 2015 cabe colegir que en el plan de liquidación se puede prever una forma de enajenación de los bienes afectos a créditos con privilegio especial, pues precisamente, de conformidad con el art. 57.3 LECO, abierta la liquidación el acreedor con garantía real que antes de la declaración de concurso no hubiera ejercitado la acción, perderá el derecho a hacerlo en procedimiento separado. Pero ello no significa que el acreedor con privilegio especial pierda sus derechos, que ha de ser respetados por el plan de liquidación, que no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, y que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, son los previstos en el art. 155 LECO.» (FJ IV)*

²⁷² FACHAL NOGUER, N. «Principales novedades del Texto Refundido de la Ley Concursal.» *Thompson Reuters. Dossier correspondiente a mayo de 2020*, pág. 36.

²⁷³ *«En defecto de previsiones en el plan de liquidación, los bienes y derechos de la masa activa se enajenarán, según su naturaleza, por las disposiciones establecidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de*

TRLR²⁷⁴ incorpora la llamada regla del conjunto según la cual la realización del total es preferible a la realización segmentada del activo.

Inspiradas las reglas legales a partir de la vía de apremio²⁷⁵ —que comprende según la LEC tanto la subasta ejecutiva como la enajenación por persona o entidad especializada y el convenio de realización— a la que se hace expresa remisión²⁷⁶, existen unos límites claros que se deben respetar a la hora de enajenar por esta vía bienes sujetos a hipoteca y que pasan por respetar los derechos de veto del acreedor hipotecario en los supuestos de venta directa —a los que permite acogerse el art. 216 TRLR sólo cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso— y a la hora de imputar el destino de las cantidades obtenidas cuando los bienes sujetos a hipoteca formaran parte de unidades productivas.

En cuanto al destino de las cantidades percibidas, tras disponer el art. 213 TRLR que cualquiera que sea el modo de realización de los bienes afectos, el acreedor privilegiado tendrá derecho a recibir el

Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio.» El fundamento de este criterio lo da el hecho de que el negocio jurídico de la transmisión de los bienes del deudor no parte de la voluntad de este por lo que no se asemeja a una compraventa, sino más bien a la realización forzosa. En este sentido PEINADO GARCÍA *op. cit.* tomo III pág. 279.

²⁷⁴ «(1) El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios de la masa activa se enajenará como un todo. (2) Cuando estime conveniente para el interés del concurso, el juez, previo informe de la administración concursal, podrá acordar mediante auto que se efectúe la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan. (3) Contra el auto que acuerde la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan, no cabrá recurso alguno.»

²⁷⁵ Así, el art. 636 LEC, aplicable a toda clase de bienes salvo dinero en efectivo, saldos de cuentas corrientes, divisas y otros bienes cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado; acciones, obligaciones u otros valores admitidos a negociación en mercado secundario; o en su caso bienes que coticen en cualquier mercado reglado o puede acceder a un mercado con precio oficial, establece que «1. Los bienes o derechos no comprendidos en los artículos anteriores se realizarán en la forma convenida entre las partes e interesados y aprobada por el Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución, con arreglo a lo previsto en esta ley. 2. A falta de convenio de realización, la enajenación de los bienes embargados se llevará a cabo mediante alguno de los siguientes procedimientos: 1.º Enajenación por medio de persona o entidad especializada, en los casos y en la forma previstos en esta Ley. 2.º Subasta judicial. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, una vez embargados los bienes por el Letrado de la Administración de Justicia, se practicarán las actuaciones precisas para la subasta judicial de los mismos, que se producirá en el plazo señalado si antes no se solicita y se ordena, con arreglo a lo previsto en esta Ley, que la realización forzosa se lleve a cabo de manera diferente.»

²⁷⁶ Así, el art. 421 TRLR antes transcrito.

importe resultante de la realización del bien o derecho en cantidad que no exceda de la deuda originaria, cualquiera que fuere el valor atribuido en el inventario, conforme a lo establecido en esta ley, al bien o derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía, y precisar que si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa y –caso de no haberlo—la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda, el art. 214 TRLC distingue entre dos grandes supuestos, según si se hubiera hecho la enajenación con o sin subsistencia de garantías, principalmente hipotecarias.

Si se hubiera acordado una transmisión sin subsistencia de garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional²⁷⁷ del precio equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global bien. Para el caso de que el precio resulte ser inferior a la garantía (*ex art. 275 TRLC*) se exige la conformidad expresa²⁷⁸ de los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada²⁷⁹, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, con el consiguiente reconocimiento de lo no cubierto como crédito concursal según proceda. Si por el contrario el precio fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

Sin embargo, si se transmitiesen con subsistencia de la garantía, operará una subrogación en la posición deudora²⁸⁰ sin que resulte preceptivo el consentimiento del acreedor privilegiado. El Juez

²⁷⁷ El momento procesal para introducir los elementos que integran una unidad productiva y la asignación de valores a los mismos deberá ser, por cuanto integran el inventario de la masa activa, el de los textos provisionales de informe. Así, el art. 75.1 5 LECO incluía como parte imprescindible del mismo la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación. Este precepto será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se hubieran presentado los textos definitivos del informe con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre según su disposición transitoria primera—esto es el día 7 del mismo mes y año— cuyo tenor es semejante a la disposición transitoria 1.2 de la Ley 9/2015, en vigor desde 27/5/15.

²⁷⁸ Este derecho de veto es algo menos estricto que el reconocido en el antiguo art. 155 LECO, pero puede y debe ser objeto de calificación por los registros de la propiedad en su caso, como se deduce de la STS de la Sala I de 21 de noviembre de 2017.

²⁷⁹ No precisa el TRLC qué haya de entenderse por tales, puesto que llegados a la apertura de la liquidación los acreedores que no hubiesen hecho uso de su derecho a ejecutar separadamente lo pierden, por aplicación del art. 149.1 TRLC.

²⁸⁰ *Rectior*, novación modificativa subjetiva en la posición de deudor que se adopta sin necesidad de consentimiento del acreedor. En este sentido la legislación concursal se aparta del art. 1.205 CC que exige consentimiento expreso del acreedor: «*La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar*

velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.

Todo ello salvo cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social dotados de garantías reales, que no quedarán afectados por la norma transcrita, circunstancia que podrá darse cuando se hayan constituido hipotecas voluntarias o cuando existan hipotecas tácitas.

Por último y desde la óptica formal, en los supuestos en que la enajenación de un bien sujeto a hipoteca se acuerda como parte de una unidad productiva, la resolución que dispone dicha enajenación habrá de ser un auto que es *per se* firme²⁸¹, ya que se veda la posibilidad de interponer recurso frente al mismo, *ex art.* 217.4 TRLC.

I.3.3.3.- Aspectos comunes: la cancelación de cargas inscritas respecto de bienes enajenados mediante operaciones liquidacionales y en especial la carga hipotecaria.-

Salvo aquellos supuestos en que se haya de transmitir un bien con mantenimiento de cargas por diversos motivos²⁸², resulta esencial a la hora de dotar de seguridad jurídica a las operaciones liquidacionales pormenorizar qué cargas han de quedar eliminadas de los Registros públicos a la hora de inscribir los bienes.

del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor.» a través de la llamada expromisión, que constituye en nuestro derecho una novación extintiva, siguiendo en este punto a GUTIÉRREZ SANTIAGO. Y esto es así porque dispone el art. 1.206 CC que la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de este contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda. En el supuesto concursal entendemos que se trata de una novación modificativa, puesto que si fuera extintiva se extinguirían las obligaciones accesorias conforme al 1.207 CC lo que podría afectar a las garantías reales, aun no siendo obligaciones sino derecho real, al ser accesorio como tal a la obligación contraída, sea de devolver cantidad cierta o determinable de algún modo válido en derecho. Por tanto esta transmisión con subsistencia de gravamen y subrogación en el crédito se aparta de la expromisión regulada en el art. 1.205 CC. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. Comentario al Art. 1.206 CC. incluido en *Comentarios al Código Civil*. Grandes Tratados. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009. Edición digital.

²⁸¹ *Ex art.* 207.2 LEC «*Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.*»

²⁸² Por subrogación en las cargas preexistentes al permanecer el crédito que dio origen novado subjetivamente, en la mayoría de los supuestos. Igualmente en casos en que las cargas no respondan a la existencia de créditos sino obligaciones fruto de servidumbres u otras análogas.

Podemos distinguir entre levantamiento de hipotecas y de embargos, puesto que las primeras constituyen un derecho real de garantía, y los segundos sólo la constatación de una deuda reclamada ante una autoridad judicial o administrativa. En cuanto a las hipotecas —y hemos de poner en idéntico lugar las pignoraciones— es ya pacífica la doctrina que permite alzarlas sin que esto suponga que los créditos con privilegio especial dejen de serlo²⁸³. Dicho lo anterior, no quiere decir que el plan de liquidación expulse sin más la hipoteca del registro de la propiedad, sino que dicha purga ha de producirse tras la enajenación y no antes²⁸⁴.

En cuanto a los embargos, permitida en fase común su alzamiento respecto de aquellos que no gocen de la categoría de embargos administrativos por la vía del art. 142.3 TRLC, sólo queda discernir si el plan de liquidación puede expulsar dichas trabas administrativas a los efectos de lograr una más eficaz realización de los bienes. En este sentido hemos de recordar que el art. 225 TRLC citado en sede de subastas ejecutivas es mucho más amplio que el art. 142.3 TRLC. Por tanto cabe eliminar dichas cargas²⁸⁵.

²⁸³ En este sentido STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 23 de Julio de 2013 ECLI: ES:TS:2013:4079 (id. CENDOJ 28079110012013100438) en la que el ponente, EXCMO Sr. SANCHO GARGALLO es meridianamente claro, en su fundamento noveno: «*El plan de liquidación hubiera podido prever el levantamiento de la carga hipotecaria si con la venta del bien gravado se hubiera abonado, hasta donde se pudiera, el crédito garantizado, sabiendo que el resto de crédito no satisfecho permanecería reconocido en la masa pasiva del concurso, con la clasificación que pudiera corresponderle. Pero si el plan de liquidación opta por la venta del bien con subrogación del adquirente en la deuda garantizada con la hipoteca, y por lo tanto con la exclusión del crédito de la masa pasiva, en ese caso, el plan no puede impedir la subsistencia de la carga, que continuará garantizando el pago del crédito hipotecario, está vez por parte del adquirente del bien que se subroga en la deuda.*» Así, continúa el siguiente párrafo del referido razonamiento, a modo de aviso a navegantes: «*En nuestro caso, ni el plan de liquidación, al autorizar la venta del bien hipotecado con asunción de deuda, preveía la cancelación del gravamen, ni podía hacerlo, razón por la cual la sentencia recurrida al estimar esta pretensión del adquirente del bien infringió el art. 155 LC, en el sentido antes expuesto.*» Por tanto y *sensu contrario*, se permite en derecho concursal español eliminar una garantía real de hipoteca mediante mención expresa del plan de liquidación.

²⁸⁴ Así, establece la DGSJFP en su resolución de 5 de septiembre de 2014 (B.O.E. núm. 242 de 6 de octubre de 2014): «*(...)esta cancelación de las hipotecas se pretende que se verifique con anterioridad a la enajenación del bien hipotecado, posibilidad que no es admisible, por cuanto, como ha quedado expuesto en el anterior fundamento de derecho, el pago de los créditos con privilegio especial y, en su caso, la cancelación de la garantía hipotecaria ha de realizarse en cumplimiento estricto de los requisitos exigidos por el artículo 155 LC, como consecuencia de la enajenación del bien hipotecado.*» <https://www.boe.es/boe/dias/2014/10/06/pdfs/BOE-A-2014-10125.pdf>

²⁸⁵ En este sentido SENENT MARTÍNEZ *op cit.* *El convenio...* págs. 81 y ss. El citado autor y en referencia al régimen sustancialmente semejante del art. 149 LECO nos pone de manifiesto que dicha norma complementa la previsión del art. 155.3 LECO y atribuye expresamente la competencia para la cancelación de las cargas anteriores, con independencia del órgano que las hubiera acordado, al juez del concurso. Respecto de las posteriores La norma, a diferencia de lo que acontece con supuesto del art. 55.3 LECO, no

En cuanto a la colisión con la función calificadora de registradores de la propiedad, bienes muebles y mercantiles hemos de traer a colación la Resolución de la DGSJFP de 11 de febrero de 2021²⁸⁶ es tajante al afirmar que *«si en el procedimiento judicial se ha considerado que se han cumplido los requisitos que la Ley Concursal prevé para que se pueda llevar a cabo la cancelación de las hipotecas existentes sobre la finca, entendiendo que los acreedores con privilegio especial afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal, excede de las facultades de calificación que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario otorga a los registradores, el discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.»* Por tanto se reafirma el carácter de exclusividad en la jurisdicción en la decisión de si ha existido una intervención adecuada de los acreedores—en especial respecto de los acreedores privilegiados—a la hora de acordar la cancelación de cargas, debiéndose limitar la función de calificación a la constancia de que se han cumplido los requisitos legales.

I.4.- La hipoteca voluntaria inmobiliaria y los procedimientos concursales en derecho comunitario y aproximación al derecho comparado.

El Derecho Comunitario forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno a través de los instrumentos normativos que poseen efecto directo, tales como los reglamentos, y aquellos otros que exigen transposición, como lo son principalmente las directivas. El objeto del Derecho Comunitario es promover una serie de cambios legislativos que procuren la armonización de la legislación de los diversos Estados miembros para incrementar la seguridad jurídica²⁸⁷.

Sin embargo, y como veremos en relación al ordenamiento francés y alemán, las instituciones hipotecarias distan mucho de tener regímenes equiparables entre los Estados miembros. Los procesos concursales tampoco podemos decir que resulten fácilmente armonizables, si bien se está avanzando en un sistema homogéneo, en especial en lo que se refiere a los procesos transfronterizos.

contempla un específico trámite de audiencia, por lo que, a salvo de las previsiones que para los titulares de garantías reales se establecen en el propio art. 149 y en el art. 155 LECO, no será necesario efectuar dicho traslado, al ser la cancelación de cargas un efecto legal inherente a la realización del bien a través de la liquidación concursal.

²⁸⁶ «B.O.E.» núm. 48, 25 de febrero de 2021

²⁸⁷ *Vid.* en este sentido art. 114 y normas de desarrollo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2013.

Igualmente resulta necesario realizar una aproximación a las figuras hipotecarias y concursales en Derecho comparado. Dada la enjundia de las instituciones analizadas, se ha optado por limitar el estudio a cuatro países de nuestro entorno. Así, se ha procedido a analizar la hipoteca desde vertientes dispares como lo son el ordenamiento jurídico francés—de inspiración latina—pero también el alemán y el anglosajón, a través de los ordenamientos de Inglaterra y de los Estados Unidos de América. Consecuentemente se han estudiado las instituciones concursales de estos ordenamientos jurídicos, valorando en lo posible las instituciones de manera interrelacionada.

I.4.1.- La hipoteca inmobiliaria y las instituciones concursales en el derecho comunitario.

La hipoteca voluntaria inmobiliaria es una institución que tiene una regulación dispar en los países de la unión. Incluso en los países pertenecientes a la unión europea su regulación dista mucho de ser homogénea, lo que afecta a la libre circulación de capitales²⁸⁸ en el ámbito de la unión y en especial dentro de la llamada zona euro²⁸⁹. En este sentido MUÑIZ ESPADA²⁹⁰ ya sostenía que con la asunción de una moneda única se propiciaba un escenario favorecedor para la economía²⁹¹ cuyo colofón debía pasar por la europeización del derecho de garantías inmobiliarias.

Sin embargo esta deseable armonización no se ha producido —o no de la manera adecuada—y ello pese a que el denominado Informe Segré data de 1966 y en el mismo se presentaba por primera vez una seguridad inmobiliaria única de carácter no accesorio siguiendo el modelo alemán y en los mismos términos el llamado informe de eurohipoteca²⁹². Ello no se debe, en nuestro criterio, al no desarrollo o no transposición de normativa al efecto, sino por la excesiva proliferación normativa sin que resulte totalmente uniforme, al menos desde la óptica del derecho material.

²⁸⁸ Regulada actualmente en los artículos 63 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, TFUE).

²⁸⁹ Que en la actualidad la constituyen 19 países dentro de la unión Europea, incluyendo los originarios y aquellos que se han añadido a posteriori. Véase al respecto la url https://europa.eu/european-union/about-eu/euro_es insita en la sede electrónica de la unión. (última consulta febrero 2021).

²⁹⁰ MUÑIZ ESPADA, E. *Bases para una propuesta de eurohipoteca*. Tirant lo Blanch, València 2005.

²⁹¹ Así y principalmente desaparición del riesgo cambiario intracomunitario; baja tasa de inflación; mantenimiento del equilibrio macroeconómico; bajos tipos de interés a corto y medio plazo; *inter alia*. MUÑIZ ESPADA *op. cit.* pág. 17.

²⁹² A este respecto VADILLO CASERO, T «La eurohipoteca.» *Revista del Notariado* número 4. Noviembre-diciembre 2005. edición digital que puede ser consultada en la url <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-4/3208-la-eurohipoteca-0-3281707831920784> (última consulta febrero 2021)

Así, un primer paso de armonización lo produjo la entrada en vigor de la Directiva 73/183/CE²⁹³ sobre supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras, la cual impulsó –siguiendo nuevamente a MUÑIZ ESPADA²⁹⁴—la apertura de sucursales y filiales de bancos comunitarios que debía propiciar prácticas uniformes, como así lo fue. Sin embargo dicha directiva resultó superada por la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000²⁹⁵, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, que a su vez fue derogada por Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito –severamente modificada por la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014²⁹⁶ por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión—y a su vez tácitamente derogada en parte significativa de su contenido por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades y modificada en lo vigente por Directiva (UE) 2017/2399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2017 por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE en lo que respecta al orden de prioridad de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia y pendiente de trasponer en la actualidad²⁹⁷.

Sin embargo y entrando en la esfera de lo procesal, el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, ha tendido a homologar el régimen ejecutivo transfronterizo desde el punto de vista adjetivo de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, lo que engloba a la totalidad de las figuras que podemos asimilar a la hipoteca voluntaria inmobiliaria. Así el art. 25.2

²⁹³ Transpuesta a través del derogado Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

²⁹⁴ MUÑIZ ESPADA *op cit.* págs. 41 y ss.

²⁹⁵ Objeto de transposición por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

²⁹⁶ Transpuesta por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

²⁹⁷ El plazo expiró el 28 de diciembre de 2018 *ex art.* 2 Directiva (UE) 2017/2399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE en lo que respecta al orden de prioridad de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia.

de dicho cuerpo legal establece que un documento público con fuerza ejecutiva que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen será ejecutado en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su ejecutividad. Se define previamente documento público con fuerza ejecutiva —en cuanto pueda referirse a hipoteca constituida— como aquel formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga.

Sin embargo las peculiaridades de la legislación de cada país hacen que hoy por hoy la unificación de figuras no resulte factible, y ello principalmente por razones históricas, como veremos *infra* en la consideración de algunos países de nuestro entorno. No obstante el carácter ejecutivo de los títulos es indiscutible, y ajeno a las facultades decisorias del órgano *a quo*.

Respecto a los procesos concursales y al igual que sucede con la regulación de la hipoteca en países de nuestro entorno, la regulación de las instituciones concursales dista mucho de tener un régimen uniforme, ni siquiera dentro del ámbito normativo de la Unión Europea donde la armonización es, como mucho, parcial. Así, y siguiendo en este punto a PULGAR EZQUERRA²⁹⁸ no ha sido sino a través del Reglamento de Insolvencia Transfronteriza (Reglamento CE nº 1346/2000 del Consejo) que regulaba cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia cuando los estados miembros han aunado esfuerzos para afrontar una regulación si no uniforme sí compatible de las instituciones concursales. Igualmente encontramos la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre *Un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial* (2014/135/UE), que podría constituir un paso decisivo hacia la construcción de un Derecho Europeo de insolvencia sobre la base de una Directiva Comunitaria sobre esta materia, que regule en un modo armonizado aspectos sustantivos del derecho de insolvencia y no sólo aspectos procesales, como aconteció en el

²⁹⁸ PULGAR EZQUERRA, «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español.» Artículo incluido en la obra *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe. Publicación de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 253 a 268.

marco del referido reglamento de insolvencia transfronteriza, habiendo sido determinante en gran medida esta Recomendación de la reciente reforma del Reglamento Europeo 1346/2000.

Por último, y como hemos hecho referencia al abordar el concurso como proceso, debemos mencionar la Directiva 2019/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26 del mismo mes y año, cuyo ámbito recae sobre los marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. Dicha directiva está aun en plazo de transposición, previéndose que los postulados de la misma deberán ser objeto de inclusión en el ordenamiento jurídico con anterioridad al 17 de junio de 2021 en la mayoría de sus contenidos, si bien se prevé una posibilidad de un año de prórroga al que se ha acogido España en tiempo y forma²⁹⁹,

Dentro de la misma constituye eje central la previsión de la alerta temprana y la implementación de planes de reestructuración que van a exigir una profunda reforma de la homologación de acuerdos de refinanciación. En la misma se prevé que los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 17 de julio de 2021 si bien sometido al mismo término de prórroga que el anterior término, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de

²⁹⁹ En este sentido el art. 34 de la citada Directiva establece que «1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2024, y las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. / Aplicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva a partir del 17 de julio de 2021, con la excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se aplicarán a partir del 17 de julio de 2024 y de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se aplicarán a partir del 17 de julio de 2026. /2. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva podrán disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación previsto en el apartado 1. Los Estados miembros notificarán a la Comisión la necesidad de hacer uso de dicha posibilidad de prorrogar el periodo de aplicación a más tardar el 17 de enero de 2021. /3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.»

julio de 2024, y las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026. Sin embargo se deja abierta la posibilidad de incrementar el término ya que se permite como excepción a los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva podrán disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación, previa notificación en forma con anterioridad al 17 de enero de 2021.

I.4.2.- Aproximación al derecho francés.

Dentro de los países pertenecientes a la Unión, y con similitudes al régimen español en cuanto deriva del sistema latino, el ordenamiento jurídico francés tiene una amplia regulación de las instituciones hipotecarias como de las concursales. Comenzando por la normativa hipotecaria, centrándonos en la legislación codificada, y sin remontarnos al derecho histórico MAZEAUD³⁰⁰ definía la hipoteca en el ordenamiento jurídico francés como un derecho real, pese a que resulte este punto igualmente controvertido en la doctrina francesa, toda vez que lleva aparejado –al igual que en nuestro ordenamiento—el derecho de persecución y el derecho de preferencia en relación al crédito. Se trata de un derecho que no implica el desposeimiento del deudor y que –respecto del crédito garantizado—es de naturaleza accesorio. Igualmente y por los bienes respecto de los que recae se trata de un derecho inmobiliario y en principio especial, por cuanto se dirige frente a bienes concretos y garantiza créditos individualizados. Regulada a partir del art. 2.114 del Código Civil Francés según el cual *«L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.»*³⁰¹ La hipoteca convencional se regula de una manera análoga a nuestra hipoteca

³⁰⁰ MAZEAUD, H; MAZEDUD, L y MAZEAUD J. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Tercera. Volumen I. Garantías. Trad. Luis Alcalá-Zamora Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1962. págs. 304 y ss.

³⁰¹ *«La hipoteca es un derecho real sobre bienes inmuebles ligado al cumplimiento de una obligación. Es, por su naturaleza, indivisible, y subsiste en su totalidad en todos los edificios afectados, en cada una de estas partes. La hipoteca sigue a los bienes sobre los que se constituye a cualquier mano que pasen.»* Puede consultarse en la URL oficial dependiente del gobierno de la República Francesa <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance> si bien dicha traducción es meramente informativa y carece de valor jurídico, siendo el texto consolidado a fecha de febrero de 2019 el siguiente:

voluntaria quedando definida como una convención concluida entre el acreedor, que obtiene la garantía y el constituyente que la concede sobre sus bienes, pudiendo ser el deudor o un tercero. La convención de hipoteca es distinta del contrato por el que se origina el crédito garantizado pudiendo surgir en el mismo momento que el crédito o en otro posterior. Cuando surgen al mismo tiempo y pese a que puedan constar en un mismo instrumento no dejan de ser convenciones distintas. Igualmente, precisa el citado autor, la jurisprudencia reconoce efecto a la simple promesa de hipoteca que no resulta equiparable si bien puede generar una indemnización de daños y perjuicios en el caso que no llegue a constituirse por negativa de comparecer en forma del constituyente³⁰².

Por lo demás los requisitos de las hipotecas convencionales son tanto de naturaleza formal como de naturaleza sustantiva o de fondo. Formalmente se trata de un contrato solemne con intervención obligatoria de Notario y sometido a nulidad si no se cumplen las formalidades. En cuanto a los requisitos de fondo se exige que el estipulante deba ser acreedor, permitiéndose que el crédito pueda ser futuro, convencional o eventual. El constituyente no tiene por qué ser el deudor del crédito garantizado pudiendo ser un fiador real que no se obliga personalmente sino que adquiere una obligación *porpter rem* respecto del bien hipotecado. Por último se precisa que la hipoteca convencional es especial en cuanto a los bienes que son gravados y respecto de los créditos garantizados que deben ser individualizados en cuanto a su importe y en su causa³⁰³.

En cuanto a la vía para obtener la realización de los bienes objeto de hipoteca para el caso de incumplimiento, el art. 2201 del *Code* establece que «*Les biens sont vendus soit à l'amiable sur autorisation judiciaire, soit par adjudication. Est nulle toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier peut faire vendre les immeubles de son débiteur en dehors des formes prescrites pour la saisie immobilière.*»³⁰⁴ Por tanto se establece en primer orden un sistema equivalente al convenio de realización establecido en el art. 640 LEC y, en su defecto, mediante un régimen de subasta judicial.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20130701>
(última consulta enero 2021)

³⁰² MAZEAUD, *op cit.* pág. 324.

³⁰³ MAZEAUD, *op cit* págs. 336 a 360.

³⁰⁴ «*Los bienes se venderán de manera amigable por autorización judicial o por subasta. Cualquier acuerdo en el sentido de que, en ausencia de cumplimiento de los compromisos contraídos con él, el acreedor puede vender los bienes inmuebles de su deudor fuera de los formularios prescritos para la fijación de bienes inmuebles, será nulo y sin efecto.*»

Analizado el sistema hipotecario francés, entraremos a esbozar las líneas del sistema concursal francés vigente. Siguiendo a DASSO³⁰⁵ al actual ordenamiento entró en vigor el 1 de enero de 2006 y queda regulado en el *Code de Commerce* en los art. L-610-1 a L 670-8 y R 600-1 y siguientes, introducidos por la *Loi de sauvegarde* Ley 2005-845 y su Reglamento 2005-1677 de 28 de diciembre. A su vez fueron objeto de una profunda reforma mediante la Ordenanza 2008-1345 de 18 de diciembre de 2008.

Estas disposiciones reemplazan el anterior régimen contenido en la Ley 84-148, de 1 de marzo reguladora de la prevención y al arreglo amistoso de las dificultades de las empresas; la Ley 85-98, de 25-1-1985, relativa al saneamiento o reestructuración judicial (*redressement judiciaire*) y a la liquidación judicial de empresas; y la Ley 85-99, de 25 de enero relativa a los administradores judiciales, mandatarios-liquidadores y expertos en diagnóstico de empresa.

El vigente sistema concursal francés parte de la previsión de medios de detección temprana para evitar que la insolvencia se produzca o, producida ésta y detectada, para evitar que perdure. Encontramos así las instituciones de la conciliación, la *sauvegarde*, el saneamiento, y la liquidación. Estas figuras están precedidas de la obligación de alerta dada a los auditores de cuentas y de las facultades inspectoras a disposición de los socios e incluso del Presidente del Tribunal de comercio para advertir a los administradores sobre las dificultades que por su naturaleza puedan comprometer la continuidad de la explotación.

En primer lugar, la conciliación es un procedimiento de carácter extrajudicial en el que se procura que el deudor y sus principales acreedores lleguen a un acuerdo amistoso en orden a superar las dificultades de la empresa. La gestión se realiza por el denominado conciliador que es nombrado por el Presidente del Tribunal de Comercio correspondiendo la legitimación al deudor incluso en estado ya de insolvencia siempre que no hayan transcurrido más de 45 días desde que se conoció. El procedimiento durará un máximo de cuatro meses prorrogables por un mes más, aunque se permite el nombramiento previo de un mandatario ad hoc que prepara la conciliación cuyo ministerio no está de hecho limitado temporalmente. La conciliación puede concluir mediante la constatación por parte del Presidente del Tribunal de un plan que permita superar la insolvencia y que tendría

³⁰⁵ DASSÓ, A. *Derecho Concursal Comparado*. Ed. Legis. Buenos Aires, 2008. Tomo II, págs. 806 a 834.

carácter confidencial; o mediante la homologación judicial del citado plan, que sería equivalente al sistema español reconocido en la D.A. Cuarta de la LECO.

El segundo instrumento a que hace referencia DASSO es la salvaguarda o salvamento – *sauvegarde*—que se trata de un procedimiento típicamente concursal de naturaleza judicial del deudor que no ha llegado a la cesación de pagos y tendente a que pueda superar el estado de insolvencia a instancias del propio deudor. Se configura de manera semejante al Chapter XI del US Code, y posee un primer periodo de observación que durará un plazo de seis meses durante el cual –bajo la tutela de un administrador nombrado por el Tribunal, aunque podrá ser a propuesta del deudor—se suspenden las ejecuciones frente a su patrimonio y se prohíbe al deudor el pago de las deudas por causa de título anterior. Durante este periodo de observación se deberá presentar por el administrador o por el propio deudor un plan de salvaguarda, que en caso de legitimación del deudor deberá procurar la continuidad de la actividad, el mantenimiento del empleo y el saneamiento del pasivo. Dicho plan deberá ser aceptado individualmente por los acreedores o alternativamente de manera colectiva a través de los comités de acreedores, que serán dos distintos: uno integrado por las entidades de crédito, y el otro por los acreedores comerciales que superen el 5% del pasivo no financiero. El plan de salvaguarda deberá ser aprobado por dos mayorías de personas que supongan los dos tercios de cada comité, sin que afecte a los que no hayan aceptado el mismo.

La tercera institución que analiza DASSO es el saneamiento o *redressement*, aplicable a deudores insolventes entendida la insolvencia como la situación de un pasivo exigible que excede del activo disponible que deberá ser solicitado, de manera alternativa a la liquidación y sin perjuicio de la posibilidad de instar una conciliación, dentro de los 45 días desde que conoció la insolvencia. Tiene como finalidad el restablecimiento económico de la empresa en manos del deudor, y secundariamente el pago a los acreedores, pudiendo también ser instado por los acreedores y por el Ministerio Público. Viene precedido de un periodo de observación análogo al de la salvaguarda y se somete a los acreedores a la posible aprobación de un plan de saneamiento de contenido semejante al de la salvaguarda, si bien y a diferencia de aquel, los administradores podrán ser sancionados profesional o penalmente. Por último precisar que puede llegar a ser desposeído el deudor de sus facultades en los supuestos en que no pueda asegurar la recuperación de la empresa.

Por último encontramos la liquidación judicial que simplifica la regulación anterior a la reforma del 2005, incluyéndose a partir del 2008 un procedimiento simplificado. La finalidad de la liquidación judicial es realizar los bienes de la deudora —que cesa en su actividad— siendo su producto afectado al pago de los acreedores, si bien podrá realizarse a través de una cesión global de la empresa —o de parte de ella— que será la única manera de conseguir el mantenimiento de la actividad si bien fuera de las facultades del deudor. Subsistirá la personalidad jurídica de la empresa, manteniendo sus funciones los administradores, si bien el tribunal nombrará un liquidador que debe vender los activos bajo la dirección del Juez que fijará las condiciones de la venta. La liquidación, que resulta semejante a nuestra liquidación concursal y al Capítulo VII de la norma Estadounidense que será tratado *infra*, podrá terminar con clausura por extinción del pasivo —en la menor parte de los casos— o generalmente mediante la insuficiencia del activo, pudiéndose reabrir sólo para realizar activos sobrevenidos. La liquidación simplificada es más ágil en cuanto a sus requisitos y plazos y se aplicará a supuestos de inexistencia de bienes inmuebles; menos de cinco asalariados; o cifra de negocios inferior a 750.000 €, siendo con anterioridad a 2008 de carácter facultativo, y en la actualidad preceptivo para el Tribunal.

Entendemos que las hipotecas coexistirán con las instituciones concursales francesas, si bien en las instituciones de salvaguarda se limitará su ejecutividad.

I.4.3.- Aproximación al derecho alemán.

La hipoteca en el derecho alemán —tanto histórico como vigente— resulta ciertamente diferente al régimen español, si bien su influencia en los sistemas de los diversos países de nuestro entorno resulta crucial³⁰⁶, en especial en cuanto a una hipotética armonización de una figura semejante a la antes mencionada eurohipoteca³⁰⁷.

³⁰⁶ En este sentido VADILLO CASERO, T. *op cit*.

³⁰⁷ A este respecto véase el denominado Libro Verde del Crédito Hipotecario en la Unión Europea de 2005, que finalmente no fue objeto de publicación en el D.O.C.E. y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 15 de diciembre de 2005, sobre el Libro verde - El crédito hipotecario en la UE [COM (2005) 327 final - Diario Oficial C 65 de 17.3.2006]. Asimismo la Recomendación de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda [Diario Oficial L 69 de 10.3.2001]. Pueden ser consultados en la URL <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A132050> (última consulta marzo 2021)

Desde un punto de vista histórico CHICO Y ORTIZ³⁰⁸ cita dos figuras que concurren en la definición de la actual hipoteca en derecho alemán. En primer lugar la denominada *altere satzung* que suponía una suerte de *pignus* romano ya que en la misma se transmitía la posesión y era predicable tanto de bienes muebles como inmuebles, y la *neure satzung* que no exigía tal desplazamiento posesorio pero se exigía una forma pública constituida con intervención de la autoridad y sometida a un registro en los libros hipotecarios, por lo que sólo recaía sobre inmuebles.

En el vigente ordenamiento jurídico alemán, la hipoteca se encuentra regulada en los párrafos 1113 a 1190 del Código Civil Alemán—en lo sucesivo BGB— estableciendo en concreto el párrafo 1113 que «(1) *Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek). (2) Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.*»³⁰⁹ Por tanto, se configura la hipoteca inmobiliaria voluntaria de una manera bastante amplia y diferente al sistema jurídico español y francés, por cuanto constituye un elenco de instituciones cuyo elemento común radica en ser derechos sobre valor. CHICO Y ORTIZ por su parte fija su elemento diferenciador en el principio de accesoriedad categorizando las hipotecas según su contenido entre las ordinarias y las de seguridad en las que se da tal principio; e hipotecas con desconexión de su crédito, en los que este carácter accesorio desaparece. Cita entre estas la deuda inmobiliaria o territorial o *Grundschild*; la deuda de renta o *Rentenschuld*; la hipoteca de propietario o *Eigentümerhypothek*; y la deuda inmobiliaria de propietario o *Eigentümergrundschild*³¹⁰. WESTERMANN sitúa la hipoteca dentro del *numerus clausus* de los derechos reales, en concreto dentro de los derechos de

³⁰⁸ CHICO Y ORTIZ *op. cit.* pág. 1284.

³⁰⁹ «(1) Una finca puede ser gravada de forma que aquel en cuyo beneficio se establece el gravamen haya de pagarse a costa de la finca una determinada suma de dinero para la satisfacción a causa de un crédito que le corresponde. (2) La hipoteca también puede constituirse en garantía de un crédito futuro o de un crédito condicional.» Puede consultarse el texto consolidado en alemán —consultado a fecha de febrero de 2021— en la URL alojada en la sede electrónica del Ministerio de la República Federal de Alemania <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> Igualmente dicha página aloja una versión en lengua inglesa: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html si bien se encuentra consolidada a fecha de 1 de octubre de 2013.

³¹⁰ CHICO Y ORTIZ *op. cit.* págs. 1297 a 1300.

garantía real, que define como aquellos que conceden a su titular un derecho de realización de valor, estableciendo con ello una relación directa entre el crédito garantizado y la cosa³¹¹.

Siguiendo en este punto a HEDEMANN³¹² el BGB categoriza una amalgama de instituciones de diversa implantación local y sometidas a un régimen no homogéneo entre las que distingue una serie de figuras que pasaremos a continuación a esbozar³¹³.

En primer lugar encontramos la hipoteca de cédula y la hipoteca registral. La primera de ellas constituye una relación jurídica que gira en torno a la posesión de un documento en el que se incorporan los elementos esenciales de la relación. La segunda, parte de que sus efectos se desplegarán a partir de la inscripción registral de la misma.

En segundo lugar encontramos la llamada hipoteca de tráfico y la hipoteca de seguridad. Ambas se distinguen entre sí porque la accesoriedad del derecho real respecto de la obligación personal es sólo relativa en la hipoteca de tráfico, siendo absoluta por el contrario en la hipoteca de seguridad, que es completamente accesoria respecto del crédito que garantiza.

En tercer lugar refiere el citado autor la llamada hipoteca de amortización progresiva que, pese a no estar regulada expresamente en el BGB, se regula convencionalmente en relación a la deuda garantizada que, conforme va siendo saldada, disminuye la responsabilidad real de la finca hipotecada conforme a un plan prefijado hasta la completa eliminación de la garantía.

En cuarto lugar, y a semejanza de la facultad del deudor de presentar varios fiadores o pignorar diversas cosas muebles, encontramos la llamada hipoteca solidaria que permite al deudor gravar varias fincas en relación a su deuda. Así, queda facultado el acreedor a la libre elección respecto de la finca en que ha de recaer, y a la distribución del crédito cuando se trata de precisar la

³¹¹ WESTERMANN H. WESTERMANN, HP. GURSKI, K. y EYKMANN, D. *Derechos Reales*. Vol.1. Traducción CAÑIZARES LASO, A. MIQUEL GONZÁLEZ, JM. RODRIGUEZ TAPIA, JM. y RODRÍGUEZ-ROSADO, B. Ed. Fundación cultural del Notariado, Madrid 2007, pág. 102.

³¹² HEDEMANN, J. *Derechos Reales*. Vol. II. Versión española y notas de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, págs. 438 y ss.

³¹³ Para un análisis en profundidad de la hipoteca y sus diversas modalidades en derecho alemán *vid.* WESTERMANN *op cit.* Vol II págs. 1135 a 1338.

responsabilidad. Ello con especialidades si se trata de fincas de distintos propietarios o si afecta a fincas divididas entre Alemania y un país extranjero.

En quinto lugar encontramos la llamada hipoteca de propietario que parte de un carácter autónomo tal que puede entrar dentro del patrimonio del dueño de la finca hipotecada como un elemento no sometido a confusión, lo que permite que conserve su rango respecto de hipotecas posteriores y faculta al propietario para disponer respecto de la hipoteca constituida sobre sus propios bienes, bien de manera voluntaria, bien de manera forzosa ya que puede ser objeto de embargo.

Analizadas las instituciones hipotecarias hemos de pasar a definir las líneas maestras del sistema concursal alemán. Siguiendo en este punto a BRAUN³¹⁴, el Parlamento federal aprobó la Ley de Insolvencia en 1994 (*Insolvenzordnung*) que entró en vigor el 1 de enero de 1999 sustituyendo al Código de Quiebras y Suspensiones que compendia la *Konkursordnung* de 1877 aplicable a las liquidaciones concursales, y la *Vergleichsordnung* de 1935 cuyo ámbito era el de las soluciones de convenio; igualmente deroga la normativa sobre Ejecución Colectiva, en concreto la *Gesamtvollstreckungsordnung* de 1990 y la *Gesamtvollstreckungs-Unterbrechungsgesetz* de 1991, homogeneizando el estatuto de insolvencia para toda Alemania que anteriormente tenía separados los escenarios de liquidación colectiva y procesos concursales *strictu sensu*.

Posteriormente a finales del año 2011 se aprobó la ley para la mejora de la reestructuración de empresas con entrada en vigor el 1 de marzo de 2012 y se ha reforzado en gran medida la protección de los consumidores a través de cauces específicos, permitiendo escenarios de segunda oportunidad a través de la exoneración de la deuda residual o *Restschuldbefreiung*.

Una importante característica del sistema concursal alemán es la clasificación de los acreedores en tres grandes categorías. Así y siguiendo nuevamente a DASSO³¹⁵ hemos de distinguir entre aquellos acreedores que tienen a su favor un derecho a la separación de la masa o *Aussonderung*, principalmente titulares de un derecho real o personal sobre un bien que no pertenece a la masa; acreedores con derecho a un pago separado, que serán acreedores con garantía real o que surjan con

³¹⁴ BRAUN, S. «Panorama del Derecho Concursal Alemán y Europeo.» *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*. Año 2001. Núm. 61, págs. 313 y ss.

³¹⁵ DASSO *op cit.* págs. 15 y 16.

motivo de embargo, así como aquellos a los que se transmitieron cosas muebles o derechos en garantía, o que gocen de derecho de retención, así como los impuestos y aranceles respecto de las cosas afectadas por los mismos; y en tercer lugar los acreedores ordinarios.

Coexistiendo con estas categorías de acreedores concursales, encontramos los acreedores contra la masa o *Massaegläubiger* que incluyen acreedores que soportan los gastos del procedimiento, las remuneraciones y gastos del administrador y de la comisión de acreedores. Estos créditos contra la masa se satisfarán de manera anticipada.

En cuanto a los acreedores con garantías reales, vemos que los mismos se incluyen en el procedimiento concursal, pudiendo por tanto sus titulares participar y votar en la junta en supuestos de convenio. En el caso de los bienes muebles que hayan sido cedidos en garantía o sujetos a reserva de dominio por el deudor, podrán ser realizados por el administrador de la insolvencia, si bien es cierto que al acreedor garantizado se le reconoce un derecho de entrada en las enajenaciones proyectadas y un derecho de iniciativa para agilizar la realización de tales bienes

I.4.4.- Aproximación al derecho inglés.

Fuera ya del ámbito de la Unión y dentro de los sistemas anglosajones, el derecho inglés como vigente en parte del Reino Unido—excluida Escocia, e Irlanda del Norte y aplicable en algunas figuras a Gales—posee una regulación bastante distante respecto de las estudiadas de Alemania y Francia tanto del derecho hipotecario como concursal.

Ello no obstante el largo lapso transcurrido dentro de la Unión ha provocado que el sistema inglés haya sufrido una transformación de los postulados iniciales—previos incluso al sistema del *common law*—para configurarse en la actualidad de una manera que reviste caracteres en cierto modo semejantes a los sistemas continentales.

Comenzando por el sistema hipotecario y siguiendo en este punto a OLIVA BLÁZQUEZ³¹⁶ podemos afirmar que la hipoteca en derecho inglés es anterior incluso a la existencia del *common law*, ya que se conservan registros del periodo anglosajón previos a la conquista normanda que

³¹⁶ OLIVA BLÁZQUEZ F. *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*. Ed. Tirant lo Blanch, València, 2014 págs. 127 y ss.

ponen de manifiesto que las tierras podían ser objeto de garantía hipotecaria. En este sentido añade BAZ IZQUIERDO³¹⁷ que el actual sistema hipotecario inglés es una confluencia entre las normas de derecho común, de la *equity*³¹⁸ y de las leyes posteriores.

Con el desarrollo del *common law* la hipoteca se instrumentó como una forma de otorgar a los prestamistas la oportunidad de burlar la prohibición moral y religiosa de cobrar interés a los préstamos que concedían a través de la transmisión posesoria al acreedor, de tal punto que podía llegar a adquirir el dominio absoluto independientemente del valor del bien ante el incumplimiento del deudor. Esta figura a finales del S XII alcanzaba dos modalidades, una primera en la que el acreedor destinaba los frutos y rendimientos a amortizar el préstamo concedido en todos sus conceptos—capital e intereses—que se denominaba prenda viva (*live pledge* o *vifgage*); o por el contrario si se quedaba el acreedor con los beneficios generados por el negocio pasaba a denominarse prenda muerta (*mort pledge* o *mortgage*, de la que deriva el actual término).

La regulación vigente de la hipoteca la encontramos principalmente en dos normas la *Law of Property Act* de 1925 y la *Land registration Act* de 2002. Es a partir de la entrada en vigor de la primera de ellas cuando podemos decir que se configura la hipoteca en un sentido distinto al tradicional que se asemejaba más a una compraventa con pacto de retro —en concreto y según la terminología se trataba de una *estate in fee simple*, a la que acompañaba un *proviso for reconveyance on redemption*—que normalmente supeditaba la devolución del estate al deudor

³¹⁷ BAZ IZQUIERDO, F. *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1980, pág. 589.

³¹⁸ Respecto de la Equidad destaca BAZ IZQUIERDO que ya en el S. XIII el *common law* destacaba por un fuerte rigorismo basado en una casuística muy compleja de mandamientos o *writs* que eran expedidos mediante el pago de las oportunas tasas y que constituían una orden del representante local de la Corona que iba dirigida según el caso al deudor instándole a que bien acatara la orden, bien compareciera ante el Tribunal real. Así encontramos el *writ of right* a disposición de quien pretendía el reconocimiento de un derecho inmobiliario; el *writ of debt*, para quien interesase el pago de una cantidad en metálico, y un largo etcétera que fue acotado estableciendo un *numerus clausus* por las Provisiones de Oxford de 1258. A partir de esa fecha y en la medida que los *writs* existentes no permitieran una determinada tutela proliferó la posibilidad —hasta entonces excepcional—de acudir a la Justicia Real mediante la fórmula de *suplicar por Dios y como obra de caridad que hiciese justicia*, delegándose esta potestad en las Cancillerías en detrimento de los Tribunales Reales, pudiéndose acudir a las mismas sin necesidad de invocar un *writ* concreto. En las Cancillerías cada Canciller fallaba conforme a la solución que resultara más equitativa, llegándose a constituir las llamadas máximas de Equidad. Por tanto encontramos dos sistemas de jurisdicción basados en principios distintos —ya que los Tribunales Reales aplicaban el *common law* y las Cancillerías la *Aequity*—que coexisten hasta su unificación mediante la *Judicature Act* de 1873. BAZ IZQUIERDO, *op cit.* págs. 57 a 61.

hipotecario a la satisfacción del crédito en el plazo de seis meses (*legal right to redeem*). Por supuesto, aunque de acuerdo con este término contractual tipo la propiedad debería pasar de forma automática al *mortgagee* en caso de impago, el deudor estaba plenamente protegido por *equitable right to redeem* ejercitable aun cuando hubiera transcurrido en el *deed*.

Con la entrada en vigor de la *Law of Property Act*³¹⁹ se configura la hipoteca de una manera más próxima a los sistemas continentales pasando a residir la posesión principalmente en el deudor reduciendo las facultades del acreedor a un derecho sobre el inmueble gravado (*right in alieno solo*) y garantizándose las mismas a través de un sistema de publicidad registral instituido por la *Land registration Act*³²⁰ que compele a la publicidad registral tanto de hipotecas convencionales como de hipotecas legales.

En cuanto a las modalidades OLIVA BLÁZQUEZ³²¹ distingue entre las hipotecas legales y las hipotecas en *equity*. Las primeras son aquellas en las que el prestatario hipoteca un inmueble que detenta legalmente (*legal estate*) en garantía de una deuda –que podríamos denominar hipotecas formales. Las segundas se dan cuando, bien el prestatario sólo goza de un derecho en *equity* –situación que se da cuando una persona detenta un fundo sin gozar del total dominio del mismo poseyendo lo que se denomina un *equitable interest*, como sucede cuando lo detenta a través de un trust, o un arrendamiento sobre el bien gravado, en supuestos de *equitable lease*—o bien porque a pesar de tener un derecho legal la hipoteca no se ha constituido con las formalidades y garantías legalmente exigidas. A estas denominadas *Mortgages of equitable interests* asimila el sistema inglés las hipotecas informales de derechos legales, denominadas *informal mortgages of legal interests*; las denominadas hipotecas mediante *estoppel*, basada en actos concluyentes del deudor; los precontratos hipotecarios; y las afecciones en pago equitativas.

Por último y respecto de las posibilidades de compeler a la realización del bien, distingue OLIVA BLÁZQUEZ³²² las facultades de acudir al *foreclosure*, o derecho de apropiación; o a la *sale*, o

³¹⁹ Cuyo texto vigente, objeto de numerosas reformas, puede ser consultado en la url <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20> (última consulta enero 2021)

³²⁰ Que puede ser consultada en la url <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/9/contents> (última consulta enero 2021)

³²¹ OLIVA BLÁZQUEZ F. *op cit.* págs. 140 a 155.

³²² OLIVA BLÁZQUEZ F. *op cit.* Págs. 163 y ss.

venta extrajudicial como acciones de carácter real, que coexisten con el llamado remedio personal o *action of the debt* conducente al pago de la cantidad prestada.

Hecha una aproximación al sistema hipotecario, hemos de definir las líneas maestras del sistema concursal inglés. Siguiendo a DASSO³²³, podemos afirmar que legislación concursal británica parte de antiguos reglamentos que datan de 1.861 que distinguían entre la bancarrota para los comerciantes y compañías y la insolvencia para los no comerciantes, y tenía en sus orígenes un marcado tinte liquidatario.

Esta tendencia tradicional a tratar las quiebras de personas naturales de Inglaterra y Gales de manera diferenciada con respecto de las sociedades mercantiles se rompe en el derecho concursal moderno inglés ya que ambas figuras se consolidan en un mismo *corpus* con la *Insolvency Act* de 1986 cuya finalidad era, a decir de su exposición de motivos consolidar la legislación en relación con la insolvencia y liquidación de empresas incluso empresas no insolventes o no registradas, así como la normativa relativa a la insolvencia y la quiebra de individuos; y otras disposiciones relacionadas con esos dos temas, incluidas las funciones y la calificación de los profesionales de la insolvencia, la administración pública de la insolvencia, la penalización y reparación de negligencia y mala conducta, y la evitación de ciertas transacciones perjudiciales.³²⁴ Dicha norma resultó severamente reformada en el año 2002 para superar la regulación hasta entonces vigente estableciéndose un régimen dual para liquidaciones y soluciones de continuidad empresarial³²⁵. A su vez, Irlanda Norte y Escocia mantuvieron reglamentaciones separadas, que han ido quedando incorporadas al régimen general como especialidades. Así, en Escocia se denominó al proceso concursal de la persona física *sequestration* pudiendo partir la orden bien de un tribunal o un profesional de insolvencia. Coexistiendo con el anterior encontramos una ley separada para deudores corporativos insolventes que provee la liquidación o administración de una empresa.

³²³ DASSO *op cit.* págs. 617 a 620.

³²⁴ «*An Act to consolidate the enactments relating to company insolvency and winding up (including the winding up of companies that are not insolvent, and of unregistered companies); enactments relating to the insolvency and bankruptcy of individuals; and other enactments bearing on those two subject matters, including the functions and qualification of insolvency practitioners, the public administration of insolvency, the penalisation and redress of malpractice and wrongdoing, and the avoidance of certain transactions at an undervalue.*» Puede ser consultado su texto en vigor en la URL <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/introduction>.

³²⁵ En relación al régimen anterior, véase TIRADO MARTÍ «La liquidación concursal de sociedades en el Derecho inglés.» *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 17, 2001 págs. 199-246.

Centrándonos en Inglaterra y en materia de sociedades mercantiles encontramos procedimientos de naturaleza preconcursal yal y como resulta de los *Voluntary arrangements*, que pueden devenir en una denominada administración controlada y procedimientos liquidatorios, como el denominado procedimiento de *Winding up*, recogido en la *Insolvency Act* que posee un carácter dual, ya que encontramos tanto una liquidación extrajudicial e la que las facultades de representación y gestión corresponden a un sindicato de acreedores (*voluntary winding up*), como una liquidación judicial, (*compulsory winding up*) tutelada directamente por los Tribunales. Ceñido al ámbito empresarial encontramos la *Enterprise Act* de 2002 que contiene el *fresh start*, así como una serie de medidas para garantizar la viabilidad de las empresas. En estos supuestos entendemos que tanto la *foreclosure*, como la *sale* deberán quedar limitadas y sometidas a la normativa concursal.

I.4.5.- Aproximación al derecho de los Estados Unidos de América.

La regulación de la hipoteca en los Estados Unidos de América, dista mucho de ser un régimen uniforme dado que coexiste la normativa federal con la interna de cada uno de los Estados que componen la Unión. Sin embargo el sistema concursal es uniforme, por cuanto su normativa es federal.

Empezando por el sistema hipotecario, encontramos dos regímenes contrapuestos que pugnan por su preeminencia en los diversos Estados. Así, y siguiendo en este punto a GHENT³²⁶, distinguimos entre aquellos Estados que apuestan por la llamada Teoría del Título o *Title Theory* en los que ante el incumplimiento se aproxima al sistema tradicional inglés antes de la vigencia de la *Law of Property Act* ya que puede llegar a la apropiación extrajudicial del bien dado en garantía. A diferencia de estos estados encontramos otros que siguen la Teoría de la hipoteca como embargo, la *Lien Theory*, que se asemeja a los sistemas continentales y al vigente inglés ya que devendrá en un proceso de ejecución forzosa³²⁷.

³²⁶ GHENT, A. «*The historical origins of America's Mortgage Law.*» Publicación digital del *Research Institute for Housing America*. Octubre, 2012. Puede ser consultada en la url https://www.mba.org/assets/Documents/Research/RIHA/82406_11922_RIHA_Origins_Report.pdf (última consulta enero 2021)

³²⁷ «*The main division is between title theory and lien theory. If a state follows title theory, the lender retains title to the property until such time as the borrower pays off the mortgage. That is, the lender is the legal owner of the property for the duration of the mortgage. Under the contrasting theory, lien theory, the*

No obstante lo anterior y en cuanto a los aspectos formales, y siguiendo a LÓPEZ NAVARRO³²⁸ la regulación de la hipoteca se encuentra sometida la ley federal para tener acceso a un registro, así como los requisitos formales que afectan a las mismas en términos generales. Así, la hipoteca ordinaria ha de constar en forma escrita, con determinación de los nombres de deudor y acreedor, y descripción de la finca hipotecada, redacción de cláusulas tipo y normalmente se exige la intervención de dos testigos, y la legitimación de la firma por un notario (*notary*, con la especialidad según el citado autor que este tiene en los Estados Unidos, que no precisa ser jurista, ejerce su cargo por tiempo limitado, y su función es especialmente la legitimación de firmas) que presta un testimonio de subjetividad, en el sentido de que conoce a los firmantes y manifiesta que las firmas del documento son de éstos.

En cuanto a los Estados seguidores del *Title Theory*, las palabras clave de dichos contratos las encontramos a través de la expresión *convey and warrant*, y en éstos el sistema de ejecución de la hipoteca (*manner of foreclosure*) se traduce en la concesión al acreedor de un título (*property*) ya que ha habido *convey*, es decir entrega o venta en garantía del inmueble, y por tanto en caso de impago, se puede vender la propiedad hipoteca por el acreedor quien tiene un *power of sale*, poder de venta, fiducia o pacto comisorio. En la actualidad los estados que siguen este sistema son parte de los más antiguos en su fundación: New Hampshire, Virginia, Rhode Island, Connecticut, *inter alia*.

Por el contrario en los sistemas del *Lien Theory*, el inmueble tiene un simple gravamen o carga que se impone el inmueble para seguridad de una obligación, por lo que el impago del préstamo acarrea la ejecución mediante la realización judicial. En la actualidad los estados más poblados de los EUA se decantan por estos sistemas: California, Texas, Nueva York, Florida, Michigan, *inter alia*.

borrower owns the property during the duration of the mortgage and the lender's interest in the property is limited to situations in which the borrower defaults on the mortgage. While the distinction between title and lien theory no longer has any substantial effect on the balance of power between borrower and creditor, different legal theories nevertheless require different mortgage documents, adding to the paperwork burden of national lenders.» GHENT op cit.. pág. 7.

³²⁸ LÓPEZ NAVARRO, J. «Algunos aspectos de la hipoteca en EEUU.» *Publicación digital* incluida en la web <https://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2010/29-hipotecasusa.htm>. Octubre, 2010. Puede ser consultada en la url <https://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2010/29-hipotecasusa.htm> (última consulta enero 2021)

Igualmente encontramos Estados en los que se establecen sistemas que el citado autor denomina como intermedios, tales como Illinois, Massachusetts, Maryland y otros, la mayoría de los cuales en su origen apostaban por la *Title Theory*³²⁹.

En cuanto a la distribución de los Estados que se decantan por uno u otro sistema, GHENT³³⁰ entiende que las razones que determinan esta opción no son propiamente económicas, sino que más bien que predomina la *Lien Theory* en los estados más recientes y un predominio de la *Title Theory* en aquellos otros estados en los que a lo largo del S. XIX establecieron leyes más represivas en materia de usura. Añade igualmente que la proliferación en los años 30 de las ejecuciones sobre explotaciones agrícolas supuso también un repunte de los estados en los que era admisible la ejecución extrajudicial.

Analizado el sistema hipotecario, pasaremos a realizar una aproximación a la normativa de insolvencia propia de los Estados Unidos de América. Siguiendo nuevamente a DASSO³³¹ la regulación concursal de los Estados Unidos de América se contiene en el *U.S. Bankruptcy Code* de 1978, en concreto en los Títulos undécimo y vigésimo octavo. El Título undécimo poseía originariamente siete Capítulos que fueron ampliados para incluir la crisis del empresario agrícola en 1986 y más recientemente para dar tratamiento a la insolvencia internacional en 2005. Totaliza nueve capítulos con la siguiente numeración.

El Capítulo I tiene por objeto regular las disposiciones generales y comienza con un primer artículo dedicado a las definiciones.

El Capítulo III se titula Administración de la causa y está dedicado a aspectos comunes referidos al inicio de causas voluntarias, conjuntas e involuntarias, incluyendo un tratamiento de las causas

³²⁹ Puede apreciarse esta tendencia así como la adscripción de los diversos estados a un sistema u otro en el cuadro que en la citada publicación. GHENT *op cit.* pág. 16.

³³⁰ «*There is little evidence that differences in state economic conditions led to divergences in the law. In fact, the only discernible patterns in the data are 1) a tendency for younger states to be more likely to follow the lien theory rather than the title theory of mortgages, 2) a tendency for states with more restrictive usury laws in the 19th century to follow the title theory of mortgages and 3) a greater chance of prohibitions on deficiency judgments in states that experienced more farm mortgage foreclosures in the early 1930s.*» GHENT *op cit.* pág. 37.

³³¹ DASSÓ, A. *op cit.* págs. 621 a 683.

accesorias o *ancillary*. Igualmente regula la figura del *United States Trustee* o síndico general de los EEUU.

El Capítulo V trata de conceptos comunes respecto de los acreedores, el deudor y la masa concursal, siendo objeto de una severa reforma en el año 2005.

El Capítulo VII tiene por objeto la liquidación y regula las formas de pago a los acreedores a través de la liquidación del patrimonio. Abarca las secciones 701 a 766 y contiene cuatro subcapítulos: el primero destinado a conceptos generales y definiciones relativos al *trustee* y al comité de acreedores; el segundo regulador de las normas procesales y operaciones liquidacionales; el tercero aplicable a los agentes de bolsa o *stockbrokers*; y el último relativo a los intermediarios en mercados de materias primas o *commodity brokers*. La liquidación parte de la iniciativa del deudor o de los acreedores y parte de la figura del *trustee* que tiene por misión administrar, vender y distribuir los bienes del deudor. Durante el procedimiento se produce la *automatic stay* o suspensión de las acciones contra el deudor y su finalidad última es la de obtener la *discharge* o liberación por parte del deudor de todos los débitos preexistentes a la quiebra, aplicable siempre que el deudor sea una persona natural; no haya destruido, falsificado, ocultado bienes o incumplido la llevanza de libros y documentación que los respalde; no haya hecho falso juramento de sus cuentas, presentado créditos falsos o incurrido en cohecho activo o pasivo; no haya transferido, destruido, retirado u ocultado bienes; no haya rehusado obedecer órdenes legales o contestar cuestiones del Tribunal; no haya fracasado en su explicación satisfactoria de una posible pérdida de bienes para afrontar sus obligaciones; y no haya renunciado a su derecho a obtener este beneficio por parte del Tribunal. .

El Capítulo IX tiene por objeto la recuperación del patrimonio de un ente público y se aplica a las *municipalities* que se definen como una subdivisión política, agencia pública o ente instrumental del Estado. Choca contra la concepción latina de la no aplicabilidad de las normas concursales a entidades públicas ya que somete a la posible aplicación del Capítulo XI a estos entes públicos siempre que exista una previa autorización por medio de una ley estatal; se dé un presupuesto material de insolvencia; pueda darse una proposición de plan de pago; y haya acuerdo de acreedores que representen la mayoría de los créditos que no puedan ser objeto de total pago.

El Capítulo XI trata la reorganización. Tiene carácter general y su finalidad es enfocar el procedimiento al salvamento del patrimonio del deudor y al pago de los acreedores, poseyendo

carácter supletorio. Su objeto primordial es la aprobación de un plan de reestructuración de su pasivo en el cual se dividan los créditos de los acreedores y los intereses de los accionistas en diversas categorías que podrán ser objeto de tratamiento singularizado. La competencia para elaborar el plan corresponde en primera instancia al deudor, y en su defecto, al *trustee*. La aceptación del plan corresponde a los acreedores divididos por clases, estableciéndose que una clase acepta el plan si el mismo recibe la conformidad de acreedores o accionistas que posean al menos los dos tercios del capital y más de la mitad de los créditos de cada clase. Las clases no incluidas en el plan –y los acreedores que los integran—mantienen inalterados sus créditos. El plan una vez aprobado debe ser homologado judicialmente tras un trámite de audiencia, examinados requisitos de buena fe, factibilidad, pago de deudas a ciertas clases de acreedores al contado, y aceptación por al menos una clase de acreedores.

El Capítulo XII está dedicado a los denominados *Family Farmers* denominación que se asigna a la empresa con actividad agrícola o pesquera familiar que posee ingresos anuales regulares, aplicándose preferentemente a las disposiciones de los Capítulos VII o XI si el deudor se encuentra dentro del ámbito de aplicación. Las características de este procedimiento son las siguientes: la legitimación activa reside exclusivamente en el deudor, no pudiendo ejercitar la acción los acreedores; es condición necesaria la existencia de un rédito anual regular; se mantienen el régimen de administración ya que el *trustee* no asume –salvo expresa decisión judicial—la administración; la iniciación del procedimiento implica el *automatic stay* por el que se paralizan las acciones frente al deudor; el plan se dirige a distintas categorías de acreedores respecto de los cuales se admite un trato diferenciado; y, por último, requiere homologación judicial.

El Capítulo XIII trata de manera singular a las personas físicas cuyo rédito suficiente, estable y regular les permita afrontar un plan de pagos. Al efecto de aplicar el mismo resulta indiferente que tales ingresos provengan de un trabajo por cuenta propia o ajena, por lo que resulta aplicable a empresarios y trabajadores –en la concepción del derecho concursal español. Al igual que en los capítulos anteriores, su finalidad es establecer un plan que permita salvaguardar el patrimonio del deudor y pagar sus deudas, que será por lo general objeto de homologación. El plan no ha de estipular pagos por un periodo superior a los tres años salvo que el Tribunal lo acepte por plazo de hasta cinco años mediante prueba de justa causa.

El Capítulo XV regula la llamada quiebra internacional y fue introducido por la *Bankruptcy Abuse Act* recogiendo las recomendaciones de la comisión de Naciones Unidas para el Comercio Internacional en orden al reconocimiento de los procedimientos extranjeros y cooperación entre Tribunales de distintos países.

En general y siguiendo a ALTIERI³³² podemos encontrar como elemento definidor común de los diversos procedimientos concursales que en los mismos se otorgan amplios poderes al deudor y a los acreedores, todo ello con una intervención mínima del Juez del concurso ya que la declaración inicial parte de una comunicación del Secretario del Tribunal. Opta, como hemos visto por separar las soluciones de viabilidad –análogas en su finalidad a la solución de convenio—que se encuentran reguladas en los Capítulos XI, XII y XIII³³³; de los mecanismos liquidatorios contenidos en el Capítulo VII, que consisten en la enajenación del patrimonio global del deudor. La aportación esencial del sistema concursal de los Estados Unidos de América según el citado autor es el del régimen del *discharge* –análogo al reconocido en la legislación inglesa—mediante el cual resulta posible acceder a una efectiva segunda oportunidad a los deudores que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, y que ha tenido a una gran repercusión en los ordenamientos europeos y del continente americano.

³³² ALTIERI G. C. «La influencia del sistema estadounidense en reformas concursales europeas.» Núm. 88 de la revista digital *e-dictum*. Mayo 2019

³³³ Como hemos visto el Capítulo XI determina reglas generales, siendo de aplicación supletoria y por especialidad referida a las personas que pueden solicitar su aplicación el Capítulo XII y el XIII no constituyen sino especialidades del XI.

I.5.- El derecho a la ejecución separada en el concurso de acreedores.

I.5.1.- El derecho a la ejecución separada dentro del concurso de acreedores. Ejecución de garantías reales y otros supuestos contemplados.

La exposición de motivos de la LECO ya ponía de manifiesto la posibilidad de ejecutar separadamente las garantías reales respecto de bienes del concursado significándola como una novedad³³⁴ y equiparando en cierto modo este régimen a las acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamientos financieros, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como a las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado³³⁵.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LECO no hemos de olvidar, siguiendo en este punto a LAGUNA DOMÍNGUEZ³³⁶ que el art. 166 de la LEC 1881 establecía que no procedería la acumulación de los juicios ejecutivos entre sí ni a un juicio universal cuando sólo se persigan los bienes hipotecados, salvo en lo previsto en el entonces vigente art. 133 de la LH. Dos notas se extraían del citado régimen legal: por un lado que el legislador ha sido siempre reticente a aglutinar entre sí procedimientos ejecutivos y éstos a juicios universales. Igualmente se extrae que el germen de la actual regulación que –como se verá infra—posibilita la ejecución autónoma dentro y fuera del concurso de garantías reales se encontraba en la salvedad hecha al art. 133 LH.

³³⁴ Exposición de Motivos de la LECO, III párrafo undécimo: «Una de las novedades más importantes de la ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. 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.»

³³⁵ Exposición de Motivos de la LECO, III párrafo décimo tercero.

³³⁶ LAGUNA DOMÍNGUEZ, E. «El derecho real de hipoteca y el crédito garantizado.» capítulo incluido en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. TOMO II, VOL. 2 Garantías inmobiliarias. Dir. NIETO CAROL, U. Ed. Civitas Madrid, 1996, págs. 33 y ss.

El fundamento que da el legislador a este tratamiento especial de la ejecución de garantías reales lo hace³³⁷ asimilando la regulación a los planteamientos realistas que imperaban en la doctrina³³⁸, que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso.

El art. 52.2ª TRLC proclama como eje fundamental del concurso la atribución al Juez del concurso de la competencia exclusiva y excluyente para conocer respecto de las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera ordenado, sin más excepciones que las previstas en el propio texto refundido.³³⁹

Este precepto podría hacer inferir que el procedimiento universal del concurso de acreedores ha de coexistir necesariamente respecto de procedimientos singulares en ejecución de créditos concretos, si bien de la totalidad de los mismos ha de conocer el Juez del concurso. Sin embargo y en nuestra opinión, ambas afirmaciones no resultarían exactas, ya que por un lado la tramitación de ejecuciones paralelas al concurso resulta—como podrá apreciarse—excepcional, y por otro existen posibilidades reconocidas en el articulado de que conozca un órgano investido de competencia distinto al Juez del concurso.

Como veremos bajo estas líneas la primera excepción que posibilita las ejecuciones paralelas al concurso y sobre la que versa buena parte de esta Tesis es la ejecución separada de garantías reales sobre bienes del concursado.

³³⁷ Exposición de Motivos de la LECO, III párrafo décimo cuarto.

³³⁸ En este sentido LAGUNA DOMÍNGUEZ *op cit.* págs. 37 y ss. En concreto cita como minoritarias las tesis de GARRIGUES y a fecha de publicación de la citada obra colectiva manifiesta casi unánime la doctrina de los mercantilistas proclives a admitir la posibilidad de realizar el crédito hipotecario fuera de la quiebra, con sustento en la jurisprudencia de la época. Cita sí a URÍA, SÁNCHEZ CALERO, BROSETA *inter alios*.

³³⁹ Mejorándose a nuestro juicio la técnica legislativa del art. 8.3 de la LECO según el cual la competencia se circunscribía a toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

La segunda excepción la constituyen ciertas ejecuciones iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso, que rompiendo la regla general que obliga a su archivo, han de continuar excepcionalmente en algunos supuestos.

La última de las situaciones excepcionales que posibilita la ejecución paralela a los autos de concurso es la de créditos reconocidos contra la masa, que pueden ser objeto de apremio ante el Juez del concurso para el caso de su impago conforme al criterio de devengo.

1.5.1.1.- Ejecuciones ordinarias iniciadas antes de la declaración de concurso de acreedores.

El art. 142 TRLC establece como criterio general que, desde la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni tampoco apremios administrativos, incluidos los tributarios, contra los bienes o derechos de la masa activa. Este precepto general tiene sus excepciones respecto de ejecuciones ordinarias en el art. 144 TRLC, así como en el 145 TRLC que hace mención expresa a las ejecuciones de garantías reales y que será objeto del subepígrafe I.4.1.3³⁴⁰.

³⁴⁰ El art. 55 de la LECO reunía las menciones de estos tres artículos en sus cuatro apartados. Así establecía 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 de 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.» La actual redacción, siguiendo a FACHAL NOGER es más certera al incorporar una aclaración en su actual redacción, ya que la prohibición está referida a las ejecuciones singulares –judiciales o extrajudiciales–, así como a los apremios administrativos, incluidos los tributarios, contra los bienes o derechos de la masa activa, cuando anteriormente hablaba de apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor cuando los apremios tributarios no son sino la especie dentro del género de los apremios administrativos. FACHAL NOGUER, N. Comentario

Empezando por las primeras excepciones –esto es las que afectan a ejecuciones ordinarias—el art. 144 TRLC dispone que cuando se incorpore a las actuaciones o al procedimiento correspondiente el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que un bien o derecho concreto que hubiese sido objeto de embargo no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor³⁴¹, podrán proseguirse las actuaciones y procedimientos de ejecución laborales en las que el embargo de ese bien o derecho fuese anterior a la fecha de declaración del concurso; así como los procedimientos administrativos de ejecución en los que la diligencia de embargo fuera anterior a la fecha de declaración del concurso.

Estas ejecuciones ordinarias coexistirán³⁴² con los autos de concurso debiendo darse cumplida cuenta al Juez del concurso de las modificaciones que respecto de la masa activa y pasiva se generen a través de los actos de comunicación preceptivos. Se precisa igualmente en el art. 144.2 TRLC que el dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma y el sobrante se integrará en la masa activa³⁴³. No obstante, si en tercería de mejor derecho ejercitada por la AC se determinase la existencia de créditos concursales con preferencia de cobro, el importe de lo obtenido al que alcance esa preferencia se pondrá a disposición del concurso.

Siguiendo FACHAL NOGUER afirmamos que el límite temporal—o procesal—de la autotutela de las administraciones públicas en las que el embargo fuera anterior a la fecha de declaración de

a los arts. 142 a 151 y 270 a 271 TRLC. Incluidos en *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal. Comentario Judicial, Notarial y Registral*. Dir. PRENDES CARRIL, P y FACHAL NOGUER N. Aranzadi. Edición digital. Marzo 2021.

³⁴¹ Sobre estos conceptos, en especial el de la apertura de la fase de liquidación y el carácter necesario del bien, se profundizará *infra* en relación a las ejecuciones de garantías reales.

³⁴² CORDÓN MORENO en relación al art. 55 LECO pero predicable del régimen del TRLC nos recuerda que recoge la regla general de paralización de las ejecuciones que estaba prevista para la suspensión de pagos anterior con las excepciones a de lo dispuesto en los artículos que le seguían. Precisa asimismo que la efectividad de la satisfacción de los acreedores, que constituye el fin principal del concurso será tanto mayor cuanto más se limiten estos supuestos de ejecución separada, que vacían el concurso de su contenido patrimonial, y también los privilegios que, dentro de él, justifican una desigualdad de los acreedores en el cobro, por lo que debe ser objeto, a juicio del citado autor con el que coincidimos plenamente, de interpretación restrictiva. CORDÓN MORENO *op cit.* pág. 151.

³⁴³ Transformándose de facto estos créditos que tienen, como se verá en el capítulo II de esta Tesis vocación de ser créditos privilegiados especiales, o incluso en parte ordinarios o subordinados, en verdaderos créditos privilegiados especiales ya que impiden que el producto obtenido por el apremio los bienes embargados revierta en el total de la masa pasiva.

concurso se halla en la aprobación del plan de liquidación Así, afirma la citada autora que con la redacción definitiva de este precepto, bastará –para que el procedimiento de ejecución separada culmine de forma exitosa– que se hayan publicado los anuncios de la subasta del bien o derecho embargado con carácter previo a la aprobación del plan de liquidación. Por el contrario, si antes de este momento temporal no ha tenido lugar la enajenación de los activos embargados o, cuando menos, la publicación de los anuncios de la subasta, la ejecución separada terminará de forma infructuosa para el acreedor laboral o el organismo público embargante³⁴⁴.

Las ejecuciones administrativas y jurisdiccionales que no resulten incluidas en la anterior mención, esto es y principalmente las ejecuciones civiles³⁴⁵ frente a bienes de la concursada seguidas por los trámites ordinarios en la LEC deben quedar paralizadas³⁴⁶, pudiéndose, a petición de la

³⁴⁴ Precisa la citada autora que con anterioridad al TRLC existían dos tesis. La primera que consideraba que se trataba de un límite temporal, más allá del cual la ejecución separada no podía continuar, acogida por el AAP de Barcelona n.º 121/2017, de 20 de octubre. La segunda abogaba por que si el procedimiento administrativo de apremio se había activado antes de la aprobación del plan de liquidación podría continuar adelante hasta su finalización, siempre que recayese sobre bienes o derechos no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta segunda tesis que fue la que acogió el legislador en el TRLC y tenía soporte en la STS n.º 319/2018, de 30 de mayo y en la RDGFPSJ de 16 de julio de 2015. FACHAL NOGUER N, *op cit.* Comentario... ed. digital.

³⁴⁵ CORDÓN MORENO hace referencia por excepción a las acciones de desahucio que a tenor de la jurisprudencia citada por el referido autor, en concreto Auto del Juzgado de lo mercantil número 2 de Madrid de 30 de noviembre de 2004. Según ésta resolución *«Por el contrario, en la ejecución de una sentencia de desahucio no se tiende a la efectividad de derecho de crédito alguno. La de desahucio es una acción mixta que, sobre la base de una pretensión resolutoria de carácter personal fundada en el incumplimiento de sus obligaciones por parte de uno de los contratantes, aspira a brindar al demandante la recuperación de la posesión de la cosa arrendada, lo que hace que, especialmente en la fase ejecutiva, la pretensión adquiera una dimensión eminentemente -por no decir exclusivamente- real. De ahí que no le resulte aplicable la regla suspensoria del art. 55.2 y sí, en cambio, la única norma especial que, en relación con los arrendamientos, contiene la LCon, esto es, la norma prevista en su art. 70 con arreglo al cual [...] no haciendo uso de ellos la administración concursal mediante la rehabilitación del contrato con cargo a la masa ante el Juzgado que conozca del desahucio, la ejecución del lanzamiento debe seguir adelante por sus propios trámites y sin suspensión de clase alguna»*. CORDÓN MORENO *op cit.* pág. 161.

³⁴⁶ Coincide lo establecido en el art. 142 TRLC con lo dispuesto en el art. 568 LEC según el cual *«Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales. 1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución. 2. El Letrado de la Administración de Justicia decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto*

administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, acordar por el Juez del concurso 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 de las cargas a que se ha hecho referencia *ut supra* no podrá acordarse, no obstante hasta que se abriera la liquidación, respecto de los embargos administrativos

1.5.1.2.- Ejecución separada dentro del concurso de créditos reconocidos contra la masa.

Dada la posibilidad de que se rehabiliten préstamos o créditos con garantía hipotecaria a cargo de la masa y de que puedan ser objeto de ejecución cuotas no vencidas al momento del concurso de acreedores de préstamos respecto de los que no se ha operado el vencimiento anticipado hemos de hacer mención a la posibilidad de ejecutar créditos contra la masa dentro del concurso.

Por contraposición a los créditos concursales, el art. 242 TRLC establece un elenco de créditos que tendrán la consideración de créditos contra la masa³⁴⁷. Estos créditos, en su mayoría generados tras la declaración de concurso de acreedores que de ordinario deben ser satisfechos por fecha de devengo —aunque se permiten alteraciones y diferimiento de ciertos pagos³⁴⁸— pueden llegar a ser ejecutados separadamente coexistiendo con el procedimiento universal y en ejecuciones singulares separadas. Estos créditos no se encuentran amparados con las disposiciones generales de los arts. 142 TRLC ya que, y siguiendo en este punto a MAGDALENO³⁴⁹, son de aplicación estos

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

³⁴⁷ Respecto de la casuística nos remitimos al capítulo II de la presente Tesis.

³⁴⁸ Véase al respecto el art. 245.3 TRLC que determina que «La administración concursal podrá alterar por interés del concurso la regla del pago al vencimiento si la masa activa fuera suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. La postergación del pago de los créditos contra la masa no podrá afectar a los créditos por alimentos, a los créditos laborales, a los créditos tributarios ni a los de la seguridad social.» Igualmente en supuestos de conclusión de concurso por insuficiencia de masa se permite anticipar los gastos necesarios para la liquidación, tanto si se ha hecho la comunicación a que hace referencia el art. 249 TRLC como si no. En este último sentido, si bien en relación a lo preceptuado en los Arts.84 y176 bis LECO, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección I) de 14 de noviembre de 2014, ECLI: ES:APLU:2014:711 (Id. CENDOJ 27028370012014100399).

³⁴⁹ MAGDALENO, A. *Aspectos procesales de la práctica concursal*. Ed. Bosh Barcelona, 2015, pág. 129.

preceptos exclusivamente a la ejecución en relación a créditos concursales y no así en lo que se refiere a créditos contra la masa.

En cuanto al cauce procesal, el art. 84.4 LECO reconocía la posibilidad de iniciar ejecuciones judiciales o administrativas respecto créditos masa para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abriera la liquidación o transcurriera un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. El TRLC desdobra lo preceptuado ya que por un lado se establece que las acciones relativas al reconocimiento o a la falta de reconocimiento por parte de la administración concursal de los créditos contra la masa, cualquiera que sea el momento en que se hubieran generado, y las de reclamación del pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal³⁵⁰, y estableciendo un artículo específico para las ejecuciones.

A continuación, el art. 248 TRLC determina que tanto las ejecuciones judiciales como las administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa solo podrán iniciarse a partir de la fecha de eficacia del convenio, especificando que la prohibición de iniciar ejecuciones no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones por razón de la falta de pago a su vencimiento del crédito contra la masa. Se simplifica, por tanto, el momento procesal en que se puede individualizar el apremio ya que se fija como único hito la aprobación de convenio, lo que vedaría según afirma GALACHO ABOLAFIO³⁵¹ la ejecución una vez abierta la liquidación, incluso con sentencia incidental de reconocimiento de crédito contra la masa dictada.

Igualmente se confiere las mismas posibilidades para que las administraciones en ejercicio del derecho a su autotutela ejecuten separadamente. Así lo consagra la jurisprudencia en materia de tributos, STS Sala de lo Contencioso, Sección segunda de 04 de noviembre de 2015³⁵²; y cuotas de la Seguridad Social devengadas con posterioridad a la declaración, STS Sala de lo Civil, Sección

³⁵⁰ *Vid.* al respecto art. 247 TRLC. Se aclara que el incidente concursal es el cauce procedente tanto para accionar respecto de la calificación como del reconocimiento, incluyendo además de la calificación y a nuestro juicio clasificación y cuantificación. En este sentido CORDÓN MORENO, *op. cit.* pág. 270.

³⁵¹ GALACHO ABOLAFIO, A. Comentario al art. 248 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020. Tomo II pág. 402. En un sentido semejante, FACHAL NOGUER N, *op cit.* ed. digital.

³⁵² ECLI: ES:TS:2015:4525 (Id. CENDOJ 28079130022015100468).

Primera, de 4 de junio de 2014³⁵³. No obstante el límite para esta ejecución separada de los créditos masa—en especial los públicos—lo encontramos, siguiendo en este punto a DÍAZ REVORIO³⁵⁴, en la compatibilidad exclusiva de ejecuciones al margen del concurso sólo durante la fase de cumplimiento de convenio, quedando fuera por tanto la fase común, la fase de convenio y la fase de liquidación. Esto lo fundamenta el citado autor en la exégesis que hace de la STS de la Sala de lo Civil de 18 de febrero de 2015³⁵⁵ y las resoluciones que dicha resolución recoge.

En cuanto a la prohibición de alzar embargos administrativos, hemos de remitirnos a las matizaciones que impone la jurisprudencia menor, citando al efecto la Sentencia de 3 de febrero de 2015 de la Audiencia provincial de Granada, Sección IV, en la que se razona que acordada por el Juez competente no debe el Registro hacer un control *ex novo* de los requisitos apreciados en resolución judicial, sino verificar que los pronunciamientos extintivos se han hecho pro el órgano competente.

1.5.1.3.- Ejecuciones de créditos garantizados con derechos reales de garantía y otras figuras que la LECO asimila.

El tratamiento doctrinal de la posibilidad de ejecutar separadamente derechos reales de garantía, principalmente hipotecas y ciertas prendas, en el concurso de acreedores ha sido muy limitado, al margen de menciones en manuales generalistas de derecho concursal y comentarios a la LECO. Sí cabe mencionar el artículo de SÁNCHEZ RUS y SÁNCHEZ RUS³⁵⁶ publicado el año 2004 y que exige una revisión dado el tiempo transcurrido y, en especial, dadas las reformas legislativas acaecidas. Coetáneo en el tiempo pero centrado en aspectos registrales encontramos el estudio

³⁵³ ECLI: ES:TS:2014:3151 (Id CENDOJ 28079110012014100377).

³⁵⁴ DÍAZ REVORIO, E *La ejecución contra el concursado de créditos contra la masa*. Ed. Fe d'Erratas. Madrid 2015, págs. 116 y 117.

³⁵⁵ ECLI: ES:TS:2015:970 (Id. CENDOJ 28079110012015100121). Dicha resolución es taxativa: «(...) *El crédito por cuotas de la seguridad social, posteriores a la declaración de concurso, así como sus recargos, en cuanto que créditos contra la masa, son exigibles conforme a lo previsto en el art. 84.3 LECO, pero no pueden justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2º LECO).*» Entiende DÍAZ REVORIO que no obstante se reproduzcan razonamientos contenidos en resoluciones anteriores como las SSTS de la misma Sala de 9 de abril de 2013 y 12 de diciembre de 2014 no puede hablarse de jurisprudencia consolidada en los términos del art. 1 CC hasta la tercera de ellas ya que la de 2013 no resuelve sobre la misma materia, siendo la mención que hace un *obiter dictum*. DÍAZ REVORIO, *op. cit.* pág. 117.

³⁵⁶ SÁNCHEZ RUS, H y SÁNCHEZ RUS, A. «La ejecución de garantías reales en el concurso.» Artículo incluido en el *Anuario de Derecho Concursal* número 3/2004 Ed. Civitas 2004.

hecho por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI³⁵⁷ del que se concluye que es la vertiente registral la que prima por cuanto que predica los efectos de la declaración de concurso a partir de su rango registral que va ligado, no obstante, no a la fecha su anotación o inscripción sino a la de la declaración del concurso. En dicho texto, publicado durante la *vacatio legis* de la LECO, alcanzaba a vislumbrar el referido autor que el texto de la misma un riguroso respeto, en lo que calificaba como casi obsesivo, de la protección de los terceros hipotecarios en relación a la adquisición de bienes objeto de ejecución hipotecaria dentro del concurso³⁵⁸.

Más actualizado resulta sin duda el estudio de CARRASCO PERERA³⁵⁹ al respecto, sin embargo datando la tercera edición de su obra del año 2009 cabe replantear ciertas conclusiones merced a los numerosos cambios legislativos, jurisprudenciales y de doctrina de la DGSJFP. En relación al régimen actualmente vigente, tal vez la mejor referencia que encontramos se encuentra en el artículo de YÁÑEZ EVANGELISTA³⁶⁰ que trata la posición del acreedor real frente al deudor insolvente y que posee ciertamente más un enfoque práctico que dogmático.

Dentro de las características de la hipoteca voluntaria inmobiliaria —característica que comparte con la mayoría de los derechos reales de garantía— se encuentra reipersecutoriedad, encarnación del *ius persecuendi* como facultad restitutoria, privilegiada e inmediata, de la que gozan los titulares de los derechos reales, sobre los bienes objeto de los mismos³⁶¹, que les permite exigir el uso o el disfrute,

³⁵⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*. Ed. Comares, Granada 2004. Dedicó su capítulo IV a créditos preferentes, asientos registrales y proceso concursal (págs. 99 a 148).

³⁵⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, págs. 114 y 115 *op cit*.

³⁵⁹ CARRASCO PERERA, *Los derechos Reales de Garantía en la Ley Concursal*. III Ed. Thomson Reuters. Ciizur Menor, 2009.

³⁶⁰ YÁÑEZ EVANGELISTA, J. «El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante.» Artículo doctrinal publicado en 01/10/2014 en la *Revista Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* y que puede ser consultado en la url <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4363/documento/art02.pdf?id=5571> (última consulta febrero 2021)

³⁶¹ En este sentido BARBER CÁRCAMO nos recuerda que la reipersecutoriedad es predicable de la acción real exclusivamente y no de la personal. Así indica la citada autora que «*La acción personal pretende el cumplimiento de la prestación en que consiste el crédito, y sólo puede exigirse al deudor, con fundamento en la vinculación por este asumida en la obligación. La acción real defiende la integridad (física y jurídica) de la cosa, y como consecuencia de la reipersecutoriedad del derecho, puede ejercitarse frente a cualquiera que la comprometa. Ambas se fundamentan en el derecho subjetivo mismo, y suponen el ejercicio judicial del poder en que aquel consiste.*» BARBER CÁRCAMO, R. «La eficacia de los derechos patrimoniales.» *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008, fascículo. III, pág. 1123.

que el derecho real comporte como carácter jurídico natural propio, cualquiera que fuera el poseedor y allí donde estuvieran los bienes. Esta reipersecutoriedad no se ve anulada pero sí, como veremos atenuadas cuando nos encontramos ante un deudor sometido a las reglas del concurso de acreedores en general, y de la liquidación concursal en particular.

Este derecho a la ejecución separada desde la óptica procesal tiene como consecuencia el facilitar la vía del apremio directo de los bienes que grava sin que deba pasar el acreedor hipotecario por los trámites procesales de traba de bienes mediante embargo, tasación, avalúo con detracción de cargas y pública subasta. A cambio de emplear dicho mecanismo procesal específico³⁶² se somete a los rigores del procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en el Capítulo V del título IV Libro III de la LEC que tiene por rúbrica «*De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*».

Además, y conviviendo con la anterior posibilidad, puede el acreedor hipotecario acudir a la venta extrajudicial de elementos sujetos a hipotecas conforme a los artículos 234 a 236 (letras *a* a *o*) del RH reconocida en el art. 129 de la LH y desarrollada por los citados preceptos reglamentarios en su redacción vigente, de los que se ha hablado prolijamente. Así y como hemos profundizado, pese a que exista jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo —como la SSTS 20 de abril de 1999 y aquellas a la que cita— que entiende ha de tenerse por declarada su nulidad por contravención del 117.3 de la CE, lo cierto es que el Tribunal Constitucional no ha declarado su inconstitucionalidad, viniendo su validez respaldada por la DGSJFP —así expresamente en la Resolución de la DGSJFP 24 de marzo de 2003³⁶³ y en las posteriores en que se hace referencia al mismo— y por el propio legislador que en la reforma operada al texto del 129 LH por la propia LEC deja vigente el mismo, si bien con una redacción adaptada. Las nuevas reformas legislativas dan por hecho su constitucionalidad, dado que no lo han purgado del sistema y sí se han modificado preceptos concretos ampliando el manto de protección a los consumidores. Así el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, establece que la ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, regulada en el artículo 129

³⁶² Mecanismo que no es impuesto, ya que el ejecutante puede optar por solicitar el despacho de ejecución de título extrajudicial del artículo 517.2. 4ª de la LEC, ya que la hipoteca —salvo en algunos supuestos de hipoteca naval— deberá estar constituida en escritura pública.

³⁶³ «B.O.E.» núm. 100 de 26 de abril de 2003.

de la LH y sujeta al procedimiento previsto en los artículos 234 a 236 del RH, se someterá a una serie de normas especiales en aquellos casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor, que elimina la posibilidad de acudir a ulteriores subastas sin tipo y asemejan las cantidades a las previstas en el art. 670 de la LEC en sede de subasta de bienes inmuebles³⁶⁴.

Sin embargo, declarado que hubiera sido un concurso de acreedores la posibilidad de ejecutar separadamente la garantía real constituida se ve trabada desde el punto de vista procesal. Esta traba—que dista bastante de la prohibición general que establece el art. 142 TRLC para cualquier otro acreedor—supone en general excepciones al principio de ejecución separada, que se vieron seriamente afectadas por una serie de reformas acaecidas durante el año 2014³⁶⁵ que han supuesto un punto de inflexión y que han acabado incorporadas al TRLC en un régimen que resulta clarificador en cuanto a su sistemática³⁶⁶.

³⁶⁴ «La realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una única subasta para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, si se presentaran posturas por un importe igual o superior al 70 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta, se entenderá adjudicada la finca a quien presente la mejor postura./ Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por cien del tipo señalado para la subasta, podrá el deudor presentar, en el plazo de diez días, tercero que mejore la postura, ofreciendo cantidad superior al 70 por cien del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante./ Transcurrido el expresado plazo sin que el deudor del bien realice lo previsto en el párrafo anterior, el acreedor podrá pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación./ Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá adjudicada la finca a quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por cien del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos./ Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación y en caso contrario se estará a lo previsto en el artículo 236 n. del RH, según el cual, si quedaren desiertas las subastas celebradas y el acreedor no hiciere uso del derecho de adjudicarse los bienes ejecutados, el notario dará por terminada la ejecución y cerrará y protocolizará el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda.»

³⁶⁵ Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, y el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre de medidas urgentes en materia concursal.

³⁶⁶ En este sentido MUÑOZ PAREDES, A. «Aspectos prácticos del Texto Refundido de la Ley Concursal» *Wolters Kluwer Las Rozas 2020* págs. 47-48. Afirma el citado autor que el refundidor no ha hecho una mera mudanza sino que además de la sistematización ha optado por introducir clarificaciones en cuanto a la inclusión de la previsión de que los efectos de la situación frente las ejecuciones hipotecarias serán predicables del concursado hipotecante no deudor en virtud a lo dispuesto en el art. 151 TRLC; la

I.5.2.- Marco conceptual: la naturaleza de los bienes como presupuesto procesal de la ejecución separada.

Con carácter previo a analizar los diversos supuestos que puedan darse en relación a la ejecución separada en relación a su temporalidad desde la declaración de concurso o con anterioridad al mismo, resulta necesario estudiar los antecedentes en relación a la consideración de los bienes objeto de apremio, en concreto en lo que respecta a su carácter en relación a la actividad del deudor en concurso.

Antes de las reformas propiciadas por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre la posibilidad de ejecutar separadamente o no se encontraba relacionada con la triple clasificación de los bienes integrados en el activo del concursado como bienes necesarios, bienes afectos y bienes no afectos para la actividad del concursado. En este sentido y sin abundar sobre el tema el Auto de fecha 23 de marzo de 2006 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Alicante³⁶⁷ ponía en íntima relación los bienes afectos con aquellos que resultarían inembargables por razón de oficio o profesión según la legislación procesal laboral y civil³⁶⁸; por bien necesario llega la citada resolución al resultado de que será tal aquel que si desaparece, conlleva la extinción de la actividad. Por exclusión el bien que

puntualización en el art. 146 TRLC que incide en la posibilidad de iniciar o continuar ante el órgano judicial o administrativo correspondiente los apremios; la mejora en el régimen de declaración de bienes necesarios que no sólo reafirma que será el juez del concurso el único competente para acordar tal carácter sino que incorpora la construcción jurisprudencial de la falta de cosa juzgada material en la consideración de bien necesario, pudiendo alterarse dicha consideración a no necesario en el art. 147 TRLC; y la posibilidad de que la iniciación de la acción real esté a cargo del titular del derecho real de garantía sea o no acreedor, ex art. 148 TRLC. Sobre estos aspectos se incidirá en este Capítulo de la Tesis.

³⁶⁷ Ponente Ilmo. Sr. D. RAFAEL FUENTES DEVESA. A la fecha de depósito de la Tesis, no obra en la base de datos del CENDOJ.

³⁶⁸ En este sentido cita la referida resolución los artículos 606.2º LEC y 275 del derogado TRLPL. Según estos preceptos son inembargables: *«los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.»* Y *«Cuando los bienes susceptibles de embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el Fondo de Garantía Salarial podrá solicitar la suspensión de la ejecución, por el plazo de treinta días, a fin de valorar la imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora.»*

no pueda ser incardinado en estas categorías será considerado bien no afecto. Autoridad competente para declarar el carácter de bien afecto, necesario o no afecto habrá de ser el Juez del concurso³⁶⁹.

La posibilidad de ejecutar separadamente podía corresponder a los Juzgados de Primera Instancia, para el caso de bienes no afectos que se ejecuten judicialmente; al notario hábil, para aquellos otros bienes no afectos que fueran objeto de venta extrajudicial; o al Juez del concurso, para los demás casos³⁷⁰. La ejecución colectiva será siempre tutelada por el Juez del Concurso en la sección de liquidación del mismo.

La regla general partía de la no limitación en la ejecución respecto de bienes no necesarios o no afectos, y el establecimiento de un límite temporal respecto de la ejecución de estos últimos. En este sentido el art. 56.1 LECO en su dicción vigente antes de 2014 establecía que *«Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o*

³⁶⁹ Establecía el artículo 56.5. LECO que *«A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, 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.»* El art. 147 TRLC resulta más prolijo *«1. La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal, cualquiera que sea la fase en que se encuentre el concurso de acreedores. (2) Las acciones o participaciones de sociedades cuyo objeto real exclusivo fuera la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad, salvo que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas fuera causa de modificación o de resolución de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación de ese activo. (3) La previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias.»*

³⁷⁰ Parte, como se verá con más detalle *infra* esta atribución de competencia a los Juzgados de Primera Instancia de una construcción jurisprudencial, partiendo del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 24 de mayo de 2006, y consagrado por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección XV) de 29 de septiembre de 2010 (ECLI: ES:APB:2010:5121A Id CENDOJ: 08019370152010200075) en el que se resuelve un conflicto negativo a favor de considerar competente al órgano de instancia frente al Mercantil la ejecución sobre bienes hipotecados no afectos el que rompe con la corriente hasta entonces mayoritaria, y seguida en origen por dicha sección. A esta resolución siguieron otras como el Auto de 7 de Diciembre de 2010 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla-León; y el Auto de 18 de Marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección XXVIII). ECLI: ES:APM:2011:3464A (Id CENDOJ 28079370282011200025). Por el contrario existe jurisprudencia que aboga por la exclusividad de los Tribunales que conocen el concurso, así auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de junio de 2015, (Sección VI) ECLI: ES:APMA:2015:16A (Id CENDOJ: 29067370052015200013).

trascorra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.» El límite temporal lo fijaba el art. 57.3 LECO «Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.»

Con base en estos principios y siguiendo la doctrina que recoge la Resolución de la DGSJFP de 20 de febrero de 2012³⁷¹ –siguiendo la estela de otras anteriores³⁷² dictadas antes de la reforma de la LECO operada por la Ley 38/2011— en concreto en el hecho III 3.a) de la misma en el que se hace una, mi juicio, brillante exposición en torno a la situación general sobre la viabilidad de la ejecución de la garantía real, encontramos ocho posibilidades³⁷³ según se encontraran iniciadas o no las ejecuciones, si se encontraban o no suspendidas en su caso, y diferenciando el órgano competente:

i.- Ejecuciones no iniciadas que recaigan sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor. No resulta posible iniciar la ejecución de la garantía 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 fase de liquidación. Las ejecuciones iniciadas en contravención de lo anterior estarían viciadas de nulidad.

ii.- Ejecuciones no iniciadas sobre bienes no afectos a la actividad empresarial del deudor. El sentido es casi unánime la doctrina de la DGSJFP y de la jurisprudencia entendiendo que no resultaba aplicable el general artículo 55 LECO –que impediría la ejecución—sino el artículo 56.1 del mismo texto interpretado *sensu contrario*, que permitiría iniciar la ejecución en cualquier momento, y ello a pesar de la declaración de concurso. En la medida que nunca han debido estar suspendidas estas ejecuciones –salvo el tiempo imprescindible en su caso para que el Juez del concurso se pronuncie respecto de la no afección de los

³⁷¹ B.O.E. núm. 62 de 13 de marzo de 2012.

³⁷² Así resolución de la DGSJFP 28 de noviembre de 2007 (B.O.E. núm. 300 de 14 de diciembre de 2012) y las demás que ésta y la anterior citan.

³⁷³ Seguimos en este punto la formulación y enumeración que realiza CABANAS TREJO en la resolución de la DGSJFP de 20 de febrero de 2010 a la que se ha hecho referencia.

bienes a la actividad—no resulta aplicable la obligación de acumular al concurso una vez abierta la liquidación.

iii.- Ejecuciones iniciadas sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor cuando se declara el concurso. La regla general es que dichas ejecuciones se debían suspender desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento. Estas ejecuciones podrán reanudarse en los términos anteriores, es decir, aprobado el convenio o pasado un año desde la declaración de concurso sin apertura de la liquidación. La Ley 38/2011 eliminó la excepción que permitía continuar la ejecución hipotecaria en el caso de que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien afecto y la ejecución no recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor.

iv.- Ejecuciones iniciadas sobre bienes no afectos a la actividad empresarial del deudor cuando se declara el concurso. No existía regulación específica en la LECO, pero para la DGSJFP³⁷⁴ resultaba aplicable el criterio anterior que posibilita continuar la ejecución sin interrupción alguna salvo la imprescindible para la mera constancia en el procedimiento de que los bienes no están afectos, o no son necesarios.

v.- Ejecuciones que se inician o se reanudan transcurrido el plazo de espera del art. 56 LECO, durante la tramitación del concurso, pero antes de que se haya abierto la fase de liquidación. Presupone que los bienes son afectos o necesarios puesto que en caso contrario no habría procedido suspender por el plazo de espera citado. Podrán tramitarse en pieza separada, y las actuaciones ejecutivas, que corresponden al Juez del concurso, se acomodarán (*sic.*) a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda³⁷⁵. El Juez del concurso deberá decidir, a instancia de parte, sobre la

³⁷⁴ Así cita las Resoluciones de la DGSJFP de fechas, 21 de noviembre de 2000, 20 de mayo de 2002, 6 de junio y 28 de noviembre de 2007, 24 de mayo de 2008, 6 de junio y 2 de octubre de 2009, 17 de febrero de 2010, y 7 de junio 2010.

³⁷⁵ CABANAS TREJO aboga por que la competencia judicial ha de limitarse en estas ejecuciones la competencia judicial ya que no cabe la asunción del trámite por el órgano. Disentimos de esta interpretación puesto que la dicción es clara: se deberá acomodar y continuar por el órgano jurisdiccional. CABANAS TREJO, R. «La incómoda situación de la hipoteca inmobiliaria en el concurso de acreedores,

procedencia de iniciar o continuar la ejecución, y en este segundo caso reclamará el traslado de los autos al Tribunal que vino conociendo de la ejecución hasta la suspensión por razón del concurso. La posterior apertura de la liquidación ya no perturba el procedimiento (artículo 57.2 LECO).

vi.- Acciones ejecutivas que no hubieran sido ejercitadas antes de la declaración de concurso, y que tampoco hayan sido todavía ejercitadas cuando se abre la fase de liquidación, estuvieran o no afectadas por el plazo de espera: es decir, se trate o no de bienes afectos. Pierden el derecho a hacerlo en ejecución separada, y, en consecuencia, se someterán a la liquidación colectiva, según el plan de liquidación, conservando la preferencia que les corresponda como crédito con privilegio especial. Por el contrario el Auto de la Audiencia provincial de Pontevedra (Sección I) de 4 de junio de 2012³⁷⁶ se puede deducir que para aquellos bienes que no resultaren afectos –hoy entenderíamos como necesarios—se podría acordar la ejecución separada ante los órganos de primera instancia, si bien esta tesis es francamente minoritaria³⁷⁷.

comentario a la RDGSJFP de 20 de febrero de 2012.» *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*. Núm. 17, 2012, págs. 169-183.

³⁷⁶ ECLI: ES:APPO:2012:1300A (Id CENDOJ: 36038370012012200056).

³⁷⁷ Se deduce del fundamento jurídico cuarto de la referida resolución, que cita otra de la misma sala de fecha 29 de julio de 2010 «Ciertamente puede decirse que, en lo referente a la realización de garantías reales sobre bienes no afectos ni necesarios para la continuidad de la actividad, se ha sostenido, buscando un equilibrio entre el respecto a la naturaleza del derecho real sobre cosa ajena, y que ello no perturbe el mejor desarrollo del concurso (Exposición de motivos), que el inicio y continuación de las ya iniciadas, no están afectados por la declaración de concurso, pues los arts. 56 y 57 Ley Concursal se refieren únicamente a los bienes afectos o los necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, y por su parte, el art. 55 Ley Concursal excluye de su aplicación a los acreedores con garantía real (apartado cuarto del art. 55 Ley Concursal). La consecuencia aparentemente lógica de lo anterior es que en esos casos el Juez competente para conocer de las realizaciones de garantías reales sobre bienes no afectos ni necesarios, será el Juez competente según las reglas generales. El Juez del concurso únicamente será competente para conocer de las ejecuciones separadas de garantías reales cuando se trate de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. Tanto de la finalidad confesada en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal en que se procura el respeto a la naturaleza del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, así como de los antecedentes legales en que únicamente el derogado art. 918 CCo . establecía un derecho de separación de la prenda, y al que remitían otras leyes, pero que ha sido derogado, junto con los arts. 98 y 568 LEC por la Ley Concursal, por lo que ya no existirían privilegios de ejecución separada, puede concluirse que la nueva regulación establecida en los arts. 56 y 57 Ley Concursal es la que fija a los

vii.- Acciones ejecutivas que hubieran sido ejercitadas antes de la declaración de concurso, pero afectadas por el plazo de espera no hayan sido reanudadas antes de que se abra la fase de liquidación, bien porque la liquidación se haya abierto antes del transcurso de dicho plazo, bien porque el acreedor no ha hecho uso de su derecho a continuar el procedimiento suspendido, cuando pudo haberlo hecho. En ambos casos las actuaciones se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada de la sección quinta en este caso, si bien a instancia de parte.

viii.- Acciones que no hubieran sido afectadas por el plazo de espera, por encontrarse entre los supuestos excluidos del art. 56 LECO, que en cualquier momento se inician o se reanudan, antes de que se haya abierto la fase de liquidación. No existe previsión expresa ya que no se contempla tal posibilidad en el art. 57 LECO, aunque para la DGSJFP parece claro que podrá ejecutarse separadamente, antes de la apertura de la fase de liquidación, según las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

A la vista de estas ocho posibilidades, algunas de las cuales resultaban carentes de previsión expresa en la LECO y que fueron integradas por la aplicación de otros preceptos, interpretadas por la Doctrina de la Dirección General, y complementadas por la jurisprudencia, podemos deducir que la aplicación de la misma por los diversos Tribunales ha sido, cuando menos, heterogénea.

Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que tras la posterior tramitación parlamentaria habría dado lugar a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y con el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre se ve afectado el régimen de la reipersecutoriedad en el concurso de acreedores ya que de las tres categorías antes referenciadas –esto es bienes necesarios, afectos y no afectos—sólo restan dos: bienes necesarios y no necesarios. Esta dicotomía ha resultado incorporada en el TRLC, pasando a categorizar frente a las ocho posibilidades antes

derechos de garantía real un privilegio de ejecución. De la propia Exposición de motivos se deduce el mejor trato que apunta a favor de los créditos con garantía real frente al resto de los derechos de crédito que integran la masa pasiva. Siendo así, y no pudiendo por lo tanto tener peor o incluso igual condición que éstos, no parece que pueda ser de aplicación como regla general, la suspensión y la prohibición de iniciación de ejecuciones del art. 55 Ley Concursal, que además, excluye expresamente de su aplicación lo establecido en la Ley Concursal para los acreedores con garantía real. Por lo tanto los arts. 55.4 y 56 Ley Concursal, contienen una regla implícita, en virtud de la cual la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos, sobre aquellos a los que no se refiere el art. 56 Ley Concursal, queda garantizada y no sometida a paralización o suspensión.»

transcritas dos grandes grupos según las ejecuciones hipotecarias hubieran sido despachadas con anterioridad o con posterioridad al auto de declaración de concurso de acreedores. Dentro de estos dos grupos la incidencia la dará la necesidad o no del bien hipotecado³⁷⁸.

1.5.2.1.- Ejecuciones hipotecarias posteriores al auto de declaración de concurso de acreedores.

En lo que se refiere ejecuciones hipotecarias posteriores al auto de declaración de concurso de acreedores, el art. 146 TRLC al igual que disponía el art. 56.1 LECO somete la ejecución separada a dos factores: el carácter del bien y el momento procesal: *«Los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla.»* La diferencia principal entre el tenor del TRLC y lo que disponía la LECO en su art. 56³⁷⁹ es conferir legitimación activa no sólo a los acreedores sino a cualquier titular de derechos

³⁷⁸ En este sentido, FACHAL NOGUÉS sostiene que el régimen que se contiene en los artículos 145 a 149 TRLSC viene a esclarecer algunas de las incógnitas que provocaba la ausencia de una referencia legal explícita a las ejecuciones de garantías reales que recayesen sobre bienes no necesario”, únicamente matizada con la genérica alusión a los acreedores con garantía real del artículo 55, apartado 4, LECO. El TRLC distingue el régimen de las ejecuciones de garantías reales por razón de la calificación que merezcan los bienes sobre los que recaen –al incluir por vez primera un precepto dedicado a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes no necesarios– y clarifica las pautas que han de observarse una vez que se haya obtenido la resolución del juez del concurso en la que se declare que los bienes o derechos objeto de ejecución son o no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. FACHAL NOGUÉS, N. *op cit.* Comentario... ed. digital.

³⁷⁹ Disponía el citado artículo que *«Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.»*

reales de garantía sean o no acreedores en lo que supone un giro a lo dispuesto por la doctrina³⁸⁰ y la jurisprudencia menor³⁸¹. A nuestro juicio este giro supone algo más que una clarificación puesto que se le da facultades de ejecutar separadamente a quien no sólo no tiene que tener reconocido un crédito privilegiado especial, sino que no tiene incluso por qué estar incluido en la masa pasiva del concurso.

En cuanto al carácter necesario del bien, el TRLC no define qué haya de entenderse por tal. Habiéndose simplificado la triple categoría existente hasta la reforma introducida por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que diferenciaba entre bienes no afectos, afectos y necesarios, en la actualidad el TRLC sólo habla de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Siguiendo en este punto a GONZÁLEZ GARCÍA podemos afirmar que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe integrarse de acuerdo con la actividad del concursado y, por tanto, exige que el concursado tenga actividad³⁸². Igualmente CORDÓN MORENO³⁸³ asevera que el concepto de necesidad, *«por ser contingente y variable, no puede ser determinado en abstracto, sin atender los hechos e incluso las circunstancias del caso concreto individualizado, pues lo que aquello que genéricamente puede ser necesario en cierto supuesto no lo ha de ser para otro.»* Podemos apuntar no obstante que el carácter nuclear de bien necesario es el que confiere la existencia de una actividad productiva concreta por lo que abogaríamos por un concepto flexible partiendo de la consideración de bienes necesarios por actividades, no por deudores. Así bien necesario para una actividad productiva sería aquel incluido en una actividad productiva cuya desaparición supone la falta de viabilidad de dicha actividad.

Es una categoría en extremo casuística en la que dar directrices generales no resulta eficaz, si bien sigue siendo hoy día válida la definición que daba en 2006 el Juzgado de lo Mercantil número uno de Alicante que estableció en Auto de fecha 23 de marzo de 2006 al que se ha hecho referencia *ut*

³⁸⁰ Así SÁNCHEZ RUS y SÁNCHEZ RUS, *op. cit.* pág. 93, CORDÓN MORENO, Comentario al art. 56 LECO *op. cit.*, edición digital y más recientemente GONZÁLEZ GARCÍA, JM Comentario al art. 56 LECO, incluido en *Comentario a la Ley Concursal*. Dir. PULGAR EZQUERRA, J. Wolter Kluwers, Madrid 2016, pág. 744.

³⁸¹ SJM número 1 de Granada 18 de junio de 2014, y aquellas que cita.

³⁸² GONZÁLEZ GARCÍA, *op. cit.* pág. 745.

³⁸³ CORDÓN MORENO, Comentario al art. 55 LC *op. cit.* edición digital.

supra que «no se trata de un concepto o cualidad abstracta sino que se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su propia naturaleza implica o exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial.» En un desarrollo posterior llega a la conclusión de que bien necesario es aquel que si desaparece, conlleva la extinción de la actividad. Posteriormente y en el mismo sentido encontramos el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección XV, de 10 de abril de 2014³⁸⁴ dispone lo siguiente: «Por "bien necesario" habrá que entender aquel que resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar en su actividad, en contraposición a aquel bien o derecho superfluo o prescindible. Habrá que estar al caso concreto, atendiendo, fundamentalmente, no tanto a la naturaleza de los bienes cuanto a las circunstancias que rodean al concursado y, en concreto, si viene ejerciendo su actividad ordinaria y si la viabilidad de la empresa se presenta como probable. Bienes que nadie dudarían que son "necesarios" para la continuidad, como la nave o la maquinaria, no lo serán si la empresa ha cesado completamente su actividad y viceversa, el dinero o los derechos de crédito, que por su naturaleza podría discutirse su carácter de bienes o derechos necesarios, podrán ser tenidos en cuenta a estos efectos si de ellos depende la supervivencia de la empresa.» También en este sentido Auto 88/2016 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección V de 5 de mayo de 2016³⁸⁵ —ya referido a hechos posteriores a la reforma ya que enjuiciaba la alzada de un Auto de fecha 23 de diciembre de 2014.

No obstante y con la desaparición de la categoría —y de la protección— que se daba al bien afecto existe una proliferación jurisprudencial de pronunciamientos en primera instancia extensiva de tal concepto, asemejando mucho a la postre el concepto de bien afecto con bien necesario. Por tanto habrá de estarse a la consolidación de la doctrina jurisprudencial.

Sensu contrario deja claro que no han de considerarse bien necesario para una actividad las acciones o participaciones de sociedades de carácter meramente patrimonial en los términos del art. 147.2 TRLC: «Las acciones o participaciones de sociedades cuyo objeto real exclusivo fuera la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación no se considerarán necesarias

³⁸⁴ ECLI: ES:APB:2014:98A (Id CENDOJ 08019370152014200015).

³⁸⁵ ECLI: ES:APIB:2016:6A (Id CENDOJ 07040370052016200004).

para la continuación de la actividad, salvo que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas fuera causa de modificación o de resolución de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación de ese activo.» Entendemos acertada esta disposición, por cuanto permite al Juez del concurso determinar la incidencia o no en la actividad de elementos productivos que, pese a que no integren de manera directa la masa del concurso, sí lo hagan de forma mediata a través de las participaciones o acciones societarias.

Igualmente y en lo que se refiere a la determinación del carácter necesario del bien, el TRLC aboga por introducir una mención genérica en su art. 52.3 y una específica para las ejecuciones sobre garantías reales en el art. 147.3 TRLC. Acertadamente se introduce una mención en su apartado tercero a que las resoluciones por las que se declaren necesarios o no necesarios los bienes integrantes de la masa activa carecen de efectos de cosa juzgada material³⁸⁶. Queda en el debe, a nuestro juicio, la regulación de un cauce procesal específico.

A nuestro juicio—y sin perjuicio de que será objeto de desarrollo en las Conclusiones de la presente Tesis—la categoría de bien necesario resulta ineficaz para proteger a deudores que, pese a que carezcan de actividad productiva o mercantil, poseen un patrimonio que puede resultar vital, cual es la vivienda familiar, y que entendemos tan susceptibles de protección como los bienes productivos. Igualmente y en lo que se refiere a la falta de cauce procesal específico, proponemos que el mismo debe estar imbuido del principio de audiencia y contradicción pero debe ser eficaz y rápido, por lo que debe huirse del trámite incidental.

Por momento procesal, en la medida que el art. 148.1 TRLC determina que ya que *«Los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, sean o no acreedores concursales, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida en los siguientes casos: (1) Desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos. (2) Desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de*

³⁸⁶ Art. 147.3 TRLC *«La previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias.»*

la liquidación.» Se clarifica a nuestro juicio la somera mención que hacía el art. 56.1 LECO limitando el ejercicio de la acción real del titular de la garantía a la hora de poder iniciar nuevas ejecuciones separadas, quedando supeditada esta posibilidad a que se den cualquiera de las circunstancias: bien que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho a la ejecución separada; bien que trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, sea porque se encuentra aun el concurso en fase común o de convenio. A diferencia de lo dispuesto en la LECO, desaparece en este tenor la distinción entre bienes necesarios y no necesarios, si bien hemos de entender que ya que el art. 146 TRLC permite la ejecución respecto de los bienes no necesarios una vez se incorpore la resolución que lo disponga, la limitación del 148 TRLC se refiere a las ejecuciones sobre bienes necesarios³⁸⁷. Se sigue proponiendo el mantenimiento de manera análoga al estado actual la interdicción de nuevas ejecuciones de garantías reales abierta que hubiera sido la fase de liquidación³⁸⁸.

Así y lo usual es que, salvo que el acreedor hipotecario se haya sometido al convenio —o se haya visto vinculado por el juego de mayorías en acreedores financieros con privilegio especial— aprobado que haya sido el convenio pueda ejecutar separadamente, sin que sea preciso un nuevo pronunciamiento del juez del concurso. En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2016, Sección XXVIII³⁸⁹ en cuyo razonamiento sexto es tajante: *«En consecuencia, el único pronunciamiento que resulta exigible del juez del concurso es el*

³⁸⁷ En este sentido, FACHAL NOGUÉS precisa que el artículo 148 TRLC no se refiere explícitamente a los bienes o derechos necesarios, pero su lectura conjunta y coherente con el artículo 146 TRLC conduce a la conclusión de que los límites al inicio o continuación de las ejecuciones de garantías reales que se establecen en el artículo 148 TRLC proyectan su aplicación sobre aquéllas que recaigan sobre bienes o derechos necesarios. Así, debe tenerse presente que, una vez recabada la resolución del juez del concurso sobre el carácter no necesario de los bienes o derechos objeto de ejecución o realización forzosa, el régimen aplicable será el previsto en el artículo 146 TRLC. FACHAL NOGUÉS, N. *op. cit.* Comentario... ed. digital.

³⁸⁸ Vid. art. 149 TRLC «1. La apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso. / 2. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto.» Introduce una mejora desde el punto de vista procesal acordando que desde que se produzca la acumulación de autos a la liquidación se deja sin efecto la suspensión, por lo que, a nuestro juicio, carece de sentido tramitar una reapertura de autos a los solos efectos de atender el requerimiento de inhibición.

³⁸⁹ ECLI: ES:APM:2016:257A (Id CENDOJ 28079370282016200031).

previsto en el apartado 5 del artículo 56 LC y tal pronunciamiento no lo es, ni el precepto resulta aplicable, una vez se aprueba un convenio que no vincula al acreedor, dado que cesa cualquier efecto de paralización de las ejecuciones de garantías reales.» Por el contrario la DGSJFP no tiene tan clara la no necesidad de otra resolución. Así, y en consonancia con lo anterior, la Resolución de la DGSJFP de 24 de octubre de 2014³⁹⁰ considera que debe denegarse la expedición de la certificación de dominio y cargas en cuanto el inicio o reanudación de las acciones paralizadas por aprobación de convenio se ha de someter a la jurisdicción del Juez del concurso en tanto no conste la conclusión de dicho concurso por alguna de las causas establecidas en los arts. 465 y siguientes TRLC y no se prevé la conclusión del concurso por aprobación del convenio, sino por auto firme que declare el cumplimiento del mismo (art. 467 TRLC).

El segundo de los límites lo da el transcurso de un año sin que se haya producido la apertura de la fase de liquidación, que producirá una extinción de la actividad –salvo ciertas excepciones en lo que pueda referirse a enajenación de unidades productivas en las que puede llegar a haber cierta protección residual a la misma—y producirá la prohibición de nuevas ejecuciones hipotecarias por imperativo del art. 149.1 TRLC *«La apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso »*

Implícito en el límite anterior y haciendo una interpretación lógica del precepto transcrito resulta que –abierta la fase de convenio—no se debe esperar a la aprobación del mismo para ejecutar separadamente, sino que basta con el transcurso del año sin que se haya abierto liquidación sea esta como consecuencia de un rechazo del convenio o de una inadmisión de plano del mismo.

³⁹⁰ B.O.E. núm. 291 de 2 de diciembre de 2014. Se refiere a varios aspectos, siendo el relevante al objeto de estudio de la Tesis la denegación de constancia registral de una hipoteca verificada con objeto de un acuerdo de refinanciación homologado.

1.5.2.2.- Ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso.

Herederos del art. 56.2 LECO³⁹¹, los arts. 145, 146 y 148 TRLC especifican el régimen que ha de tener la reanudación de las ejecuciones de garantías reales ya iniciadas, así como las pendientes de iniciar de las que se ha hablado en el subapartado anterior, según los bienes sean o no necesarios para la actividad. La redacción ha clarificado, a nuestro juicio los momentos procesales pero sigue sin despejar las dudas en relación a las reglas de competencia objetiva para ejecutar como se verá a continuación.

Obsérvese que la literalidad del art. 56.2 LECO incorporada en la redacción del vigente art. 146 TRLC impediría la continuación de ejecuciones hipotecarias suspendidas respecto de bienes declarados necesarios por el juez del concurso hasta tanto no se abriera liquidación concursal y se acordara la acumulación de los procesos como pieza separada de la sección quinta. En este sentido y siguiendo a YÁÑEZ EVANGELISTA³⁹² «*una lectura literal de ese apartado podría llevar a la conclusión de considerar que, mientras que en las ejecuciones iniciadas tras la declaración de concurso la posibilidad de paralización está sujeta a los límites materiales y temporales antes expuestos, en el caso de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso la paralización se mantiene hasta la apertura de la liquidación; pero mientras que no se llegue a la fase liquidatoria, la ejecución no puede continuar, salvo que el juez del concurso deje de considerar los bienes como necesarios para la continuación de la actividad. Dicho de otra forma, mientras no se declare el bien no necesario para la continuidad de la actividad empresarial, no es posible alzar la suspensión del procedimiento.*» Concluye posteriormente el citado autor en el sentido —que hacemos nuestro— que una interpretación lógica del precepto sería atribuir los límites temporales antes aludidos del art. 56.1 LECO, en especial el límite del año sin que se hubiera

³⁹¹ Según el cual «*Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán, si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, 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. Sólo se alzarán 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 son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.*»

³⁹² YÁÑEZ EVANGELISTA *op.cit.*

aprobado convenio que lo afectare ni abierta la liquidación³⁹³. En este sentido, GONZÁLEZ GARCÍA zanja la cuestión aseverando que *dies a quem* debe ser el transcurso de un año desde la declaración del concurso si no se aprobó en ese lapso el convenio—añadimos que salvo que resulte afectado el crédito—ni se abrió a fase de liquidación³⁹⁴.

Frente a esta redacción el art. 148 TRLC determina que los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, sean o no acreedores concursales, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida en bien desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos, bien desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación. En este sentido AZOFRA VEGAS³⁹⁵ destaca que las dos grandes mejoras del TRLC respecto de la normativa precedente son la mención expresa al carácter o no de acreedores de los titulares de derechos reales de garantía y la posible vinculación del plazo de espera a la ejecución respecto de cualquier bien, no solo los bienes necesarios en virtud a la introducción de la expresión *cualesquiera bienes o derechos* en el citado artículo.

En cualquier caso se han de tener en cuenta una serie de generalidades aplicables tanto si se trata de nuevas ejecuciones como si se trata de ejecuciones que se encontraban suspendidas y que se reanudan declarado que hubiera sido el concurso.

³⁹³ «Frente a ello cabe postular una interpretación sistemática del artículo 56 LC, conforme a la cual los límites temporales y materiales de la paralización de las ejecuciones hipotecarias rigen en todo caso, con independencia del momento en que se inicie la ejecución, pues dichos límites son expresión de la ponderación que el legislador ha realizado sobre el alcance del sacrificio que ha de imponerse a los acreedores hipotecarios en el ejercicio de sus derechos. Necesariamente, han de regir para todo acreedor hipotecario, con independencia del momento de inicio de la ejecución. La utilización que en el artículo 56.2 LC se hace del adverbio «sólo», no es a los efectos de individualizar el único supuesto en el que continúa la ejecución hipotecaria, sino para plasmar el cambio de criterio del legislador, que pasa de una regla general, en la que la consideración de bien afecto a la actividad empresarial requería resolución del juez del concurso a la solución contraria, por tanto, la regla general es la suspensión de la ejecución mientras no exista una declaración expresa por parte del juez competente. » YÁÑEZ EVANGELISTA, J. *op.cit.*

³⁹⁴ GONZÁLEZ GARCÍA *op. cit.* pág. 749.

³⁹⁵ AZOFRA VEGAS, F. Comentario a los arts. 145 a 149 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020, Tomo I, pág. 968.

El art. 430.2 TRLC permite a la AC –que no al concursado—la posibilidad de rehabilitar el crédito en tanto se encuentren paralizadas las ejecuciones de garantías reales anteriores o concomitantes al concurso mediante la satisfacción contra la masa la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumiendo la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores.³⁹⁶

Igualmente y conforme establece el art. 151 TRLC³⁹⁷ la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta. En estos supuestos y a salvo de otras eventuales declaraciones de concurso o situaciones preconcursales se podrán iniciar y proseguir ejecuciones hipotecarias.

Sin perjuicio de lo que se dirá para situaciones preconcursales y por aplicación del art. 147 TRLC que clarifica lo expuesto en el art. 56.5 LECO, corresponderá al Juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin que pueda ser otra autoridad la que lo decida, sea judicial o no³⁹⁸. Este inciso fue incorporado al texto de la LECO a través de la reforma operada por la Ley 39/2011 que consagra una nutrida jurisprudencia que tenía como piedra angular la Sentencia de fecha 22/12/2006 del Tribunal de conflictos jurisdiccionales, en lo sucesivo TCJ. Igualmente se ha realizado una mención expresa de carácter general en el art. 52.3 TRLC dentro de la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso.

³⁹⁶ «(...) En tanto se encuentren paralizadas las ejecuciones de garantías reales y el ejercicio de acciones de recuperación asimiladas o subsista la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.»

³⁹⁷ En este sentido y en especial respecto de la delimitación de las figuras del tercer poseedor y del fiador real dentro de los supuestos concursales vid. AZOFRA VEGAS *op.cit.* Tomo I, págs. 988 a 994.

³⁹⁸ En este sentido GONZÁLEZ GARCÍA *op cit.* pág. 745.

Conforme al art. 148.2 TRLC³⁹⁹ tanto la incoación de ejecuciones hipotecarias nuevas como su continuación se seguirá conforme a las normas propias de éstas pero sometida a la jurisdicción del Juez del concurso. Exige por tanto un pronunciamiento declarativo del juez del concurso consistente en declarar procedente la ejecución —en nuevas ejecuciones será la orden general de ejecución, en las que deban reanudarse entendemos debe bastar una resolución interlocutoria—y acomodar los trámites, hecho que en lo que se refiere a ejecuciones iniciadas en sede judicial⁴⁰⁰ no supone otra cosa que reconocer como parte a la AC, y estar a las especialidades de los créditos reconocidos y del concepto deuda originaria que será objeto de tratamiento en el capítulo II de la Tesis en cuanto fuera aplicable para la adjudicación de bienes, adjudicación que puede realizarse fuera del concurso como hemos visto, pero que se ve sometida a las reglas de pago del mismo.

Abierta liquidación y según dispone el art. 149 TRLC se produce la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso. Igualmente se dispone que las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada, precisándose que desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto⁴⁰¹. A

³⁹⁹ «La demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o de la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.»

⁴⁰⁰ Lo que no hacía la LECO ni hace el TRLC es determinar cómo se acomodan los trámites en caso de reanudación de las ventas extrajudiciales ante Notario que se encontraran suspendidas. Implícitamente reconoce la sección XXVIII de la Audiencia provincial de Madrid la posibilidad de dar validez a lo actuado extrajudicialmente, como puede apreciarse en la Sentencia de 12 de septiembre de 2014 ECLI: ES:APM:2014:16553 (Id CENDOJ 28079370282014100267) pero entendemos que homogeneizada la subasta notarial y la judicial como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 15/2015 no debería existir mayor problema.

⁴⁰¹ FACHAL NOGUÉS señala acertadamente que la norma equivalente del TRLC resulta coincidente, aunque se omite en ella una precisión que sí existía en el artículo 57 LC y que servía para modular acertadamente la vis atractiva del juez del concurso: aquel precepto ceñía la competencia de aquel a las ejecuciones de garantías reales que se iniciasen o se reanudasen durante la tramitación del concurso, mientras que el artículo 148, apartado 2, TRLC no incorpora esta aclaración, sino que en términos generales indica que la demanda de ejecución o la solicitud de reanudación se presentará ante el juez del concurso, quien *acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal*. FACHAL NOGUER, N. *op cit*. Comentario... ed. digital. Hecha esta afirmación entendemos que la duda estriba no en la competencia

diferencia de la reanudación que se haya de acordar en fase común, y a nuestro juicio, no se trata de una facultad que deba ser sometida a decisión del Juez del concurso y bastará diligencia de ordenación del letrado de la administración de justicia que conozca del concurso para dar a los autos el trámite previsto por este artículo.

Por último el art. 148.3 TRLC nos recuerda que iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso. No deja de ser una nueva llamada de atención a los operadores jurídicos en el sentido de considerar que, en lo que a procedimientos hipotecarios se refiere, el concurso de acreedores no deja de ser más que un proceso, universal y con muchas especialidades, pero un proceso al que se le ha de aplicar el artículo 698.1 LEC en sede de ejecución hipotecaria ya que cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria.

A este respecto resulta muy clarificadora la Resolución de la DGSJFP de fecha 10 de enero de 2017⁴⁰² que suple la antes mencionada Resolución de 20 de febrero de 2012. En esta se sistematiza el régimen legal vigente sobre las ejecuciones de garantías reales tras la declaración de concurso del titular del bien o del derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía extrayendo los principios particulares contenidos por un conjunto de reglas especiales (concretamente los artículos 56, 57 y 155 de la LECO), que, tras sucesivas reformas legislativas (en especial las operadas por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y Ley 9/2015, de 25 de mayo), con las matizaciones introducidas por una muy rica jurisprudencia menor, pueden sintetizarse en cinco reglas:

La primera de esas reglas es aquella según la cual, desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos.

objetiva sino, en todo caso, en la sección respecto de la cual se alcanzará a tramitar en pieza separada pero dentro del concurso la correspondiente ejecución.

⁴⁰² «B.O.E.» núm. 26 de 31 de enero.

La segunda, aquella según la cual, desde la declaración de concurso, las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedaran suspendidas, si no lo hubiesen sido ya como consecuencia de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta.

La tercera regla se refiere a que los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendido el testimonio de la resolución del Juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el que era originariamente competente para tramitarla. La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal. Naturalmente, la previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias.

La cuarta regla se refiere al fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes. Según esta regla, los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada; o desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación.

Por último, la quinta regla, tiene como objeto determinar los efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales: la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la

garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto.

Por último hemos de mencionar la Resolución de la DGSJFP de 9 de octubre de 2020⁴⁰³ clarifica a la antes citada en lo que se refiere a la pérdida del derecho de ejecución separada una vez se produce la apertura de la fase de liquidación concursal. Así indica el centro directivo —haciendo ya referencia al TRLC— que *«La pérdida del derecho de ejecución separada en caso de apertura de la fase de liquidación se extiende a todas las acciones reales no ejercitadas, afecten o no a bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la sociedad deudora. Es indiferente el carácter del bien o del derecho: lo que tiene trascendencia para el ejercicio de la acción antes de ese concreto momento procesal (artículo 56.1, párrafo primero, de la Ley Concursal; actuales 145.1, 147.2 y 148) carece de ella cuando se ha iniciado la fase final de concurso de acreedores. La apertura de la fase de liquidación de la masa activa unifica el tratamiento de unos y otros bienes. Es indiferente que esa fase se haya iniciado inmediatamente después de la fase común o inmediatamente después de la fase de convenio, o, incluso, en el propio auto de declaración de concurso o durante la fase común; y es indiferente que esa fase se haya abierto a solicitud del deudor, del acreedor o del administrador concursal o se haya abierto de oficio. Lo único que toma en consideración la Ley es el hecho mismo de la apertura de la fase, cualquiera que sea el momento en que se produzca durante la tramitación del procedimiento concursal.»* Esta conclusión que de la legislación derogada extrae la DGSJFP es igualmente aplicable al tenor literal del TRLC. FACHAL NOGUÉS afirma que es indiferente el carácter del bien o derecho, pues lo que sería relevante para el ejercicio de la acción antes de la apertura de la liquidación concursal deviene intrascendente en esta fase final del concurso de

⁴⁰³ «B.O.E.» núm. 280, de 23 de octubre de 2020.

acreedores. En suma—concluye la citada autora—con la liquidación concursal, se unifica el tratamiento de los bienes necesarios y no necesarios que forman parte de la masa activa⁴⁰⁴.

Igualmente es de interés la citada Resolución por cuanto deslinda el privilegio procesal de ejecutar separadamente de los privilegios concursales que afectan a la naturaleza de los créditos: *«El acreedor no pierde el privilegio sustantivo: seguirá siendo acreedor con privilegio especial (artículo 90.1. 1.º de la Ley Concursal; actual 270.1.º del texto refundido), pero pierde el privilegio procesal. Los acreedores hipotecarios y pignoratícios tendrán que esperar, para obtener satisfacción, a que el bien sobre el que recae el derecho real de garantía se enajene conforme a las reglas imperativas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación de esta clase de bienes (artículos 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal; actuales 421, 214 y 209 y siguientes) a las que necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación. Se ha dicho que el sistema legal vigente privilegia al «ejecutante madrugador», esto es, aquel que hubiera iniciado la ejecución antes de la declaración de concurso o inmediatamente después de que transcurriera un año a contar desde esa declaración sin que hubiera tenido lugar la apertura de la fase de liquidación. Pero la coherencia del sistema es absoluta. El complejo régimen de liquidación de la masa activa durante la fase específicamente destinada a esa finalidad exige necesariamente que, en un procedimiento de carácter universal como es el concurso de acreedores, no existan más excepciones procesales que las indispensables. No obstante, los acreedores hipotecarios y pignoratícios siguen gozando de una situación particular. No sólo obtendrán satisfacción de los créditos garantizados con el valor de realización de los bienes gravados, como consecuencia de la afección real propia de estos derechos de garantía (artículo 155.5 de la Ley Concursal; actual 430.3), sino que tienen, además, cierta posición de control en la realización de los bienes (artículo 155.4, párrafo segundo, actual 210.3; Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, de 3 de junio de 2015).»*

⁴⁰⁴ Se superan así tesis discrepantes que abogaban por aplicar esta limitación sólo a las ejecuciones hipotecarias sobre bienes necesarios entendiéndose que podían ejecutarse los bienes necesarios de forma separada una vez abierta la liquidación. El fundamento de esta tesis minoritaria era que la prohibición era claudicante respecto de la declaración de no necesidad de los bienes. No obstante esto lleva a la dispersión procesal de los procedimientos de apremio que aunque el legislador tolera supone una pérdida de control respecto del patrimonio del deudor que debe ser—a mi juicio—de interpretación restrictiva. A ese respecto vid. FACHAL NOGUÉS, N. *op cit.* Comentario... ed digital.

En lo que respecta a la incidencia de la apertura de la liquidación respecto de las ejecuciones hipotecarias suspendidas por la situación concursal establece la Dirección General que *«Debe concluirse, por tanto, que el último inciso del artículo 57.3 de la Ley Concursal (actual art. 149.2 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) no es aplicable a la reanudación de la ejecución de las garantías reales cuando se trate de bienes innecesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado, de modo que únicamente en caso de que fueren necesarios, abierta la fase de liquidación «las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada. En el presente caso, el juez del concurso declaró que las fincas hipotecadas no eran necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada. Por ello, no puede confirmarse el criterio de la registradora.»* Por tanto tratándose de bienes no necesarios proseguirá el juzgado ante el cual se inició la tramitación –y ello a nuestro juicio aun en supuestos en que los autos estén suspendidos a los meros efectos de determinar el carácter necesario del bien siempre que este resulte no necesario. Por el contrario y en lo que se refiere a bienes necesarios, la ejecución habrá estado suspendida y deberá acumularse a la liquidación como pieza separada y por sus normas propias.

Guarda silencio la DGSJFP tanto en las reglas transcritas, como en la doctrina anterior, como en la última citada, en relación a la asunción de la competencia objetiva para la iniciación de las ejecuciones hipotecarias inmobiliarias sobre bienes no necesarios para la actividad del concursado, circunstancia en la que la jurisprudencia no es unánime ya que hay tesis que abogan bien por la asunción de competencia objetiva por parte de los Juzgados de Primera Instancia conforme a las reglas generales de la ejecución y conforme al *forum rei sitae* y otras que abogan por la prosecución de las mismas ante el Tribunal que conoce del concurso de acreedores, dado el carácter universal del concurso.

En primer lugar y como hemos visto *ut supra*, encontramos una tesis mayoritaria consagrada por el Auto de la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre de 2010⁴⁰⁵ en el que se resuelve un conflicto negativo a favor de considerar competente al órgano de instancia frente al mercantil para la ejecución sobre bienes hipotecados no afectos—mención que hemos de

⁴⁰⁵ ECLI: ES:APB:2010:5121A (Id CENDOJ: 08019370152010200075)

hacer alusiva a los no necesarios—en que rompe con la corriente hasta entonces mayoritaria, y seguida en origen por dicha sección⁴⁰⁶. A esta resolución siguieron otras como el Auto de 7 de diciembre de 2010 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla-León; y el Auto de 18 de Marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XXVIII⁴⁰⁷, que aboga por una interpretación extensiva del entonces vigente art. 56.2 LECO—hoy 146 TRLC—y en su consecuencia confiere competencia objetiva para iniciar ejecuciones hipotecarias sobre bienes declarados no necesarios para la actividad a los Juzgados de primera instancia previa declaración por parte del Juez del concurso de la no necesidad como requisito de procedibilidad⁴⁰⁸.

En segundo lugar, una tesis minoritaria que interpretaba restrictivamente el art. 56.2 LECO reservando la competencia al Tribunal que conoce del concurso. En este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de junio de 2015⁴⁰⁹ resulta de bastante claridad, al sostener

⁴⁰⁶ Así Auto de 28 de junio de 2007 de la referida sección con voto discrepante del Excmo. Sr. SANCHO GARGALLO. Vid. GONZÁLEZ GARCÍA Comentario al art. 57 de la LECO de *op cit.* pág. 755 y ss.

⁴⁰⁷ ECLI: ES:APM:2011:3464A (Id CENDOJ 28079370282011200025).

⁴⁰⁸ En este sentido vid. AZOFRA VEGAS, *op cit.* Tomo I págs. 969 a 971.

⁴⁰⁹ ECLI: ES:APMA:2015:16A (Id CENDOJ 29067370052015200013.) Igualmente el razonamiento segundo de la citada resolución es enriquecedor en cuanto hace un tratamiento exhaustivo del principio de universalidad en el concurso de acreedores: «De acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.ter.1.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: () Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, que introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial el precepto antes citado, justifica esta previsión normativa del siguiente modo: "El carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo 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". Uno de los principios del proceso concursal regulado en la Ley Concursal es el de la universalidad del concurso, tanto en cuanto a la masa activa, es decir, que la declaración de concurso produce una afectación de todos los bienes y derechos de contenido patrimonial de deudor, tanto los presentes como los futuros, que constituyen la masa activa del concurso (art. 76.1 de la Ley Concursal), como a la masa pasiva, esto es, que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49 de la Ley Concursal). Este principio de universalidad no es absoluto. El propio art. 76, en los siguientes apartados, prevé algunas excepciones, y el art. 49 contiene un inciso final en tal sentido, al afirmar que esa integración de todos los acreedores en la masa pasiva del concurso se producirá "sin más excepciones que las establecidas en las leyes". Por tanto, excepcionalmente, determinados acreedores pueden ejecutar sus créditos contra determinados bienes del concursado separadamente al proceso concursal, como es el caso, por ejemplo, de lo previsto en el art. 76.3 de la Ley Concursal y de algunos de los supuestos previstos en los arts. 55 y 56 de la Ley Concursal. El principio de universalidad del procedimiento concursal determina

en su razonamiento tercero que «*Lo que resulta de mayor trascendencia en el caso que nos ocupa, toda vez que la ejecución hipotecaria se inicia después de la declaración del concurso, pues si se trata de ejecuciones hipotecarias que se promuevan con posterioridad a que se dicte el auto de declaración del concurso, será competente para conocer de las mismas, y para decidir si procede su inicio o han de quedar en suspenso en los términos antes indicados, el propio juez del concurso.*» Cita a su vez jurisprudencia más antigua de la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto de la que la antes citada resolución de 29 de septiembre de 2010 se aparta⁴¹⁰.

I.5.3.- Derecho a la ejecución separada en situaciones preconcursales.

Por último, y dado que adoptan mecanismos novedosos y que pueden ser extrapolables a nuestro juicio al concurso de acreedores, resulta crucial abordar la incidencia que las situaciones preconcursales puedan tener respecto de la ejecución separada. Centrándonos en las instituciones preconcursales reguladas en el Título primero del Libro segundo del TRLC⁴¹¹, esto es la

la unidad del órgano judicial competente y la universalidad de su jurisdicción previstas en el art. 86.ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , evitando, según ha entendido la mejor doctrina, uno de 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 el 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 ° a 6° del art. 86 .ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Los principios antes expuestos justifican que la intervención del juez del concurso sea importante también en aquellas cuestiones que suponen una excepción o restricción del citado principio de universalidad, como son los supuestos de reducción de la masa activa. La reducción de la masa activa del concurso, respecto de la que como dijimos el art. 76.1 de la Ley Concursal establece un principio general de universalidad, puede producirse por varias razones y, entre ellas, porque determinados bienes del concursado estén afectos con carácter preferente a la satisfacción de ciertos créditos que gozan del derecho de ejecución separada al margen del concurso, cuestión regulada en los art. 55 , 56 y 76.3 de la Ley Concursal.»

⁴¹⁰ Así en su Razonamiento Jurídico Tercero: «*Sobre esta cuestión, tratándose de bienes no afectos a la actividad empresarial del deudor concursado, nos hemos pronunciado en Auto de 28 de junio de 2007 (Rollo 682/2006) atribuyendo la competencia objetiva para conocer de la ejecución de la garantía real, al margen del proceso concursal, al juez del concurso. La naturaleza controvertida de esta cuestión, originada por la conjunta interpretación de los arts. 8.3 °, 55 , 56 y 57 LC , sin olvidar el art. 86 ter LOPJ , quedaba patente en aquella resolución, pues incorporaba un voto discrepante del Sr. Magistrado Presidente de la Sala. El planteamiento ahora de la misma cuestión ante la Sala, que ha padecido cambios subjetivos, nos obliga a reconsiderar o revisar nuestro criterio y lo hacemos en sentido de modificarlo, acogiendo la tesis que en su día fue minoritaria. Por virtud de este cambio de criterio estimamos que la competencia objetiva debe atribuirse al Juzgado de Primera Instancia, en atención a los argumentos que fundamentaba, en aquella otra resolución, el voto particular, y que reproducimos seguidamente.*»

⁴¹¹ En cuyos doce artículos, siguiendo a ELÍAS MONDEJA se ordena lo recogido en los antiguos arts. 5 bis, partes del art. 235, 242 bis y 15 LECO. Sin embargo y como indica el citado autor hay supuestos concretos

comunicación de la apertura de negociaciones, el sometimiento a acuerdos extrajudiciales de pago y la homologación de acuerdos vemos que incluso antes del concurso –o en lugar del concurso— pueden interrumpir ciertas ejecuciones hipotecarias, aunque a diferencia de las ejecuciones sin respaldo de garantía real sí podrán ser admitidas.

Así, el art. 588 TRLC impone un criterio general consistente en la interdicción de nuevas ejecuciones sobre bienes la totalidad del patrimonio del deudor en supuestos de intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, y limitada a los bienes necesarios cuando se trate de obtener adhesiones para una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación⁴¹². Este criterio general se predica por un término de tres meses⁴¹³ que se reduce a dos en supuestos de persona natural no empresario⁴¹⁴. Igualmente el art. 589 TRLC da competencia al juez que conozca de las ejecuciones en trámite dentro del ámbito del art. 588 TRLC para suspender las mismas.

en los que en un solo artículo como es el caso del art. 591 del TRLC referido a ejecuciones de garantías reales) se refunden apartados del art. 5bis, del art. 235 y del art. 242 bis de la LECO. ELÍAS MONDEJA, *op. cit.* pág. 24.

⁴¹² «1. Hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de presentación de la comunicación de la apertura de negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor./ 2. Hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de presentación de la comunicación de la apertura de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales en las que soliciten el embargo de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor./ 3. El plazo será de dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario.»

⁴¹³ Tres meses de fecha a fecha –sin excluir el mes de agosto salvo habilitación legal o procesal del mismo más que si el plazo vence dentro del mismo, en cuyo caso se prorrogará el *dies ad quem* al siguiente hábil—y a partir del vencimiento un mes –también de fecha a fecha—en el que sigue vigente la limitación temporal.

⁴¹⁴ Respecto de los términos de tres y dos meses estos se encuentran armonizados con el término para solicitar la declaración de concurso a que se refiere el art. 595 TRLC que salvaguarda frente a concursos instados por terceros, si bien en atención a la normativa aprobada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, en concreto su art. 6.3 que establece que si hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones no tendrá el deber de solicitar el concurso hasta que transcurran seis meses desde la comunicación, estos términos se encuentran desacompañados por lo que puede darse el caso de que sea viable una ejecución frente al patrimonio del deudor en situación preconcursal pero no le sea exigible solicitar la declaración de concurso, lo que puede conllevar la precipitación del concurso. En nuestra opinión el legislador debió hacer extensible este término ampliado al de la interdicción de las nuevas ejecuciones ya que la probabilidad de éstas es muy superior a la de la solicitud y eventual declaración de concurso necesario y pueden lastrar la recuperación de la deudora de manera evidente.

Adicionalmente el art. 590 TRLC establece que podrán iniciarse y, si se hubieran iniciado, se suspenderán las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros⁴¹⁵ sobre cualesquiera otros bienes o derechos integrados en el patrimonio del deudor si se acreditara documentalmente que, al menos, el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero total ha apoyado expresamente la apertura de las negociaciones para la suscripción del acuerdo de refinanciación, con compromiso expreso a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto tengan lugar las negociaciones.

No obstante el art. 591 TRLC determina que a pesar de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación, los acreedores con garantía real pueden iniciar ejecuciones sobre los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía.

Se precisa que si la garantía recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de presentación de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación.

Ha de ponerse de manifiesto que, siguiendo a SANJUAN Y MUÑOZ, y en lo que respecta a supuestos hipotecarios sometidos al RD Ley 5/2005, en concreto a los expresados en el Capítulo II del Título I y referidos a compensación contractual y a las garantías de carácter financiero que traspone en aplicación de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002 quedarían afectados por los acuerdos homologados, y ello pese a que quedarán incólumes frente a situaciones concursales⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Sobre el concepto de pasivo financiero nos remitimos al capítulo II de la presente Tesis.

⁴¹⁶ SANJUÁN Y MUÑOZ, E *Valoración económica de las garantías reales en supuestos preconcursales y su protección ante el concurso de acreedores*. Ed. Fe d'Erratas. Madrid, 2017, págs. 42 y 43.

Cuando el objeto de la comunicación preconcursal fuera alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, se indica en el art. 591.2 TRLC que los acreedores con garantía real⁴¹⁷ podrán iniciar ejecuciones sobre los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía. En especial queremos poner de manifiesto que en esta ocasión el legislador ha equiparado el régimen de los bienes necesarios para la actividad del deudor y la vivienda habitual del deudor persona natural al indicar que, en cualquiera de estos casos e iniciado que hubiera sido el procedimiento, la ejecución sobre esos bienes o derechos se suspenderá por el juez que estuviere conociendo de las mismas hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores o dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario. Este régimen, que a nuestro juicio hubiera sido deseable que gozara de un equivalente en situaciones concursales supone en la práctica una salvaguarda para los derechos de los deudores personas naturales que puede posibilitar que la vivienda habitual no resulte extraída del patrimonio en situaciones de iliquidez salvable. Igualmente el citado artículo concluye en su tercer apartado indicando que practicada en los registros públicos de bienes y derechos⁴¹⁸ la anotación de la apertura de negociaciones con los acreedores, no podrán anotarse respecto de los bienes y derechos del deudor embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal. Cuando se trata de sometimiento a acuerdos extrajudiciales de pagos respecto de personas físicas no empresarios se ha de tener por la entidad financiera presente que el mismo, caso de no prosperar, va a conllevar a apertura del concurso consecutivo y simultánea liquidación concursal, por lo que la posibilidad de ejecutar separadamente va a quedar cercenada.

El concepto de bien necesario es el mismo que el que se ha visto anteriormente en relación al concurso de acreedores, pero a diferencia de lo previsto para obtener este pronunciamiento declarativo en el concurso se regula un cauce específico⁴¹⁹. En primer lugar, en cuanto a la

⁴¹⁷ *Sensu contrario* y a nuestro juicio no podrán iniciar la ejecución los titulares de garantías reales que no sean acreedores del deudor, como ampara en la actualidad el art.146 TRLC en sede de concurso de acreedores.

⁴¹⁸ Sin embargo el art. 585 TRLC limita la publicidad al registro público concursal, por lo que hemos de entender que pese a no tratarse *strictu sensu* de un registro de bienes o derechos la misma protección ha de darse que una eventual y no preceptiva publicidad en el registro de la propiedad o bienes muebles.

⁴¹⁹ Al contrario que en relación al régimen que estableció inicialmente la reforma del art. 5 bis LECO operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo que propició que fuera en extremo casuístico el régimen ya que, siguiendo a GURREA MARTÍNEZ, L encontramos por un lado el Auto de 16 de junio de 2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, que afirma taxativamente que «es la propia comunicación y la

autoridad competente para declarar bien necesario en un primer momento no será el Juez del concurso –no olvidemos que no hay en dicho momento concurso alguno—sino el Letrado de la administración de justicia bajo cuya autoridad se haya presentado el instituto preconcursal y a mera manifestación del deudor. Así el art. 585.2 TRLC dispone que en el decreto que deja constancia de la comunicación del instituto preconcursal se harán constar las ejecuciones que se encuentran en curso sobre bienes o derechos que, según la solicitud, fuesen necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor⁴²⁰. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien o del derecho se establece que quien ostente interés legítimo podrá interponer recurso de revisión. Declarado un bien necesario para la actividad –lo que parte de la premisa de que existe tal actividad, caso de que no existiera podríamos estar hablando de abuso de derecho—la eventual función de control corresponde por vía de recurso ante el Juez que resultaría competente para el correspondiente concurso de acreedores.

El recurso habrá de ser el de revisión al que se refiere el art. 454 *bis* de la LEC, con sus requisitos procesales. Lo que nos lleva a la dificultad práctica de cómputo de plazos. Así entendemos que el *dies a quo* para interponer el recurso de revisión en aquella generalidad de supuestos en los que el acreedor u otro legitimado no sea parte en el precurso, será el siguiente día hábil a la

declaración del comunicante (deudor) de que dichos bienes son necesarios los que producen los efectos señalados en el corto plazo que se determina, sin necesidad de entrar a valorar más al no establecerse un precepto que en tal sentido lo señale». Y en sentido contrario, se posiciona el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, en Auto de 25 de abril de 2014, que declara la incompetencia objetiva del juzgado mercantil para conocer del carácter necesario o no del bien, correspondiendo al juez de primera instancia que estuviera conociendo la ejecución. Esta decisión se fundamentaba en la resolución en los siguientes términos: «*al no haber concurso abierto, no contar con el título ejecutivo para valorar el carácter necesario del bien, no estar personado el ejecutante en este incidente, y que la nueva redacción del art. 568 LEC parece atribuirle al Juez de Instancia cuando dispone que no despachará ejecución cuando el demandado esté en situación de concurso o haya efectuado la comunicación del art. 5 bis de la LC respecto a los bienes necesarios para su actividad*». No obstante, este auto fue revocado por la Audiencia Provincial de Jaén (Auto nº 172/2014, de 26 de junio), al entender la Sala que ya que el Juzgado Mercantil es el competente para tramitar el expediente de comunicación, también debe serlo para determinar la necesidad o no del bien para la actividad del deudor. GURREA MARTÍNEZ, L «La problemática paralización de las ejecuciones tras la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal por el RDL 4/2014, de 7 de marzo.» Revista digital *e-Dictum* Nº 32, agosto de 2014, págs. 2 y 3.

⁴²⁰ En este caso el legislador no ha regulado como contenido del decreto la manifestación de ser vivienda habitual, lo cual podría entrar en colisión con su especial ámbito de protección a que se refiere el art. 591.2 TRLC.

notificación en los autos respecto de los cuales se suspenda el apremio, si bien debiéndose personar el acreedor ante el Juzgado que conozca el concurso y recurrir en el plazo de 5 días el decreto⁴²¹.

I.6.- Ineficiencias del sistema y propuestas de mejora.

Como hemos visto en este capítulo, la intención del legislador al redactar originariamente el art. 8 de la LECO que se refunde en el art. 52 TRLC no era otra que asumir el conocimiento de la totalidad de ejecuciones y apremios frente al patrimonio del deudor declarado en concurso al Juez del concurso, construyéndose el sistema de excepciones, bien por motivos de dotar de una mayor protección a ciertos acreedores –como lo son los acreedores públicos permitiéndose la autotutela de las administraciones públicas en los términos que se han referenciado en este capítulo, bien por razones de economía procesal a la hora de continuar ejecuciones iniciadas sin que la asunción de competencias por parte del Juez del concurso resultase una demora.

La dispersión de la competencia objetiva en lo que se refiere a las ejecuciones hipotecarias frente al patrimonio del deudor concursado responde a este segundo grupo a nuestro juicio: es tolerada frente al axioma del art. 52 TRLC por evitar dilaciones y por economía procesal.

No obstante y a nuestro juicio, en estos supuestos la economía procesal puede chocar a veces con la falta de control efectivo por parte del Tribunal que conoce del concurso ya que por un lado no accede en tiempo real a las actuaciones, sino a través de los informes trimestrales de liquidación de la AC en aquellos casos en que la liquidación esté abierta y los procedimientos hayan continuado; ni la AC interviene con carácter autónomo de manera necesaria en dichos procedimientos, como sí lo hace en la medida que estén ínsitos dentro del concurso.

Igualmente, el Juez que conoce de la ejecución posee un conocimiento parcial de la realidad subyacente por cuanto tendrá, en el mejor de los casos, un conocimiento estático de los créditos reconocidos en el concurso y carece de acceso a las posibles vicisitudes que puedan atravesar los

⁴²¹ Combinado con el término genérico de cuatro meses máximo—sin perjuicio de la normativa específica contenida en la antes citada al pie Ley 3/2020, de 18 de septiembre, puede darse el caso de que acabe solapada la resolución del recurso de revisión con el alzamiento de la situación preconcursal, en especial si no se llega a presentar concurso de acreedores.

mismos en la duración del procedimiento. Así ignorará si han sido objeto de impugnación, si han sido objeto de subordinación, si se ha ejercitado la facultad de abonar lo vencido contra la masa rehabilitándose el negocio jurídico subyacente, entre otras circunstancias posibles.

A mayor abundamiento, es posible que la falta de personación en forma de la AC en los procedimientos seguidos fuera del concurso –aunque en principio no resultara necesaria en supuestos de mera intervención salvo para las autorizaciones preceptivas—llegue a producir falta de conocimiento de las actuaciones procesales, en especial en supuestos en los que el deudor no esté personado en forma.

Otro factor a tener en cuenta es el de los plazos de espera del art. 148 TRLC, conjugado con la prohibición de iniciar nuevas ejecuciones hipotecarias, abierta que haya sido la liquidación concursal contenida en el art. 149 TRLC. Es de destacar que la redacción del precepto no resulta –a nuestro juicio—todo lo clara que una circunstancia tan trascendente precisaría. Por un lado ni el límite tutela totalmente los derechos del acreedor hipotecario al no permitir la ejecución sobre bienes necesarios o no abierta la liquidación, lo que impediría la ejecución separada con aperturas de liquidación muy tempranas. Por otro lado no resulta de protección el patrimonio no necesario para actividades que debiera ser equiparable a nuestro juicio en cuanto a protección, como se verá con más detalle en el capítulo III de la Tesis, y es principalmente la vivienda del deudor que sí se tutela en los acuerdos extrajudiciales de pago. Creemos no obstante que es necesario establecer unos patrones objetivos a los efectos de no causar situaciones injustas para los acreedores precisando que la vivienda del deudor será merecedora de tal protección cuando este se encontrara en umbral de exclusión—remitiéndonos a lo que se dirá en relación a la aplicación del Código de Buenas Prácticas Bancarias—o, caso de que se trate de empresario, cuando coste inscrita su condición de empresario de responsabilidad limitada. Igualmente es necesario ordenar el procedimiento especificando la sección concreta en la que deberá tramitarse la ejecución como pieza separada en cada caso.

Por último la falta de trámite procesal específico para obtener el pronunciamiento judicial por parte del Tribunal que conoce del concurso, pese a que en el TRLC se ha producido un avance respecto de la regulación anterior especificando que debe ser promovido por el titular del derecho real y oída la AC, es a nuestro juicio insuficiente puesto que priva de legitimación al deudor, a la AC o incluso

al acreedor no titular del derecho real de garantía; priva de trámite de audiencia al deudor como titular del bien sujeto a garantía real y adolece de falta de trámite preciso, lo que no contribuye a la seguridad jurídica. Proponemos que el establecimiento de un régimen semejante al de las instituciones preconcursales de tal forma que el deudor designe en su solicitud de concurso los bienes que entienda necesarios, dejándose constancia de los mismos y resolviéndose las controversias a través del régimen de recursos. Subsidiariamente, entendemos que el régimen actualmente vigente debe complementarse extendiéndose la legitimación activa a la AC, la concursada y—caso de que no coincida con el titular del derecho real de garantía—al acreedor, así como que se establezca en todo caso un trámite de audiencia a la concursada, regulándose como un incidente de especial pronunciamiento⁴²² en el concurso que principie por diligencia de ordenación —ya que se trataría de dar a los autos el curso previsto en la Ley—por la que se den las audiencias preceptivas por término tasado, proponiéndose diez días al efecto. La resolución debería ser por Auto que debiera ser sólo susceptible de reposición y ello en especial dada su carencia de cosa juzgada material tal y como se infiere del art. 147.3 TRLC⁴²³.

También creemos que sería una exigencia para dotar de una mayor seguridad jurídica incorporar el criterio jurisprudencial por el que se define el bien necesario como aquel que, si desaparece, desaparece la actividad al articulado del TRLC, equiparándose en todo caso a los bienes necesarios la vivienda habitual del concursado persona natural o de aquellos que de él dependan.

Por ello entendemos que el régimen que permite que coexistan ejecuciones hipotecarias separadas sobre bienes inmuebles de la concursada y que éstas se puedan seguir ante órganos distintos al Tribunal que conoce del concurso produce disfunciones y se ha de restringir al máximo, debiéndose arbitrar mecanismos para remediarlas, entre los que debemos proponer el establecimiento de mecanismos concursales de coordinación entre el procedimiento de ejecución separada y el concurso en cuanto al pago de los créditos—debiendo intervenir en su satisfacción pese a que se

⁴²² En ningún caso un incidente concursal con la tramitación del art. 532 y ss TRLC.

⁴²³ «La previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias.»

realice mediante apremio la AC—de tal forma que la certificación de saldo que se realice responda a los créditos concursales y—en su caso—a la deuda originaria.

En cuanto a las situaciones preconcursales entendemos que el régimen existente sí resulta más garantista con los derechos de acreedores y deudor por cuanto que admite menos posibilidades interpretativas y la salvaguarda del Juez que eventualmente debiera conocer de un concurso para el caso de que persistiera la insolvencia permite una salvaguarda de los derechos de las partes —tanto deudora como acreedora—al estar nítidamente separadas las funciones del Juez que conoce de la ejecución hipotecaria y las del órgano que conoce del concurso.

Por tanto resulta exigible introducir mejoras técnicas en los arts. 146 a 149 TRLC debiendo quedar redactados como sigue:

Artículo 146. Inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios.

Los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado *distintos a la vivienda habitual del deudor consumidor persona física que se encontrara en umbral de exclusión o, caso de que se trate de empresario, cuando coste inscrita su condición de empresario de responsabilidad limitada en relación a dicha finca*, que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla.

Artículo 147. Declaración del carácter necesario o no necesario de bienes o derechos de la masa activa.

1. La *decisión respecto* del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso cualquiera que sea la fase en que se encuentre el concurso de acreedores *previa la manifestación por parte del deudor en la propia solicitud del concurso debiéndose designar a tal efecto los bienes que se consideren necesarios para una actividad concreta por la administración concursal, bien en sus textos provisionales de informe, bien en el inventario de la masa activa para el caso de tramitación abreviada, debiéndose dejar constancia de la designación de dichos bienes de mediante Decreto en la Sección Tercera. Dicho Decreto podrá ser objeto de recurso de revisión por cualquier legitimado, entendiéndose por tales tanto el deudor como los acreedores personados en autos. El mismo trámite será de aplicación a las discrepancias que pudiera haber respecto de la vivienda habitual del deudor objeto de protección conforme al anterior artículo.*

[2 y 3. Inalterados]

Artículo 148 TRLC. Fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes.

1. Los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, sean o no acreedores concursales, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida *ante el juzgado que conozca el concurso que asumirá la competencia exclusiva respecto de las mismas independientemente del órgano ante el cual se hubieran instado*, en los siguientes casos:

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

2.º Desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación *en este caso se*

podrá consignar en los autos de concurso la intención de ejecutar separadamente supeditada a la apertura de la liquidación concursal mediante escrito dirigido a la sección tercera del concurso identificando los bienes y garantías concretos.

2. La demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o de la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada *de la sección cuarta o, en su caso, quinta* dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

3. Iniciadas o reanudadas las actuaciones ejecutivas, no podrán ser suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso.

Artículo 149. Efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales.

1. La apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso *salvo que hubieran hecho constar en escrito dirigido al efecto su intención de ejecutar separadamente dentro del plazo y requisitos dados por el artículo anterior.*

2. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada *de la sección quinta*. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto.

CAPÍTULO II.

LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

CAPÍTULO II. LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.-

Es esencial en los procedimientos en los que se trate de poner una solución ordenada en Derecho a situaciones de iliquidez de un operador jurídico—sea mediante la realización del patrimonio del deudor, sea través de la generación de nuevos ingresos—imputar los activos concretos, o su producto, a las deudas reconocidas. Por ello, tanto el Derecho Civil común, como los diversos procedimientos de naturaleza concursal reconocidos en nuestro derecho histórico, han buscado el reconocimiento de una prelación de créditos ordenándolos de distinta naturaleza y forma para satisfacer las deudas generadas por su orden.

Con el actual marco legal, los créditos garantizados por hipoteca inmobiliaria voluntaria tienen un tratamiento complejo que ha evolucionado desde la entrada en vigor de la LECO hasta el momento actual y que ha llevado a una proliferación de resoluciones jurisdiccionales y doctrina —tanto científica como de la Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica—no siempre armónicas. Por tanto se ha optado por no incluir un pormenorizado estudio del tratamiento que a los mismos confieren diversas legislaciones históricas de nuestro derecho positivo y de derecho comparado.

Así, se ha de hacer sólo un somero esbozo de los presupuestos generales, para centrar la Tesis en el reconocimiento y tratamiento de los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria voluntaria dentro de la vigencia de la LECO con un análisis pormenorizado de la calificación y clasificación concursal que ha de resultar conferida a dichos créditos, la incidencia de factores que afectan a su reconocimiento y cuantificación, y su colisión con la figura de la deuda originaria introducida por el legislador y que, dependiendo de la fase procesal por la que atravesase el concurso de acreedores, tendrá preponderancia respecto de los créditos reconocidos.

Quedan fuera del objeto de la Tesis, dado que supondría tratar en profundidad elementos que nos apartarían necesariamente del objeto de estudio, supuestos de reconocimiento de créditos basados en un único título respecto de una pluralidad de deudores, en especial cuando estos se encuentran igualmente sometidos a institutos concursales o preconcursales, como son los casos de grupos de empresas, comunidades de bienes, o regímenes económicos matrimoniales con patrimonio común.

II.1.- El reconocimiento de créditos en el concurso de acreedores: marco conceptual e histórico. Concurrencia extraconcursal de créditos.

II.1.1.- Aproximación conceptual e histórica al reconocimiento de créditos: los privilegia en Derecho Romano y medieval.

El principio de responsabilidad patrimonial universal de la persona natural que nuestro Código civil consagra en su art. 1.911⁴²⁴, sin más limitación que lo previsto en las normas concursales⁴²⁵, hace que ante la existencia de créditos estos hayan de ser saldados conforme a las reglas previstas en dicho cuerpo legal, principalmente arts. 1.157 CC y siguientes en sede de extinción de obligaciones mediante el pago⁴²⁶.

Es evidente que existiendo un único crédito líquido exigible y vencido, este deberá ser satisfecho íntegramente con el patrimonio del deudor, que podrá bastar o no, incluso abriendo patrimonio de terceros por disposición contractual⁴²⁷ o en los casos previstos en las leyes⁴²⁸. Cuando existen varios créditos y el patrimonio es suficiente, estos deberán ser saldados de la misma manera⁴²⁹.

⁴²⁴ «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.» Sobre su naturaleza y su incardinación con los procedimientos de insolvencia nos remitimos a lo dicho en el capítulo I en relación al fundamento sustantivo del concurso de acreedores.

⁴²⁵ A través del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho que será objeto de tratamiento en el capítulo II de la presente Tesis.

⁴²⁶ Ello sin perjuicio de las otras vías de extinguir las obligaciones conforme establece el art. 1.156 CC, en especial y en relación a deudas dinerarias su condonación, compensación, confusión o novación –sea extintiva, sea modificativa cuando hace que no esté el deudor en mora.

⁴²⁷ Mediante el aval, la fianza u otras figuras contractuales que por aplicación de la autonomía de la voluntad vinculen a patrimonios de terceros.

⁴²⁸ Por medio de los mecanismos que permiten derivar la responsabilidad frente a patrimonios de terceros. Así y dentro del ámbito de las personas jurídicas, por ejemplo, la acción de responsabilidad frente a los administradores de sociedades mercantiles por deudas conforme al art. 367 del TRLSC; o por daños conforme dispone el Art 236 del mismo cuerpo legal. En este sentido *vid.* CASASOLA DÍAZ JM. y PAREJA SÁNCHEZ M. «Un recorrido por la jurisprudencia societaria-mercantil sobre grupos de sociedades.» incluido en *El control societario en los grupos de sociedades*. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ. Wolters-Kluwer. Bosh. Barcelona, 2017, págs. 303 y ss.

⁴²⁹ Sin perjuicio de las facultades rescisorias del acreedor en el caso de que el deudor hubiera hecho pago en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos, conforme predica el art. 1.292 CC o los de los acreedores frente a los actos hechos en fraude bien sea por aplicación de los art. 1.297 del CC para casos de solvencia o 226 y ss. TRLC para supuestos de insolvencia declarada.

La dificultad la encontramos cuando existen varios créditos respecto de los que deba responder un deudor y su patrimonio no alcanza para extinguir íntegramente por pago todos y cada uno de los mismos. Por simple aritmética –y sin perjuicio de que pueden operar mecanismos que hagan responder patrimonio de terceros—parte de los créditos no serán satisfechos, generándose una merma en el patrimonio de los acreedores que se constituyen en una suerte de comuneros de pérdidas. En el caso de que la pluralidad de créditos lo sean respecto del mismo acreedor⁴³⁰, son de aplicación las disposiciones en materia de prelación de créditos de los arts. 1.172 a 1.174 CC con primacía de la autonomía de la voluntad manifestada o inferida⁴³¹.

⁴³⁰ No obstante BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO afirma que aceptar la necesidad de que exista una pluralidad de obligaciones como supuesto de aplicación normal de los artículos 1.172 a 1.174 (citando al respecto las SSTS 16 febrero 1981 y 28 enero 1994), Pero entiende que no parece tan claro que la aplicación de estos artículos presupongan necesariamente la existencia de un solo acreedor y de un solo deudor como parece respaldar parte de la doctrina, citando así a BELTRÁN DE HEREDIA y BORRAJO. Por el contrario entiende que la pluralidad de acreedores no es obstáculo para una aplicación analógica de los artículos 1.172 a 1.174 CC cuando dicha pluralidad plantee el problema de cuál de los acreedores quedará total o parcialmente satisfecho con la prestación realizada (citando la STS 24 marzo 1998) e igualmente en supuestos de pluralidad de deudores. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, comentario al art. 1.172 CC *op. cit.* ed. digital.

⁴³¹ Hace hincapié BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en que esta autonomía de la voluntad, que nada impide que sea anterior al establecimiento de las obligaciones, debe partir en un primer momento de la voluntad del deudor conocida por el acreedor, por tanto unilateral, no sujeta a forma y recepticia. Sin embargo puede corresponder al acreedor si se extendiera por este recibo con un concepto concreto y este fuera aceptado por el deudor, por tanto por declaración de voluntad unilateral y recepticia del acreedor, si bien sujeta a forma y susceptible de rechazo por el deudor, precisando que el acreedor no podrá sino avenirse a la imputación elegida por el deudor, o rechazarla, devolviendo al tiempo la prestación recibida, si dicha imputación no se ajusta a Derecho. La aceptación y el rechazo del deudor pueden revestir cualquier forma. La recepción y conservación del recibo sin manifestación alguna (silencio) equivale a una aceptación. Aclara por último que un simple rechazo, no complementado con una imputación distinta por parte del deudor, dará lugar a la aplicación del art. 1.174 CC estimándose satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas y si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, comentario al art. 1.172 CC *op. cit.* ed. digital. En términos equivalentes el mismo autor precisa que obre la pluralidad de acreedores en la imputación de pagos no es obstáculo para una aplicación analógica de los artículos 1.172 a 1.174 del CC, desde el momento en que dicha pluralidad plantee el problema de resolver cuál de los acreedores quedará total o parcialmente satisfecho de su crédito con la prestación realizada. Dicho problema—precisa el citado autor—se presenta siempre que una persona esté legitimada para cobrar los créditos de otra, como puede ser en supuestos de representación en el sentido amplio del término. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, comentario al art. 1.171 CC incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ABADALEJO GARCÍA, M. Tomo XVI, Vol. 1º Ed. Edersa. Edición digital, 2004.

Cuando los créditos son debidos a diversos acreedores se han de arbitrar mecanismos para lograr una adecuada satisfacción de los mismos, y ello en especial si el patrimonio no alcanza para satisfacerlos todos⁴³². Estos mecanismos pueden partir desde el abono a prorrata de la totalidad de los créditos a través de la *par conditio creditorum*⁴³³; a través del reconocimiento de diversas categorías de créditos que pueden ser declarados preferentes; o en una combinación de ambos paradigmas procediendo a pagar los créditos por categorías prorrateando entre aquellos créditos que ostenten la misma gradación. Incluso es posible que la satisfacción de los créditos se deba hacer conforme a un principio de prioridad temporal en cuanto a la exigencia del cobro —en estadios más primitivos del derecho—o en cuanto a la antigüedad de la deuda constatada —como lo son, dentro de una misma categoría—aquellos créditos que gozan de trascendencia real, a través del principio *prior in tempore potior in iure*⁴³⁴.

Entroncando con lo anterior, resulta exigible realizar una breve aproximación histórica al reconocimiento de créditos, partiendo de los *privilegia* en Derecho Romano⁴³⁵ y medieval y su tratamiento en las diversas normas de naturaleza mercantil.

En etapas primitivas del Derecho, el principio que hace primar la satisfacción de deudas es el de la prioridad temporal en cuanto a la exigencia del cobro. Ello no obstante, remontándonos al derecho

⁴³² Mecanismos que podrán exigir o no la intervención de los Juzgados y Tribunales dependiendo de su naturaleza, piénsese una quita o espera convencionalmente aceptadas y no susceptibles de homologación, o el pago por terceros, *inter alia*.

⁴³³ En relación a la *par conditio creditorum* y su desarrollo en el derecho romano, vid. LAZO GONZÁLEZ, P. «El contexto dogmático de la *par conditio creditorum* en el derecho romano.» Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 17 -Nº 2, 2010 págs. 79-97.

⁴³⁴ Que se traduce en el rango registral. Así, ex art. 17 LH «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento.»

⁴³⁵ Sobre aspectos relativos a otras consecuencias de naturaleza personal de la insolvencia y sus implicaciones respecto de la integridad corporal del autor en la Ley de las XII Tablas vid. ALFARO ÁGUILA-REAL «Tertis nundinis partes secanto: si plus minusve secuerunt, se fraude esto.» Publicación virtual en *Almacén del Derecho*. Mayo 2018.

romano clásico⁴³⁶, y siguiendo a IGLESIAS-REDONDO⁴³⁷, sobre la base del *privilegium* –de *privada lex*–o disposición singular se da forma al instrumento jurídico del *privilegium exigendi* que confiere a ciertos acreedores un derecho de preferencia sobre los demás sea por razón de naturaleza personal –*privilegia personae*–bien con el fin de privilegiar ciertas clases de crédito por su causa –*privilegia causae*–o finalidad de los mismos. Los primeros corresponden con ciertas hipotecas tácitas y generales, como lo son créditos que se privilegian en favor del pupilo frente a los bienes tutor, o del menor sobre el curador, o de la mujer frente al marido para asegurar la dote. En cuanto a los privilegios reconocidos en relación a su finalidad, encontrábamos en derecho romano clásico los créditos refaccionarios y los que tenían su origen en el armamento y compa de naves, tendiendo estos últimos a ser expresos y particulares. Así y en época imperial la mayoría de los *privilegia* acabaron por subsumirse en hipoteca legales proporcionando a sus titulares un derecho real de garantía que deroga de facto el principio de prioridad temporal, continuando esta tónica en el derecho justiniano y en la alta edad media.

Estas tendencias se desarrollan en la Baja Edad Media, y siguiendo a PULGAR EZQUERRA⁴³⁸, en el S. XIII a través de institutos ejecutivos como la *datio in solutum* de carácter singular y derivada de la *missio in possessionem* justiniana que consistía en la entrega de sus bienes por parte del deudor a sus acreedores acompañada de un juramento respecto de su patrimonio. Se trataba esta de una institución que podía llegar a ser compelida por los Tribunales a instancias de los acreedores a través de la *Datio in Solutum Ope Iudicis* que solía llevar aparejada la pérdida de libertad e incluso la coacción física respecto del deudor cuando no se alcanzaba a satisfacer la totalidad de lo adeudado, entroncando con las primeras instituciones concursales imbuidos de la *par conditio creditorum* si bien con reconocimiento de los *privilegia* de forma no uniforme y eminentemente casuística. Estas primeras instituciones, que partían en general de la autotutela de los acreedores, devinieron en la atribución de funciones tuitivas a manos de garantes investidos de *auctoritas*,

⁴³⁶ Y centrándonos en las instituciones que vinculan el cumplimiento de las obligaciones respecto del patrimonio del deudor y no estrictamente respecto de su persona, como en un primero momento establecía el derecho quirritario a través del compelmiento físico. Así PULGAR EZQUERRA *op cit.* págs. 42 y ss.

⁴³⁷ IGLESIAS-REDONDO, J. «El concurso de acreedores en el derecho romano clásico.» incluido en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*. Dir. ROJO y CAMPUZANO. Tirant lo Blanch València 2015. Tomo I, pág. 1054.

⁴³⁸ PULGAR EZQUERRA *op. cit.* pág. 57 y ss.

pudiendo ser terceros⁴³⁹ o incluso los propios acreedores⁴⁴⁰ siguen su devenir en la edad moderna y los albores del S. XVII en el que se comienzan a sintetizar el saber concursal y la categorización más o menos uniforme de los *privilegia* a partir de las obras de Amador Rodríguez «*Tractatus de Concursu et privilegiis creditorum in bonis Debitoris*» fechada su primera edición en Valladolid en el año 1616 y Salgado de Somoza «*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*» fechado en París en 1651⁴⁴¹ influyendo ambos textos en las diversas ordenanzas que se dictaron en los años venideros así las ordenanzas de Bilbao de 1737 y las del Consulado de Málaga de 1824, *inter alia*.

En el Proyecto del Código Civil de García Goyena en 1851 dedicaba su Título XXIII, incardinado en el Libro III, a la graduación de los acreedores, estableciendo en su art. 1923 que privilegio es el derecho que concede la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otros acreedores. Clasifica a su vez los mismos en privilegios son generales cuando recaen sobre todos los bienes del deudor, o especiales si lo hacen sobre los bienes expresamente determinados por la ley.

Con la promulgación del Código Civil, el Capítulo II del Título XVII del Libro IV unificaba la entonces dispersa normativa en materia de clasificación de créditos y reconocimiento de privilegios al afirmar en su art. 1921 que los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen. En este sentido MANRESA⁴⁴² afirmaba que «*el Código ha tratado de dar unidad á la materia con las disposiciones del presente capítulo, reuniendo en un solo cuerpo de doctrina la multitud de disposiciones relacionadas con ella y que se hallaban esparcidas sin orden ni método en las leyes del título 20, libro 3.º del Fuero Real, de los títulos 13 y 14 de la Partida 5.ª y de los títulos 11 y 14 libro 10 de la Novísima Recopilación, así como en el Código de Comercio, en la ley de Enjuiciamiento civil, en la ley Hipotecaria y en la de Contabilidad de la Hacienda pública, prescindiendo de todos aquellos preceptos que á la sazón carecía de oportunidad su aplicación. La ley procesal, para llevar á efecto la clasificación, atendía*

⁴³⁹ Como las propias corporaciones de comercio, o incluso figuras jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales.

⁴⁴⁰ Constituidos en síndicos de sus créditos.

⁴⁴¹ Aunque según la citada autora pudiera haber sido incluso unos años anterior, en concreto datando del 1.646. PULGAR EZQUERRA *op cit.* pág. 74 nota al pie nº 96. Se deduce que obtuvo la autorización para ser publicada en Valladolid en dicha fecha pero no fue materializada su impresión hasta un lustro después, no habiendo certeza sobre si fue en Lion o en París la primera impresión.

⁴⁴² MANRESA NAVARRO, JM. *Comentarios al Código Civil Español*. Imprenta de la revista de la legislación, Madrid 1907. Tomo XII, pág. 675.

principalmente á la naturaleza más ó menos privilegiada de los créditos, reuniéndolos en cuatro grupos distintos por el orden siguiente: 1.º, los acreedores por trabajo personal y alimentos; 2.º, los acreedores hipotecarios, comprendiendo también en ellos á los que estuvieren garantidos con prenda, con preferencia sobre la misma; 3.º, los escriturarios, y 4.º, los simplemente quirografarios. El Código, por el contrario, ha seguido un procedimiento enteramente distinto para dicha clasificación, pues como veremos más adelante, toma por base de ella, siguiendo los principios que informan en la actualidad la legislación sobre obligaciones, la condición ó clase de los bienes que deben responder especialmente del pago de los créditos que han de ser clasificados.»

En relación a la casuística de los *privilegia*, partiendo de la concepción privada de la propiedad que se generaliza a través del advenimiento del liberalismo, se consolida la premisa que parte de que aquellos créditos que gozan de un aseguramiento deben tener cierta preferencia a la hora de ser satisfechos, consolidación que tiene su culmen en la codificación, no solo en relación a situaciones de insolvencia, sino con carácter general.

Con estos antecedentes ya en la legislación compilada, GULLÓN BALLESTEROS⁴⁴³ destaca que en nuestro CC y al contrario que en otros como el *Code* francés⁴⁴⁴ o el *Codice* italiano de 1865⁴⁴⁵ no define qué haya de entenderse por privilegio. En este sentido lo define como el derecho excepcional conferido por la ley que tienen ciertos créditos de ser pagados antes que otros con el producto de la venta de algunos bienes o todos del deudor⁴⁴⁶, siendo la excepcionalidad lo que le confiere su esencia. Igualmente y al carácter legal de los mismos añade que los privilegios en nuestro ordenamiento deben estar taxativamente determinados en el sentido de garantizar los

⁴⁴³ GULLÓN BALLESTEROS, F. «El crédito privilegiado en el Código Civil.» *Anuario de Derecho Civil*, 1.958 fascículo 2, págs. 437 y ss.

⁴⁴⁴ Así el art. 2.095 del *Code* en la redacción entonces vigente, idéntica a la que actualmente dispone el art. 2324 del texto vigente, establece que «*Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.*» Podemos traducirlo como «*El privilegio es un derecho que la calidad de la deuda confiere al acreedor para que sea preferido sobre otros acreedores, incluso los acreedores hipotecarios.*»

⁴⁴⁵ Art. 1.952 *Codice* 1865 «*Il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito.*» Podemos traducirlo como «*El privilegio es un derecho de prelación que la ley acuerda en relación a la causa del crédito.*»

⁴⁴⁶ GULLÓN BALLESTEROS, *op cit.* «El crédito... pág. 437.

créditos en relación a su causa; han de ser accesorios al crédito de tal forma que si el mismo se no transmite no puede variar su titular; son de interpretación estricta ya que no pueden crearlos ni las partes ni el juez; y resalta que para parte de la doctrina entre la que se sitúa los privilegios tienen carácter indivisible⁴⁴⁷.

Como veremos a lo largo del presente capítulo de la Tesis, los privilegios dentro del concurso de acreedores poseen matices que hacen que la *par conditio creditorum* resulte severamente afectada, puesto que cuantitativamente suponen en muchos casos la mayoría de la masa pasiva, lo que conlleva a situaciones concurrenciales entre privilegios que la legislación concursal regula, y que entran en conflicto con la dicotomía entre los créditos concursales y los créditos contra la masa.

II.1.2.- Reconocimiento y gradación de créditos fuera de supuestos de insolvencia declarada.

Analizadas las notas de nuestra tradición legislativa histórica, y entroncando con la institución objeto de estudio en esta Tesis, podemos concluir que es de esencia en los créditos garantizados mediante garantías reales en general—e hipoteca voluntaria inmobiliaria en particular—que los mismos tengan un régimen preferente en relación a la gradación de los mismos, tanto en supuestos de solvencia como de insolvencia declarada mediante concurso de acreedores. Es por ello que resulta necesario antes de hacer un estudio pormenorizado de su tratamiento dentro del concurso de acreedores abordar su reconocimiento y gradación fuera de él, partiendo necesariamente de argumentos elaborados por la doctrina científica ya que nos apartaría del objeto de la presente Tesis, y dejando fuera el tratamiento estrictamente procesal de las diversas acciones a entablar para obtener el resultado pretendido y los aspectos meramente registrales relativos a la necesidad o no de inscribir actos concretos en los diversos Registros..

Aplicable a supuestos de solvencia—o incluso de insolvencia no declarada⁴⁴⁸— el art. 1923.3 CC establece que con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor gozan de

⁴⁴⁷ GULLÓN BALLESTEROS, *op cit.* «El crédito ... pág. 438 y 439.

⁴⁴⁸ Obsérvese que el art. 1921 CC en su vigente redacción dada por la disposición final 1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio determina que «*Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen. En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal.*» *Sensu contrario* y pese a que la declaración de concurso es obligatoria para casos de insolvencia, sólo es coercible a través de concurso necesario instado por los acreedores y otros terceros, por lo que ante la inacción de éstos es posible que exista una situación

preferencia los créditos hipotecarios⁴⁴⁹ y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción⁴⁵⁰. Así siguiendo en este punto a BLASCO GASCÓ⁴⁵¹ entendemos que el crédito hipotecario es un crédito especialmente privilegiado ya que su privilegio o preferencia recae sobre un determinado bien inmueble⁴⁵², si bien en la colisión de créditos privilegiados el crédito hipotecario no es el preferente ya que debe guardar el orden establecido por el art. 1927 CC y otras normas⁴⁵³. La consecuencia de la existencia de estos créditos que gozan de preferencia es que excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera, y ello conforme al art. 1927 CC. En caso de que concurran dichos créditos preferentes con otros respecto de los mismos bienes continúa dicho artículo fijando reglas concretas para obtener la prelación.

de insolvencia no declarada que deba conducirse por los preceptos del CC. En este sentido Vid. PLAZA PENADÉS, J. Comentario a los arts. 1921 a 1929 CC. Incluido en Código Civil comentado. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dirigido por CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011, págs. 1526 y 1527. Respecto de la naturaleza jurídica de estos privilegios, GULLÓN BALLESTEROS aclara que salvo el crédito refaccionario en el que no hay *ius distrahendi* ni reipersecutoriedad, en el resto nos encontramos ante derechos reales de garantía o embargos anotados que sí tienen estas características. GULLÓN BALLESTEROS, A. Comentario a los arts. 1911 a 1929 CC. Incluido en *Comentario al Código Civil*. Dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, LM y otros. Secretaría general técnica de publicaciones. Madrid 1991. Tomo II, pág. 2074.

⁴⁴⁹ *Reactor*, los créditos garantizados mediante hipoteca.

⁴⁵⁰ Precisa al respecto ECHEVERRÍA SUMMERS que se extiende sobre el valor de los bienes inmuebles sobre los que se constituye la hipoteca, o se realiza la refacción, sin que sea exigible —a nuestro juicio— limitación alguna respecto del valor de los mismos distintos al del valor de la prestación garantizada. ECHEVERRÍA SUMMERS, FM. Comentario al art. 1923 CC. Incluido en *Comentarios al Código Civil*. Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Colección grandes tratados. Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor, 2009. Edición digital.

⁴⁵¹ BLASCO GASCÓ, F. *op cit. La hipoteca...* págs. 398 y 399.

⁴⁵² Del deudor o de un tercero, incluso si este adquirió con posterioridad. Recordemos que conforme al art. 1.876 CC la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, puesto que goza de eficacia *erga omnes*. En este sentido SÁNCHEZ ARISTI R. Comentario del art. 1.876 CC. Incluido en *Comentarios al Código Civil* Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Colección grandes tratados. Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor, 2009. Edición digital. Igualmente GÓMEZ GALLEGO, FJ. Comentario al art.1876 CC. Incluido en Código Civil comentado. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dir. CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011. Págs. 1328 y 1329. GUILARTE ZAPATERO, V. Comentario del art. 1.876 CC. Incluido en *Compilaciones Forales*. Dir. ABADALEJO GARCÍA, M. Tomo XXIII - Artículos 1822 a 1886 del Código Civil. Ed. Edersa. Edición digital, 2004.

⁴⁵³ *Vid.* PLAZA PENADES *op cit.* págs. 1539 y 1540.

En primer lugar, se otorga preferencia a los créditos a favor del Estado, o de sus Administraciones Públicas sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos; así como de otros tributos ya que sobre los bienes del contribuyente recae una hipoteca legal conforme se extrae de los Arts. 1923-1º y 1927-1ª CC y 78 de la Ley General Tributaria, en lo sucesivo LGT.

En segundo lugar, los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por las primas del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido. Se trata de otra hipoteca tácita reconocida en los arts. 1923-2º y 1927-1ª CC.

En tercer lugar encontramos la hipoteca tácita sobre el piso o local en garantía del cobro de los gastos comunes a la que hace referencia el art. 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, en lo sucesivo LPH.

En cuarto lugar, el privilegio general⁴⁵⁴ extraordinario por los salarios de los últimos treinta días establecido por el art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, en lo sucesivo ET y el privilegio especial refaccionario sobre los bienes elaborados por los trabajadores reconocido en el art. 32.2 ET con la posibilidad –frecuente—de subrogación en los mismos del fondo de garantía salarial, en adelante FOGASA.

En quinto lugar, los créditos que constan en el Registro de la Propiedad mediante anotación preventiva de embargo que serán preferentes según se desprende de los preceptos citados del CC y de la LH respecto de los créditos posteriores a la anotación pero no de los anteriores aunque estos no consten en el Registro o se inscriban con posterioridad.

Satisfechos los créditos reconocidos en estas cinco categorías, podrán ser objeto de pago los créditos hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos; así como los créditos anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad. Por último, los créditos refaccionarios

⁴⁵⁴ Por cuanto recae sobre la totalidad del patrimonio del deudor.

no anotados ni inscritos en el Registro a que se refiere el art. 1927 CC gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

Para concluir precisa el art. 1928 CC que después de pagados los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes, se acumulará a los bienes libres que aquel tuviere para el pago de los demás créditos. Igualmente aquellos créditos preferentes respecto de bienes concretos que no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza. Perderían por tanto su preferencia y pasarían a satisfacerse conforme a lo que dispone el art. 1924 CC⁴⁵⁵; a continuación los créditos preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común, a prorrata; y los créditos comunes sin consideración a sus fechas, entendiéndose como tales ex art. 1.925 CC los créditos de cualquiera otra clase o por cualquier otro título, no considerados por los artículos que anteceden preferentes.

II.1.3.- El reconocimiento de créditos en el concurso de acreedores: derecho vigente.

II.1.3.1.- Aspectos generales: la masa pasiva en el concurso de acreedores. Créditos concursales y créditos contra la masa.

Centrándonos en el objeto de la presente Tesis, cuando los créditos de que responda un deudor declarado en insolvencia—lleven o no aparejadas garantías reales—hayan de ser satisfechos dentro del concurso de acreedores—bien por haberse declarado el mismo a instancias del deudor, bien a instancias de terceros, principalmente sus acreedores—el régimen del CC decae debiéndose acudir a

⁴⁵⁵ Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia: «1.º Los créditos a favor de la provincia o del municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923, número 1.º / 2.º Los devengados: A) (Derogada) B) Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su cónyuge y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios. C) Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento. D) Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondientes al último año. E) Por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo período de tiempo que señala el apartado anterior siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente. F) Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia, constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo período de tiempo. G) (Derogada). /3.º Los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública. B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.»

la legislación concursal en cuanto a su calificación dentro de las categorías de créditos referenciadas ut supra y—como se verá más adelante—a su clasificación. Siguiendo a CORDÓN MORENO⁴⁵⁶ podemos afirmar que la satisfacción de los acreedores, que constituye el objetivo fundamental del concurso responde al principio de universalidad: la finalidad del concurso es sujetar todo el caudal y masa de acreedores a un proceso conjunto universal donde pueda lograrse la efectividad de los distintos créditos de un modo proporcional y equitativo, sin otra preferencia que aquella que la ley expresamente reconozca. Por ello los acreedores del declarado insolvente quedan sujetos al procedimiento de concurso y a sus resultados y no aparecen ni actúan en él como individuos, *uti singuli*, sino como agrupación o colectividad—masa⁴⁵⁷—en la que sus contrapuestos intereses se armonizan en el propósito de alcanzar un convenio o realizar y repartir—liquidar—el patrimonio del deudor. Define el citado autor⁴⁵⁸ masa pasiva del concurso como «*los créditos contra el deudor común que no tengan la consideración de créditos contra la masa.*»

Así, la voluntad del legislador de la LECO, y que se ha visto trasladada al TRLC, venía imbuida del principio de la *par conditio creditorum*, como bien se deduce de la exposición de motivos de la LECO⁴⁵⁹ que establece una serie de excepciones positivas y negativas en la generalidad de los

⁴⁵⁶ CORDÓN MORENO, *op. cit.* comentario art. 49 LECO, edición digital.

⁴⁵⁷ En las acepciones sexta y séptima que hace el diccionario de la RAE según la cual ha de entenderse por masa «*Cuerpo o todo de una hacienda u otra cosa tomada en grueso*» coincidiendo con el concepto de masa activa del concurso o «*Conjunto o concurrencia de algunas cosas.*» que encaja con el concepto de masa pasiva.

⁴⁵⁸ CORDÓN MORENO, *op. cit.* comentario art. 84 LECO, edición digital.

⁴⁵⁹ Exposición de motivos LECO, V párrafos primero a quinto «*La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas. Las excepciones que la ley admite son positivas o negativas, en relación con los créditos ordinarios. Las primeras se concretan en los privilegios, especiales o generales, por razón de las garantías de que gocen los créditos o de la causa o naturaleza de éstos. A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso). Por su parte, los salarios de los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, y los devengados con posterioridad a la declaración de concurso, así como los de indemnización por extinción del contrato de trabajo, acordada por el juez del concurso, tendrán la consideración de créditos contra la masa y serán satisfechos con preferencia respecto de los créditos concursales ; los salarios del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores serán satisfechos con anterioridad al resto de créditos concursales ; y los salariales del artículo 32.3 del mismo texto gozarán de privilegio general, al igual que las indemnizaciones derivadas de*

reconocimientos. Sin embargo la proliferación de casuística y su dispar tratamiento en las reformas ha propiciado que este principio se vea atenuado o incluso –a nuestro juicio—se haya llegado a convertir en la excepción⁴⁶⁰.

Siguiendo en este punto a DÍAZ MARTÍNEZ⁴⁶¹ la regulación en materia de calificación de créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la LECO por cuanto, por un lado, reduce los privilegios y preferencias a efectos del concurso –incluyendo la categoría de los créditos subordinados como novedad destacable—y por otro introduce caridad y seguridad jurídica en la medida que regula íntegramente –y sin necesidad en principio de acudir a otras fuentes normativas⁴⁶²—la clasificación de los créditos en el concurso de acreedores. CORDÓN MORENO⁴⁶³ en relación a la normativa previa a la LECO que el TRLC refunde afirma que el privilegio de la ejecución separada se reconocía a determinados créditos privilegiados que, por ello, podían hacerse efectivos (en abstracto sobre determinados bienes del deudor que los garantizan o sobre todos ellos) al margen o fuera del proceso concursal. Estos supuestos (*separatio ex iure crediti*) existían tanto en la suspensión de pagos como en la quiebra. Igualmente señala que en la

accidente de trabajo y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración del concurso. Se pretende así evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, y, sin desconocer el interés general de la satisfacción de éstos, conjugarlo con el de la masa pasiva en su conjunto, a la vez que se fomentan soluciones de convenio que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración pública en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio. Las excepciones negativas son las de los créditos subordinados, una nueva categoría que introduce la ley para clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso). A estos efectos, conviene precisar que la categoría de créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social. Los titulares de estos créditos subordinados carecen de derecho de voto en la junta de acreedores y, en caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios.»

⁴⁶⁰ Sin embargo, ya pesar de que nos encontramos ante una exposición de motivos y no ante un preámbulo, se ha de traer a colación el estudio que respecto de los mismos hizo DÍEZ PICAZO en el que concluía que «Habida cuenta, pues, de que los preámbulos carecen de naturaleza normativa, no son genuina motivación y su valor interpretativo es sumamente limitado, parece obligado concluir que no cumplen ninguna misión específica en el proceso de aplicación del Derecho.» DÍEZ PICAZO L. «Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas).» *Anuario de Derecho Civil*. N° 2, 1992, págs. 501-534

⁴⁶¹ DÍAZ MARTÍNEZ, M. *op cit.* págs. 166 y ss.

⁴⁶² Afirmación que no obstante debe, a nuestro entender, ser matizada en cuanto a lo que se refiere a los créditos con privilegio especial al estar supeditado su reconocimiento a la oponibilidad a terceros que se regula en otras normas de carácter sustantivo y procesal, como se verá infra.

⁴⁶³ CORDÓN MORENO, *op. cit.* comentario art. 49 LECO, edición digital.

suspensión de pagos, los créditos garantizados con prenda e hipoteca y también otros a los que no eran aplicables los efectos previstos de paralización de la ejecución y suspensión de los embargos o administraciones judiciales, en especial a los créditos laborales aunque ello no era obstáculo para que, si su titular optaba en tal sentido, tales créditos quedasen atraídos por la suspensión, gozando dentro de ella de derecho de abstención o quedando sometidos al convenio. Por su parte en la quiebra, sólo se permitía la ejecución separada de la garantía del crédito fuera o al margen del procedimiento concursal a los acreedores pignoraticios comunes (art. 918 CdC), a los pignoraticios e hipotecarios de la LHMPD (arts. 10 y 93, respectivamente LHMPD), a los hipotecarios por hipoteca naval (art. 28 de la LHN de 21 agosto 1893), a los hipotecarios comunes, siempre que hubiesen iniciado la ejecución antes de la declaración de quiebra (arts. 127 y 132 LH, en relación con los arts. 1187 y 1003.4º LEC 1881), y a los créditos laborales (art. 32.5 ET).

Centrándonos en el régimen vigente, se establece una triple categoría que distingue entre créditos calificados como privilegiados –subdivididos estos en privilegiados generales y especiales— ordinarios y subordinados⁴⁶⁴. Distintos de los cuales y con carácter extraconcursal a decir del citado autor—si bien su exacción se hará respecto de la masa del concurso—encontramos los créditos contra la masa. Más preciso resulta VEIGA COPO⁴⁶⁵ al aludir que el Capítulo III de la LECO establecía en definitiva la distinción entre créditos contra la masa, créditos concursales y créditos subordinados, que pese a ser concursales poseen un régimen a nuestro juicio ciertamente distinto a los demás incluidos en esta categoría. Igualmente GADEA SOLER⁴⁶⁶ precisaba la legislación concursal distingue dos clases de créditos: los créditos contra la masa que son aquellos que se

⁴⁶⁴ En este sentido, el art. 269.1 del TRLC establece que « *Los créditos concursales se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.*» En el régimen anterior a la LECO y siguiendo a CORDÓN MORENO no existía como tal esta clasificación ya que lo determinante era la posibilidad de ejecutar separadamente. Así el sistema de la quiebra existían acreedores con derecho de ejecución separada (los titulares de garantías reales), y los demás se ordenaban según una larga lista de acreedores singularmente privilegiados, privilegiados y comunes, cuyos supuestos no sólo se recogían en el CdC (arts. 913 y 914), sino en muchas Leyes especiales. En cuanto a la suspensión de pagos, existían acreedores con derecho de abstención en la junta de aprobación del convenio (los titulares de garantías reales y los singularmente privilegiados y privilegiados según el CdC, art. 15.3 Ley de suspensión de pagos). El sistema era, a decir del citado autor, caótico tanto por la dispersión normativa, como por la falta de un régimen uniforme. CORDÓN MORENO *op. cit.* comentario art. 89 LECO.

⁴⁶⁵ VEIGA COPO, A. *La masa pasiva en el concurso de acreedores*. Tercera edición. Ed. Civitas, Cizur Menor, 2012. pág. 822.

⁴⁶⁶ GADEA SOLER, E. *La fase común del concurso (II): la formación de la masa pasiva. Publicidad e impugnación del inventario y de la lista de acreedores*. Ed. V lex edición digital 2006.

detraen de ésta, y los concursales que se clasifican, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.

Resulta a nuestro juicio imprescindible realizar un análisis de la calificación de créditos en el concurso de acreedores por cuanto, y siguiendo en este punto a PAU PEDRÓN, según la casuística podrán resultar los créditos garantizados con hipoteca pueden acabar siendo calificados—en todo o en parte—como privilegiados especiales, como privilegiados generales como ordinarios o como subordinados⁴⁶⁷ afirmando que la preferencia al pago respecto de la totalidad de la masa o respecto de bienes concretos la determinará la calificación del crédito —y añadimos el carácter de deuda originaria—y no la oponibilidad de la anotación registral.

II.1.3.2.- Los créditos ordinarios.

La categoría que está llamada a amparar la mayor parte de los créditos que deben ser reconocidos dentro del concurso es la de los créditos ordinarios. VEIGA COPO⁴⁶⁸ acertadamente nos indica que su tratamiento por parte del legislador ha sido escueto ya que se definen por exclusión y por delimitación negativa: así aquel crédito que carece de privilegio—sea especial o general, y que tampoco se haya subordinado o legalmente postergado en su cobro será crédito ordinario. Se trata de aquellos créditos comunes que son satisfechos tras la prededucción de los créditos contra la masa y el pago de los créditos con privilegio especial y general con el posible —y a decir del citado autor, efímero—remanente de la masa activa y que al mismo tiempo se satisfacen sin prelación ni preferencia alguna entre sus titulares, esto es a prorrata, detraídos los preferentes⁴⁶⁹. No obstante el legislador ha permitido que excepcionalmente el Juez pueda autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios anticipadamente siempre que lo solicite motivadamente la AC y queden suficientemente garantizados los pagos de los créditos contra la masa y de los créditos

⁴⁶⁷ PAU PEDRON A. «El régimen del crédito hipotecario tras el Real Decreto Ley 11/2014 de 5 de septiembre.» *Anuario Derecho Concursal* núm. 24, pág. 2 edición digital.

⁴⁶⁸ VEIGA COPO, A. *op cit.* págs. 823 y ss.

⁴⁶⁹ En nuestra opinión esta afirmación puede y debe ser matizada dado que en escenarios de convenio los créditos ordinarios —como la totalidad de los créditos afectados por el convenio aprobado—podrán satisfacerse con elementos no integrados en la masa activa, sino precisamente con el fruto de los elementos productivos integrados en la misma o mediante actividades que generen nuevos recursos del deudor.

privilegiados⁴⁷⁰. Coincidimos en cualquier caso con BLASCO GASCÓ⁴⁷¹ en el sentido de indicar que escasa mejoría han tenido con el régimen de la LECO los acreedores ordinarios, cuanto más cuando dada la poda de privilegios deben ser los mayoritariamente integrantes de la masa concursal.

Tradicionalmente los créditos ordinarios se han asociado con aquellos que carecían de cualquier tipo de garantía⁴⁷² que los hiciera de más ventajoso cobro sea por establecer un procedimiento de apremio *ad hoc*, sea por la posibilidad de excluir otros créditos respecto de la satisfacción del garantizado ejercitando un *ius vendendi*. Sin embargo y como se verá *infra* el régimen vigente del TRLC va a posibilitar que, rebasado el límite del valor razonable de la garantía, parte de los créditos garantizados por hipoteca pasen a ser créditos ordinarios, pero que independientemente de esta calificación y a través del concepto de deuda originaria puedan ser satisfechos de manera distinta al resto de los créditos ordinarios, por lo que a nuestro juicio no dejarán, pese a su catalogación, de poseer un fuerte privilegio.

II.1.3.3.- Los créditos privilegiados generales.

Los créditos privilegiados generales serán aquellos créditos concursales que vienen relacionados en el art. 280 TRLC⁴⁷³ y que satisfarán con preferencia a los créditos ordinarios y deducido el importe

⁴⁷⁰ Así, el art. 433.3 LECO dispone que «*La administración concursal atenderá al pago de estos créditos en función de la liquidez de la masa activa y podrá disponer de entregas de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito.*» Se modaliza, según nos indica VEIGA COPO el art. 1169 CC ya que se puede imponer el pago parcial al acreedor de manera extracontractual. VEIGA COPO, *op cit.* pág 825.

⁴⁷¹ BLASCO GASCÓ, F *Prelación y pago a los acreedores concursales*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004. pág. 144.

⁴⁷² Diferentes de garantías personales que permitieran satisfacer los mismos a través de otros patrimonios, como el contrato de fianza, o avales de terceros.

⁴⁷³ Art. 280 TRLC «*Son créditos con privilegio general:/ 1.º Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso; los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso./ 2.º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal./3.º Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso./4.º Los créditos tributarios, los créditos de*

de los créditos contra la masa a cargo de la masa activa no gravada con privilegios especiales hasta donde alcancen los mismos o la deuda originaria que deriva de ellos.

Siguiendo a VEIGA COPO⁴⁷⁴ el legislador ha optado por reducir el tradicional elenco si bien incluyendo dos nuevos supuestos como son el privilegio del acreedor instante del concurso necesario, y al del acreedor por responsabilidad civil extracontractual. Así distingue el citado autor entre privilegios fiscales; privilegio de los créditos de la seguridad social; el privilegio del acreedor instante; los privilegios salariales; los créditos por trabajo personal no dependiente y aquellos otros que se asimilan; los créditos por responsabilidad civil extracontractual; y el privilegio sobre créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería. VALPUESTA GASTAMINZA⁴⁷⁵ señala que el privilegio general consiste en una preferencia para el cobro sobre el producto de la realización de la masa activa, indicando que cada nivel de prelación de privilegio general es preferente respecto de los demás, de forma que primero se pagan por entero todos los créditos del número 1º del precepto, y sólo después de eso podrá pasarse a pagar los del número 2º, y así sucesivamente.

Dentro de estas categorías debemos acotar una serie de comentarios por cuanto puedan recaer en terrenos limítrofes al del crédito privilegiado especial, como son algunos de los créditos privilegiados generales que han de ser clasificados como públicos integrados dentro de las dos primeras categorías—privilegios fiscales y privilegio de los créditos de la seguridad social—así como el privilegio del acreedor instante y el privilegio sobre créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería.

la seguridad social y demás de derecho público que no tengan privilegio especial ni el privilegio general del número 2.º de este artículo. Respecto de los créditos públicos señalados, el privilegio general a que se refiere este número solo alcanzará al cincuenta por ciento del importe de los respectivos créditos, deducidos de la base para el cálculo del porcentaje los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2.º de este mismo artículo y los créditos subordinados./5.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual y los créditos por responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública y contra la Tesorería General de la Seguridad Social. No obstante, los créditos por daños personales no asegurados estarán incluidos en el número anterior en concurrencia con los demás créditos de ese número./6.º Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación no rescindibles en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa./7.º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso excluidos los que tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe.»

⁴⁷⁴ VEIGA COPO *op cit.* pág. 1.174.

⁴⁷⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E. Comentario al art. 91 LECO incluido en CORDÓN MORENO, F. *Comentarios a la Ley Concursal*. Grandes Tratados. Ed. Aranzadi, SA, Pamplona 2009. Edición digital.

Comenzando por la interacción entre los créditos privilegiados generales clasificados como públicos y su interacción respecto a ciertos créditos con privilegio especial, hemos de decir que, según se deduce del art. 280 TRLC que trae causa del art. 91 de la LECO, se han de reconocer con el carácter de créditos privilegiados generales los créditos tributarios que no gocen de privilegio especial—en concreto aquellos respecto de los cuales no exista hipoteca voluntaria o legal—haciéndose específica mención a la hipoteca legal tácita en el párrafo segundo del citado precepto. De esta suerte encontramos, y siguiendo nuevamente a VEIGA COPO⁴⁷⁶ con que la poda de los créditos privilegiados anunciada en la Exposición de Motivos de la LECO no afecta—o afecta muy someramente—a los créditos privilegiados ya que podrá ser titular la Hacienda Pública de dos privilegios—uno especial sobre los bienes susceptibles de hipoteca y otro de carácter general sobre la totalidad del patrimonio del deudor—a través del privilegio del art. 78 LGT que tiene tal carácter de hipoteca legal tácita que incluso llega a imponerse a las garantías reales inscritas, ya que llega a alterar el rango registral y es exigible frente a terceros adquirentes⁴⁷⁷.

Los acreedores protegidos por esta hipoteca legal tácita del 78 LGT serán el Estado, las Comunidades Autónomas, Municipios y entes supramunicipales. Los créditos garantizados deberán ser los tributos que gravan periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos—sean estos ciertos o presuntos—referidos al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior. Se refiere principalmente⁴⁷⁸ al Impuesto sobre bienes inmuebles y al

⁴⁷⁶ VEIGA COPO *op. cit.* pág. 1213.

⁴⁷⁷ En este sentido, la Resolución No Vinculante de Dirección General de Tributos, 0019-18 de 16 de abril de 2018 establece que *«Para proceder a la ejecución de la garantía de la hipoteca legal tácita, tal como dispone el artículo 74.1 del RGR, basta que el obligado al pago no haya satisfecho la deuda tributaria del IBI a la que se extiende tal garantía en el período voluntario de pago establecido por la Administración tributaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.3 de la LGT, que se haya iniciado el procedimiento de apremio contra el mismo y que este tampoco pague el importe de la deuda en el plazo del artículo 62.5 de la LGT. Una vez transcurrido este último plazo, el órgano de recaudación competente comunicará tal circunstancia a la persona o entidad titular del bien, requiriéndole para que en el plazo establecido en el artículo 62.5 de la LGT pague la deuda o ponga el bien a disposición del órgano de recaudación.»*

⁴⁷⁸ Igualmente el art. 64.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en lo sucesivo TRLHL, dispone en materia de Impuesto sobre bienes inmuebles que *«En los supuestos de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos que constituyen el hecho imponible de este impuesto, los bienes inmuebles objeto de dichos derechos quedarán afectos al pago de la totalidad de la cuota tributaria, en régimen de responsabilidad subsidiaria, en los términos previstos en la Ley General Tributaria. A estos efectos, los notarios solicitarán información y advertirán expresamente a los comparecientes en los documentos que autoricen sobre las deudas pendientes por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles asociadas al inmueble que se transmite, sobre el plazo dentro del cual están obligados los interesados a presentar declaración por el impuesto, cuando*

gravamen sobre bienes inmuebles de entidades no residentes del art. 38 de la Ley 41/1998 reguladora del impuesto sobre la renta de no residentes.

En este sentido encontramos que por virtud de la hipoteca legal tácita reconocida respecto de los bienes y derechos inscribibles en garantía de las anualidades afectadas se debería reconocer un crédito privilegiado especial, y en relación a los tributos afectados en la parte que no se extiende la garantía se deberán reconocer en su proporción como créditos privilegiados generales.

Igualmente encontramos que los créditos públicos en general—sean tributarios o de la seguridad social—respecto de los cuales existen embargos anotados pueden llegar a ser objeto, en momentos procesales concretos del concurso, de ejecución separada—lo que les asemeja a los créditos privilegiados especiales. Si bien dado que carecen de la preferencia de los créditos de esta naturaleza deberá su producto ser destinado a satisfacer los créditos masa y concurrir con los privilegios generales.

A continuación abordaremos las posibles interacciones que pueden existir entre el crédito privilegiado especial del acreedor instante del concurso con ciertos créditos privilegiados especiales que pueden dimanar del mismo título. Una de las novedades que supuso para el régimen tradicional de privilegios existente en el Derecho histórico español la entrada en vigor de la LECO y que ha pasado al TRLC fue el reconocimiento como privilegio general el del reconocimiento con tal calificación de parte de los créditos del acreedor instante del concurso. Como antecedente próximo VEIGA COPO⁴⁷⁹ acertadamente apunta que ya en el Anteproyecto de 1995 se le asignaba al acreedor instante un privilegio general que sobre la mitad de los créditos que ostentara frente al deudor y no fueran susceptibles de ser calificados como créditos subordinados. La primera redacción de la LECO redujo este porcentaje a la cuarta parte de los créditos no subordinados para llegar a la actual redacción dada por la reforma propiciada por la Ley 38/2011 que—volviendo al tenor del Anteproyecto—los reconoce definitivamente en la mitad de su importe. Así el vigente art.

tal obligación subsista por no haberse aportado la referencia catastral del inmueble, conforme al apartado 2 del artículo 43 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y otras normas tributarias, sobre la afección de los bienes al pago de la cuota tributaria y, asimismo, sobre las responsabilidades en que incurran por la falta de presentación de declaraciones, el no efectuarlas en plazo o la presentación de declaraciones falsas, incompletas o inexactas, conforme a lo previsto en el artículo 70 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y otras normas tributarias.»

⁴⁷⁹ VEIGA COPO *op cit.* pág. 1227.

280.7º TRLC establece que serán considerados créditos privilegiados generales los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

La justificación del reconocimiento de este crédito como privilegiado general entendemos que es doble. En primer lugar, y al igual que ciertos créditos contra la masa⁴⁸⁰, se ha de dar mejor tratamiento a aquel acreedor que ve comprometido su patrimonio a la hora de interesar de los Tribunales no una tutela específica respecto de sus créditos, sino un pronunciamiento *erga omnes* declarativo de la insolvencia. Siendo que de la mera solicitud ya parten una serie de costes procesales⁴⁸¹ y fiscales⁴⁸², es evidente que va a asumir un riesgo que puede derivar en condena en costas para el caso de desestimación, y que caso de estimación deberá llevar aparejado el suplido de una serie de gastos a cargo de la representación procesal del instante⁴⁸³. Por tanto, y desde la óptica del riesgo asumido, entendemos que el sacrificio que para los demás acreedores ordinarios y privilegiados generales que supone la introducción de este privilegio resulta acertada.

⁴⁸⁰ Así, recordemos que el art. 84.2.2º LECO considera créditos contra la masa los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, las publicaciones que deban ser suplidas por la representación procesal del instante del concurso.

⁴⁸¹ Que en parte se mitigan con el crédito masa reconocido y del que se ha hecho referencia en la anterior nota al pie.

⁴⁸² En la actualidad la tasa judicial viene regulada por la Ley 10/2012 de 20 de noviembre. En su origen gravaban tanto a personas naturales como jurídicas con un tipo fijo por interposición de demanda, recurso frente a Sentencias u oposición a la ejecución y otra variable por cuantía. Posteriormente el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, suprimió las tasas judiciales para las personas físicas en todos los órdenes e instancias. Por último la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio de 2016 declaró inconstitucional el hecho imponible de la interposición de recurso y la cuantía variable de la interposición de demanda por parte de las personas jurídicas, por tanto los únicos hechos imponibles gravados por la tasa actualmente en el concurso es la solicitud de concurso necesario, la interposición de demanda interposición de demanda incidental y los respectivos recursos respecto de Sentencias cuando el sujeto pasivo fue apersona jurídica y exclusivamente en su tramo fijo. Con la normativa anterior, esto es la que regulaba la ley 53/2002 de 30 de diciembre, que sólo afectaba a las personas jurídicas y que poseía una serie de exenciones respecto de las empresas reducidas, era también hecho imponible la solicitud de concurso voluntario.

⁴⁸³ Así y pese a que la publicidad deba ser preferentemente telemática, el devengo de los precios públicos corresponderá como suplido al Procurador de la acreedora instante. En este sentido el art. 23.3 LECO dispone que *«Excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, quien deberá remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes.»*

La segunda de las justificaciones que señala VEIGA COPO⁴⁸⁴ es la evitación de pérdidas de valor patrimonial—respecto de los créditos en general y los créditos con vocación de reconocimiento como ordinarios en particular que ostenta el acreedor instante—ya que en principio carece de la posición idónea para conocer la situación patrimonial de la deudora ya que parte de lo que califica como una asimetría informativa que le hace ignorar quiénes son concretamente los acreedores a los que su deudor también adeuda⁴⁸⁵ y si se han satisfecho o no los créditos de los mismos, en qué condiciones y con qué medios. Así se trata de un incentivo al acreedor que emplea la diligencia debida para conocer la verdadera situación patrimonial del deudor obteniendo un beneficio no sólo para sí sino para la colectividad de los acreedores, con los riesgos a que hemos hecho referencia anteriormente.

En cuanto a qué acreedores podrán ser beneficiados por esta calificación de créditos privilegiados, recordemos que en primer lugar deben ser acreedores instantes del Concurso. En este sentido el art. 13.1 TRLC establece que el acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el art. 2.4 TRLC funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo.

En el caso de que existan varios acreedores instantes el privilegio sólo puede reconocerse al primer instante, esto es a aquel que con su solicitud provoca el dictado del Auto de declaración de concurso, sin que los acreedores que han visto acumulada su solicitud a la del primigenio puedan verse beneficiados por este privilegio ya que su diligencia no habrá sido tan acusada ni los riesgos asumidos tan gravosos. Constatar este hecho parece razonablemente sencillo en supuestos de acumulación de concursos necesarios instados por diversos acreedores, empleándose el principio de la litispendencia para determinar cuál ha sido el primer instante y acumular al mismo las demás solicitudes.

⁴⁸⁴ VEIGA COPO *op cit.* pág. 1227.

⁴⁸⁵ Recordemos que nuestro sistema concursal parte de la pluralidad de acreedores como presupuesto objetivo para declarar la insolvencia ya que de haber sólo un deudor habría insolvencia pero no concurso.

Más complejo resulta discernirlo cuando se trata de una única solicitud conjunta promovida por una pluralidad de acreedores. A este respecto la STS de 21 de diciembre de 2015⁴⁸⁶ arroja claridad al afirmar cuando el concurso es solicitado conjuntamente por varios acreedores, el privilegio no puede reconocerse a todos ellos ya que la normativa sólo pretende privilegiar a uno, al que sea determinante del hecho objetivo. En caso contrario, argumenta el TS que el reconocimiento a una pluralidad de acreedores de la totalidad del privilegio sólo contribuiría a desvirtuar el equilibrio que debe existir entre el reconocimiento abstracto de privilegios que el TRLC trata de minimizar y la *par conditio creditorum* que imbuye su esencia.

En cuanto a los créditos que pueden ser susceptibles de ser reconocidos conforme a este privilegio general, el tenor literal del TRLC es escueto al sólo excluir los créditos subordinados⁴⁸⁷. Sin embargo entendemos que la esfera de actuación de este privilegio debe ceñirse a aquellos créditos que no posean otro privilegio reconocido, sea este de carácter general—por cuanto una doble calificación de crédito privilegiado general en nada mejora la posición del acreedor—o especial. Por tanto entendemos que el legislador hubiera debido hacer referencia expresa a que sólo debería afectar a los créditos susceptibles de ser calificados como ordinarios.

Concurriendo el privilegio del acreedor instante con la existencia de créditos con vocación a ser reconocidos como privilegiados especiales sobre ciertos bienes de la masa activa del concurso de acreedores, entendemos que el privilegio general del acreedor instante claudica respecto de los créditos privilegiados especiales. Por tanto sólo se ha de predicar esta calificación a los créditos con vocación abstracta a su reconocimiento como créditos ordinarios⁴⁸⁸. En este sentido la Sentencia del

⁴⁸⁶ ECLI: ES:TS:2015:5444 (id CENDOJ 28079110012015100700).

⁴⁸⁷ Coincidimos con VEIGA COPO al afirmar que la motivación de excluir los créditos subordinados de la esfera de aplicación del privilegio general del acreedor instante es evitar que aquellas personas que tienen una relación más estrecha con el deudor —familiares, socios, administradores, *inter alios*—puedan beneficiarse de su posición privilegiada respecto de la información patrimonial del deudor para beneficiar sus propios créditos. VEIGA COPO *op cit.* pág. 1236. Sin embargo creemos que resulta injusto el resultado respecto de aquellos eventuales créditos subordinados por insinuación tardía que hubieran podido reconocerse, aun cuando resultaría una circunstancia improbable ya que sólo surgiría a través de una deficiente comunicación de créditos imputable exclusivamente al acreedor.

⁴⁸⁸ Circunstancia que con el reconocimiento parcial de los créditos con garantía hipotecaria con la calificación de ordinarios en lo que rebasa el valor razonable de la garantía adquiere cierta importancia, ya que podrá derivarse que de un mismo crédito hipotecario se reconozca parte como privilegiado especial, parte como privilegiado general y parte como ordinario, como se verá *infra*.

Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga de 21 de abril de 2008⁴⁸⁹ dispone que en el caso del acreedor instante no es posible reconocer este privilegio a créditos que tienen reconocido otro privilegio en la norma concursal por lo que el privilegio y su cómputo debe llevarse a cabo sobre la base de los ordinarios y no del resto de créditos.

Por último analizaremos la interacción entre los créditos reconocidos respecto de nuevos ingresos de tesorería y los créditos privilegiados especiales a favor del mismo acreedor. Hemos de decir con carácter previo que los acuerdos de refinanciación en la legislación concursal española parten de la regulación introducida en la LECO por el RD Ley 3/2009 y se consolidan a través de la reforma propiciada por la Ley 38/2011 pasando al articulado del TRLC. Dentro de estos acuerdos de refinanciación PULGAR EZQUERRA⁴⁹⁰ distingue entre aquellos que denomina atípicos, esto es que no se adaptan a los requisitos legales previstos originalmente en la DA IV y en el art. 71.6 LECO –hoy 596 y ss. TRLC— a los que se condicionan y cuya regulación la encontramos en la mera autonomía de la voluntad de las partes, *ex art.* 1255 CC, y los típicos en los que concurren los requisitos legales contenidos en el art. 598 TRLC en lo que se refiere a los colectivos (mayorías legales, informe de experto independiente y elevación a instrumento público) y 604 TRLC en los singulares que se pueden beneficiar de los escudos legales protectores, los cuales se condicionan en gran medida por el carácter general o particular del acuerdo de refinanciación. Dentro de estos escudos protectores de los que habla PULGAR EZQUERRA encontramos la irrevocabilidad de los negocios jurídicos que los propician y la especial calificación de los créditos generados respecto de los nuevos aportes de tesorería, esto es, el denominado *Fresh Money* en relación a los acuerdos de refinanciación.

El art. 280.6 TRLC incluye dentro de la categoría de los créditos con privilegio general los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación no rescindibles en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa y en la cuantía no

⁴⁸⁹ Ponente Ilmo. Sr. SANJUÁN Y MUÑOZ. A fecha de depósito de la Tesis no forma parte de la colección del CENDOJ.

⁴⁹⁰ PULGAR EZQUERRA, J. «Acuerdos de refinanciación, escudos protectores y garantías reales.» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Núm. 15. Año 2011, págs. 7 y 8.

reconocida como crédito contra la masa. La parte que no queda afectada por el reconocimiento de créditos con privilegio general es objeto de reconocimiento como créditos contra la masa⁴⁹¹.

La finalidad del legislador no es otra que la de fomentar el empleo de los acuerdos de refinanciación reduciendo el riesgo que deben correr los financiadores a la hora de inyectar nuevas partidas monetarias al patrimonio del deudor susceptible de ser declarado en situación de insolvencia, compensando el riesgo del refianciador respecto de la eventualidad de que sea finalmente declarado un concurso.

En cuanto a su objeto, y siguiendo nuevamente a VEIGA COPO⁴⁹², alude única y exclusivamente a los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería lo que supone que deberán ser créditos dinerarios —excluyendo los de otra naturaleza—y que no existieran con anterioridad—excluyendo por ejemplo créditos existentes a los que se haya concedido una dilación en el término pactado⁴⁹³. En cuanto a la naturaleza del acreedor, y pese a que pueda inferirse que serán de hecho entidades financieras u otras con fin social análogo, nada obstaría a que un proveedor o un suministrador participara en el acuerdo de refinanciación a través de la aportación de efectivo y se beneficiara de este privilegio. Sin embargo lo usual será que sean entidades financieras las que puedan acogerse al mismo, con la posible colisión de los créditos con vocación a ser reconocidos como privilegiados especiales respecto de ciertos bienes integrantes de la masa activa.

En efecto, en el caso de que el acuerdo de refinanciación suponga la constitución —o novación modificativa de las ya existentes que suponga incremento de las cantidades garantizadas o mejora de rango—de de garantías reales y en particular de hipoteca voluntaria inmobiliaria los créditos ante un eventual concurso de acreedores tendrán vocación de ser reconocidos como créditos privilegiados especiales en los importes que no rebasen—con la actual dicción del TRLC—el valor

⁴⁹¹ A diferencia del art. 91.6 LECO que indicaba que tenían la consideración de créditos con privilegio general los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el art. 71.6 LECO, lo que al eliminar esta condición puede hacer replantear la posibilidad de que tengan tal condición los ingresos de tesorería en acuerdos de refinanciación de los definidos como atípicos a nuestro juicio.

⁴⁹² VEIGA COPO *op. cit.* pág. 1329.

⁴⁹³ En un sentido semejante, PULGAR EZQUERRA *op. cit.* «Acuerdos... pág. 14. «*Sólo se reconoce el privilegio respecto de nuevas financiaciones concedidas en el marco de un acuerdo de refinanciación típico, ya sea general o particular (arts. 71.6y DA 4ª LC) y que por tanto conllevan un incremento del crédito disponible, no extendiéndose a financiaciones concursales efectuadas "en cualquier forma" y al margen de un acuerdo de refinanciación, como acontece por ejemplo en la normativa italiana.*»

de la garantía. Entendemos que –al igual que sucedía en supuestos de colisión con el privilegio general del acreedor instante—no quedarán afectados otros créditos que aquellos con vocación a ser reconocidos como créditos ordinarios⁴⁹⁴. Por tanto en el caso de que un refinanciador tenga a su favor garantías reales que hagan susceptibles de que su crédito sea reconocido como privilegiado especial en todo o en parte, sólo podrá beneficiarse del reconocimiento como crédito privilegiado general—así como de crédito contra la masa en la mitad de su importe—respecto de aquella parte del crédito que deba ser reconocido como ordinario, siendo susceptible de reconocimiento de un crédito con tres calificaciones respecto de sus importes parciales: crédito privilegiado especial respecto del valor de la garantía; y respecto de la cantidad que exceda el importe de la garantía y que debería ser susceptible de reconocimiento como crédito ordinario si no se hubiera aportado como *Fresh Money*, la mitad como crédito concursal con privilegio general y la otra mitad como crédito contra la masa.

II.1.3.4.- Los créditos privilegiados especiales.

La calificación paradigmática de los créditos con garantía hipotecaria inmobiliaria ha sido y sigue siendo en su mayor parte la de créditos privilegiados especiales respecto de los bienes sobre los que se ha constituido dicha hipoteca, extendiéndose a aquellas otras figuras heterogéneas que la legislación concursal asimila⁴⁹⁵. Ello no obstante y tras la reforma acaecida por el Real Decreto Ley 11/2014 de 5 de septiembre ha pasado necesariamente a coexistir con otras calificaciones, sin que por ello se haya traducido a nuestro juicio una diversidad de efectos al régimen general.

Hemos de entender por créditos privilegiados especiales aquellos créditos concursales que vienen relacionados en el art. 270 TRLC⁴⁹⁶ y que deberán ser satisfechos con preferencia cualquier otro

⁴⁹⁴ Más discutible sería a nuestro juicio predicar estos mismos efectos respecto de los créditos subordinados, pese a no haber mención expresa como sí la hay en el 91.7º LECO. Entendemos que no puede tratarse de una vía para mejora de la posición de los acreedores susceptibles de ser subordinados ya que la vocación del legislador parece claramente la de no establecer excepciones a su reconocimiento como tales.

⁴⁹⁵ En este sentido PAU PEDRÓN *op cit.* pág. 2 edición digital,

⁴⁹⁶ Art. 270 TRLC «*Son créditos con privilegio especial:*/1.º *Los créditos garantizados con hipoteca legal o voluntaria, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados./ 2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado./ 3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado./ 4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes*

crédito sea este contra la masa o concursal respecto del valor de los bienes integrados en la masa activa y sobre los que se haya constituido garantía real hasta donde alcance el importe de dichos créditos o de la deuda originaria que deriva de ellos.

Respecto de su naturaleza, VEIGA COPO⁴⁹⁷ enfatiza en que la causa y origen de los mismos es de carácter negocial y que por tanto más que de privilegios especiales cabría hablar de causas de preferencia negocial, siendo su denominador común casi ubicuo⁴⁹⁸ la existencia de garantías reales o elementos análogos que aíslan parte del patrimonio del deudor sobre el que recaen de las pretensiones satisfactivas de los acreedores no privilegiados. En efecto el legislador ha equiparado a parte de las garantías tradicionales algunas figuras meramente obligacionales respecto de los cuales no admite interpretación extensiva alguna, ya que el art. 269.2 *in fine* TRLC es taxativo al aseverar que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en el texto refundido.

Podemos categorizar los créditos privilegiados especiales —superada la clásica división entre privilegios mobiliarios e inmobiliarios⁴⁹⁹— en créditos con garantía hipotecaria; créditos con garantía prendaria con desplazamiento posesorio; créditos con garantías reales no posesorias, incluyendo la prenda de derechos y de valores anotados en cuenta; créditos anticréticos; créditos refaccionarios inscritos; y créditos derivados de arrendamientos financieros. A este elenco hemos de añadir los que VEIGA COPO denomina créditos en garantía global: la hipoteca y prendas globales⁵⁰⁰.

Esta clasificación de los créditos privilegiados especiales ha dejado en el tintero créditos que tradicionalmente poseían esta condición, respondiendo esta vez sí el legislador a su voluntad de

muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago./ 5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados./6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero.» Respecto de la casuística concreta *vid.* FACHAL NOGUER, N *op cit.* Comentario al art. 270 TRLC. Ed. digital.

⁴⁹⁷ VEIGA COPO *op. cit.* pág. 834 y ss.

⁴⁹⁸ Excepción que debía hacerse de lo dispuesto por el 90.1.4º LECO, hoy 270.4 TRLC, en relación a los arrendamientos financieros como acertadamente indica CARRASCO PERERA *op. cit.* pág. 65.

⁴⁹⁹ En este sentido GULLÓN BALLESTEROS, *op cit.* «El crédito... pág. 440. En un sentido semejante, FACHAL NOGUER, N *op cit.* Comentario al art. 270 TRLC. Ed. digital.

⁵⁰⁰ VEIGA COPO *op. cit.* pág. 926 y ss.

limitar los privilegios. Así y a decir de VEIGA COPO⁵⁰¹ resultan fuera de la catalogación concursal de créditos privilegiados especiales los privilegios que se detallan sin perjuicio de su carácter en supuestos distintos al de la insolvencia declarada:

En primer lugar algunos de los consignados en el CC, entre los que encontramos los créditos refaccionarios no anotados (Arts. 1923.5º y 1927.3º CC); el privilegio del vendedor al que alude el art. 1922.1º CC; el privilegio del porteador del art. 1922.4º CC; el privilegio por créditos de hospedaje del 1922.5º CC; el privilegio por gastos agrícolas del art. 1922.6º CC; y el privilegio del arrendador del art. 1922.7º CC. Igualmente quedan fuera de tal carácter los garantizados por embargos a los que hace referencia el art. 1923.4º CC sea este judicial o administrativo.

En segundo lugar se excluyen otros supuestos de reconocimiento contenidos en el CdC, como lo son los privilegios del comisionista a que hace referencia el art. 276 CdC; el privilegio del vendedor del art. 340 CdC; el privilegio del cargador sobre los medios de transporte del art. 372 CdC; el privilegio del porteador del art. 375 CC.

Dentro de los créditos reconocidos como privilegiados especiales el paradigma lo encontramos en los que atañen a los créditos con garantía hipotecaria sobre los bienes hipotecados o garantizados, dentro de los que encontramos los garantizados con hipoteca inmobiliaria voluntaria que serán objeto de análisis pormenorizado *infra* dado el régimen vigente que ha desvirtuado el inicialmente previsto por el legislador. Sin embargo es necesario por cuanto puedan concurrir entre sí y por los diversos conceptos que pueden estar englobados dar una serie de pinceladas previas respecto de los mismos.

En primer lugar, hemos de señalar que concurren las hipotecas voluntarias con las hipotecas legales, sean estas tácitas o con necesidad de inscripción expresa como aquellas contenidas en los arts. 168.5⁵⁰² y 194⁵⁰³ de la LH. Por tanto encontramos que, tratándose de cargas reales inscritas, su

⁵⁰¹ VEIGA COPO *op. cit.* pág. 839.

⁵⁰² Así, ex art. 168.5 LH «Tendrán derecho a exigir hipoteca legal (...) Quinto. El Estado, las Provincias y los Pueblos, sobre los bienes de los que contraten con ellos o administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeron éstos, de conformidad con lo establecido en las leyes y reglamentos.»

⁵⁰³ Según el cual «El Estado, las Provincias o los Pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven a

preponderancia la dará el rango de las mismas⁵⁰⁴. Preponderancia que vendrá puesta en tela de juicio en aquellos supuestos en los que concurran con una hipoteca legal tácita, que entendemos deberá ser considerada preferente sólo cuando por fecha de constitución deba ser antepuesta a las expresas, sean legales o voluntarias⁵⁰⁵.

En segundo lugar, y siguiendo nuevamente a VEIGA COPO⁵⁰⁶, en cuanto a la titularidad de los bienes objeto de hipoteca el art. 270.1º TRLC hace referencia exclusivamente a la hipoteca constituida por el deudor concursado y sobre los bienes que engloban su masa activa. Ello no obsta a que pueda ser un tercero quien constituya la hipoteca para garantizar un crédito frente al deudor que sea eventualmente declarado en concurso, pero en este caso la hipoteca no conferirá el carácter de privilegiado respecto de los créditos que garantiza en el concurso del deudor no propietario del bien hipotecado⁵⁰⁷. Tampoco deberá ser reconocido como tal el crédito de un tercero respecto del que no haya de responder personalmente por ningún concepto, ya que no es en garantía de créditos propios. En este sentido estamos con HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵⁰⁸ que afirma taxativamente que para que el crédito sea reconocido con la calificación de privilegiado especial es necesario que

los bienes inmuebles. /A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por anualidad vencida la constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal de pago./Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente a dichas dos anualidades, podrán exigir el Estado, las Provincias o los Pueblos la constitución de una hipoteca especial, en la forma que determinen los Reglamentos administrativos. Esta hipoteca no surtirá efecto sino desde la fecha en que quede inscrita.»

⁵⁰⁴ En este sentido BLASCO GASCÓ *op cit.* Prelación... págs. 409 y ss.

⁵⁰⁵ Así, SSTS de 15 de julio de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3169 id Cendoj: 28079110012014100395) y SSTS de 21 de julio de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3745 id Cendoj: 28079110012014100441), ambas siendo ponente el Excmo. Sr. SASTRE PAPIOL. En ambas se incluye en el razonamiento quinto, punto tercero *in fine*, la reflexión de que p.e. a ser tácita, debe constar en cierta manera la hipoteca en el Registro aun no siendo inscripción: «(C)abe hablar, de conformidad con el art. 90.1.1º LC, de una hipoteca legal tácita, cuya constancia en el Registro de la Propiedad, sea mediante una inscripción de los planes de equidistribución, sea mediante anotaciones marginales (actos a los que nos hemos referido), aunque no haya sido inscrita como tal hipoteca, da derecho a exigir que se convierta de forma expresa con tal carácter (art. 158.2 LH). Sin embargo, ello no impide que ostente la condición de hipoteca legal tácita a efectos del reconocimiento del privilegio especial, pues en el apartado 2 del art. 90 LC, se establece que, para que pueda ser clasificada con tal carácter, "la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores."»

⁵⁰⁶ VEIGA COPO, *op. cit.* págs. 891 y ss.

⁵⁰⁷ En el concurso eventual del hipotecante no deudor la consecuencia —a salvo de que debiera responder por otro título y que sí debiera ser considerado deudor, como pudiera ser por causa de una fianza personal— el crédito no debería ser reconocido, por falta de identidad personal.

⁵⁰⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. «Los créditos con privilegio.» Incluido en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015. págs.656 y ss.

exista coincidencia entre deudor concursado e hipotecante, por lo que se deberá estar a las reglas generales de reconocimiento del crédito en el concurso del deudor no propietario del bien gravado.

Respecto de las partidas que deben ser reconocidas parece claro que la LECO optó—y el TRLC consagra dicha opción—por no hacer distinciones, toda vez que debe ser reconocido el capital del negocio subyacente; los intereses vencidos por excepción al régimen de los créditos subordinados del art. 281.1 3º TRLC hasta el límite de la garantía hipotecaria; los intereses remuneratorios por vencer dada la excepción hecha por el art. 152 TRLC y las costas devengadas y gastos que deban ser suplidos igualmente hasta el referido límite.

Respecto de los intereses calificados como privilegiados especiales, GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN⁵⁰⁹ destaca que con el régimen actualmente vigente, y como se verá con más detalle *infra*, es posible que rebasado el límite del valor razonable dado a la garantía deban ser reconocidos en alguna partida como créditos subordinados los créditos en concepto de intereses que no puedan ser reconocidos como privilegiados especiales. Sin embargo esto no obstará, a nuestro juicio, a que deban ser reconocidos como deuda originaria lo que posibilitará su satisfacción en casos de ejecución separada o colectiva fuera de supuestos de convenio.

En cuanto a las costas es de destacar que su exigibilidad la da el despacho de una ejecución separada aun cuando su tasación se realizará necesariamente en momentos posteriores. Para supuestos de despacho de ejecución posterior a la declaración de concurso entendemos que los créditos nacen por imperativo de la ley⁵¹⁰ y con posterioridad a la situación concursal por tanto incardinables a nuestro juicio en los créditos contra la masa contenidos en el apartado décimo del art. 242.13º TRLC.

⁵⁰⁹ GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P «Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos.» Incluido en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015, págs. 422 y ss.

⁵¹⁰ Ex art. 539.2 LEC «En las actuaciones del proceso de ejecución para las que esta ley prevea expresamente pronunciamiento sobre costas, las partes deberán satisfacer los gastos y costas que les correspondan conforme a lo previsto en el artículo 241 de esta ley, sin perjuicio de los reembolsos que procedan tras la decisión del Tribunal o, en su caso, del Letrado de la Administración de Justicia sobre las costas. /Las costas del proceso de ejecución no comprendidas en el párrafo anterior serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición, pero, hasta su liquidación, el ejecutante deberá satisfacer los gastos y costas que se vayan produciendo, salvo los que correspondan a actuaciones que se realicen a instancia del ejecutado o de otros sujetos, que deberán ser pagados por quien haya solicitado la actuación de que se trate.»

II.1.3.5.- Los créditos subordinados.

Una de las principales novedades que trajo la LECO y que han pasado al TRLC, siguiendo en este punto a ÁVILA DE LA TORRE⁵¹¹, fue la introducción dentro de los créditos concursales de la categoría de los créditos subordinados, categoría que ya existía con una casuística dotada de ciertas semejanzas en derecho comparado—así en la sección 510 del *US Bankruptcy Code*⁵¹² y en el párrafo 39 de la *Insolvenzordnung* alemana⁵¹³—y que por tanto supone un importante vuelco en el sentido tradicional del derecho a la insolvencia español, por cuanto supone una excepción a la *par conditio creditorum* justamente opuesta al privilegio: supone un menoscabo de las expectativas de cobro del acreedor cuyos créditos son calificados de esta manera.

⁵¹¹ ÁVILA DE LA TORRE, A «Los créditos subordinados en la Ley Concursal.» Capítulo incluido en *Las claves de la Ley Concursal*. Dir. QUINTANA CARLO, E, BONET NAVARRO, A y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JA. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2005, págs. 439 y ss.

⁵¹² «(a) A subordination agreement is enforceable in a case under this title to the same extent that such agreement is enforceable under applicable non bankruptcy law. / (b) For the purpose of distribution under this title, a claim arising from rescission of a purchase or sale of a security of the debtor or of an affiliate of the debtor, for damages arising from the purchase or sale of such a security, or for reimbursement or contribution allowed under section 502 on account of such a claim, shall be subordinated to all claims or interests that are senior to or equal the claim or interest represented by such security, except that if such security is common stock, such claim has the same priority as common stock. / (c) Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section, after notice and a hearing, the court may— / (1) under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest; or / (2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate.»

⁵¹³ «(1) Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtet: / 1. die seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Zinsen und Säumniszuschläge auf Forderungen der Insolvenzgläubiger; / 2. die Kosten, die den einzelnen Insolvenzgläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren erwachsen; / 3. Geldstrafen, Geldbußen, Ordnungsgelder und Zwangsgelder sowie solche Nebenfolgen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit, die zu einer Geldzahlung verpflichten; / 4. Forderungen auf eine unentgeltliche Leistung des Schuldners; / 5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen. / (2) Forderungen, für die zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren vereinbart worden ist, werden im Zweifel nach den in Absatz 1 bezeichneten Forderungen berichtet. / (3) Die Zinsen der Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger und die Kosten, die diesen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren entstehen, haben den gleichen Rang wie die Forderungen dieser Gläubiger. / (4) Absatz 1 Nr. 5 gilt für Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Erwirbt ein Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies bis zur nachhaltigen Sanierung nicht zur Anwendung von Absatz 1 Nr. 5 auf seine Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen oder auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen. / (5) Absatz 1 Nr. 5 gilt nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 4 Satz 1, der mit 10 Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist.»

Por subordinación, siguiendo a VEIGA COPO⁵¹⁴, entendemos degradación o debilitamiento bien consentido, bien impuesta por la Ley. Cuando viene referida a los créditos en la LECO puede provenir de causa legal o de causa convencional a través de la introducción de un elenco tasado de supuestos contenidos en el art. 281 TRLC. En este sentido ÁVILA DE LA TORRE los define como aquellos créditos que bien sea por causas subjetivas u objetivas son relegados en su pago frente a los demás⁵¹⁵. Son créditos concursales por cuanto no se encuentran exentos del régimen general de insinuación y reconocimiento, sin que puedan ser reconocidos con tal calificación los créditos contra la masa. La consecuencia de la subordinación de los créditos es que los mismos se satisfarán con posterioridad a los demás créditos concursales y prededucidos los créditos contra la masa, lo que en la práctica procesal se traduce que resultarán, en la mayoría de los supuestos, impagados. Sin embargo para los supuestos en los que exista masa activa para satisfacerlos serán objeto de abono tras los ordinarios conforme al art. 435 TRLC⁵¹⁶ y dentro de cada número a prorrata.

Entre aquellos créditos cuya subordinación viene dada por causa legal, el legislador ha incluido los que deben quedar postergados en su cobro por una conducta perniciosa por parte del acreedor, sea por una actuación procesal en el concurso, como aquellos créditos subordinados por insinuación tardía o aquellos que se subordinan por la actitud obstativa del acreedor; sea por circunstancias personales inherentes al acreedor, como puede ser la especial relación que el acreedor tenga con el deudor; o sea por circunstancias inherentes a los créditos en sí, como los créditos derivados de sanciones o créditos por intereses.

Además de los créditos subordinados por causa legal encontramos la llamada subordinación convencional de créditos o subordinación voluntaria que parte de la existencia de créditos concursales que en abstracto debían ser objeto de reconocimiento de manera distinta a los créditos subordinados—privilegiados u ordinarios—y que por voluntad del acreedor postergan su condición conforme al art. 281.1.2º TRLC según el cual se consideran subordinados los créditos que por pacto

⁵¹⁴ VEIGA COPO, *op. cit.* págs. 1374 y ss.

⁵¹⁵ ÁVILA DE LA TORRE *op. cit.* pág. 439.

⁵¹⁶ Según el cual «1. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios./ 2. El pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en esta ley y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.»

contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor.

Sin perjuicio de la incidencia de la calificación –inicial o sobrevenida—de créditos subordinados por la especial relación del acreedor con el deudor sea esta persona física o jurídica que será objeto de análisis *infra* dada la especial naturaleza y graves consecuencias de este reconocimiento, la principal incidencia en cuanto a los contratos subyacentes que pueden llevar aparejada como garantía real la existencia de una hipoteca voluntaria inmobiliaria será el tratamiento que deba ser conferido a los intereses que hubiera pactados en dicho negocio subyacente y que gozarán de garantía inscrita.

A este respecto el art. 92.3º LECO –en su redacción dada con la reforma de 10 de octubre de 2011⁵¹⁷ que se incorpora al citado 281.1.3ª TRLC—introdujo dentro de la categoría de los créditos subordinados los créditos por recargos o intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. Por tanto equipara intereses remuneratorios pactados; intereses moratorios sean del art. 1108 del CC o de normas especiales; entendemos que intereses procesales del art. 576 LEC; y recargos.

Tratándose de créditos concursales, y sin perjuicio de los créditos generados por intereses hasta el límite de la garantía hipotecaria objeto de tratamiento en sede de créditos privilegiados, queda claro que debe tratarse de créditos por intereses exigibles, líquidos—o liquidables—y vencidos al momento de la declaración de concurso⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Y a diferencia de la anterior dicción donde no se hacía referencia a los recargos ya que se consideraban subordinados los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía

⁵¹⁸ Recordemos que conforme al art. 152.2 TRLC exceptúa de la interdicción del devengo de intereses los que responden a créditos con garantía real, que devengarán los intereses remuneratorios pactados hasta donde alcance el valor de la garantía. A diferencia de lo previsto en el art. 59 LECO se precisa que sólo se devengarán los remuneratorios, lo que por exclusión puede entenderse que no se devengarán moratorios ni procesales. Por último en el art. 320 TRLC se permite en soluciones de convenio que cuando la propuesta de convenio no contenga proposiciones de quita podrá incluir el pago, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso, calculados al tipo legal o, si fuera menor, al convencional. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional.

Los intereses remuneratorios en los contratos de préstamo no resultan—a veces—claramente delimitables respecto del capital objeto de préstamo, sin embargo resulta esencial en aquellos supuestos en los que el préstamo no posea una garantía real que convierta los créditos derivados del mismo en créditos privilegiados especiales desligar capital de interés remuneratorio ya que la calificación debe ser distinta.

Respecto de los intereses moratorios el art. 1.108 CC establece que si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal. Igualmente este precepto general puede decaer por aplicación de normas especiales, como es el caso de el interés de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de publicación semestral y —por lo general—mucho más gravoso. Respecto del carácter de sanción del interés moratorio es necesario citar la STS de 2 de octubre de 2001⁵¹⁹, según la cual los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de los intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

Por último y en cuanto a los recargos, hemos de hacer expresa referencia tanto a los que convencionalmente se pacten como a los de naturaleza legal, como el previsto en el art. 8 de Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que permite aplicar una sanción de 40 euros cuando exista posición deudora y que puede —y suele—ser objeto de capitalización, lo que debe ser analizado a la hora de incluir los créditos en el concurso.

⁵¹⁹ ECLI: ES:TS:2001:7453 (Id Cendoj: 28079110012001102368) Concluye el ponente en la citada resolución Excmo. Sr. GARCÍA VARELA, en su razonamiento jurídico segundo *in fine* que «*En definitiva, los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908.*»

Hemos de incluir en esta categoría –entendemos que en todo caso, incluso cuando los créditos a los que son accesorios han sido reconocidos como privilegiados especiales—las comisiones de saldo deudor o las previstas por reclamación de posiciones deudoras en los préstamos⁵²⁰.

De naturaleza bien distinta a los créditos subordinados de origen legal, encontramos los créditos subordinados convencionales. Siguiendo nuevamente a VEIGA COPO⁵²¹, la subordinación convencional puede producirse de dos modos, bien cuando se deduzca inequívocamente y de modo expreso a través de un pacto en una relación jurídica de la que se derive un crédito; bien cuando la subordinación convencional dimana de la perfección de un determinado negocio jurídico que es subordinado en sí mismo, como es el caso de los préstamos participativos.

Respecto de aquellos créditos subordinados convencionales cuyo origen parte de la voluntad expresa de las partes podemos encontrar aquellos en los que –sin que llegue a hacerse a través de un acuerdo de refinanciación—el acreedor inyecta liquidez al deudor y liga su rentabilidad al buen fin de la actividad productiva del deudor. En estos supuestos es posible que se pacte que los créditos voluntariamente postergados serán los últimos en satisfacerse en caso de insolvencia si bien sinalagmáticamente la contraprestación debe agravarse –por ejemplo introduciendo un interés más gravoso o unas condiciones de exclusividad que son retribuidas mediante el pacto de postergación—salvo que estemos en la esfera de la gratuidad, que puede llegar a estar relacionada con una causa de subordinación legal como es la especial relación con del deudor⁵²².

En estos supuestos es posible que créditos que tengan aparejadas garantías reales en general –e hipoteca inmobiliaria voluntaria en particular—puedan llegar a ser convencionalmente objeto de reconocimiento como créditos subordinados, por lo que perderían su consideración vocacional a

⁵²⁰ Se solapa en estos casos la categoría de los créditos subordinados derivados de multas y sanciones, que pese a que parezcan más incardinables dentro de los créditos públicos, parte de la doctrina aboga por incluir en los mismos las cláusulas penales en los contratos civiles cuando dicha cláusula no se corresponda con los daños sufridos por la parte contractual. Así VEIGA COPO *op. cit.* pág. 1436 y CARRASCO PERERA *op. cit.* pág. 82.

⁵²¹ VEIGA COPO *op. cit.* pág. 1392.

⁵²² En estos supuestos la subordinación por causa legal excluye necesariamente la subordinación convencional de los créditos, aun cuando el resultado real en términos generales no difiere son créditos subordinados y por tanto postergados al pago respecto del resto de los concursales y prededucidos los créditos contra la masa, si bien al ocupar el último rango dentro del orden del art. 92 LECO los convencionales, serán antes satisfechos previamente las demás categorías de créditos subordinados legales, incluso los que sean calificados por la especial relación con el deudor.

que todo o parte de los mismos fueran reconocidos como créditos privilegiados especiales. Sin embargo y conforme al tenor del art. 146 TRLC que pone el foco en la existencia de garantías reales no se perdería la reipersecutoriedad, si bien la venta de la cosa al no tener créditos privilegiados especiales reconocidos sobre la misma beneficiaría a la masa pasiva total del concurso y no al acreedor hipotecario⁵²³. Esto sería así incluso cuando nos encontráramos ante la ejecución separada ya que—como se verá infra—la obligación de satisfacción de la deuda originaria se encuentra supeditada al reconocimiento de créditos con privilegio especial respecto del bien objeto de apremio⁵²⁴.

En cuanto a los créditos participativos —siguiendo a COLINO MEDIAVILLA⁵²⁵—su carácter de subordinados no viene tanto dado por su naturaleza legal sino por virtud de los contratos o pactos que los establecen, de tal punto que si reúne todos los requisitos legales para que sea considerado crédito participativo —esto es y principalmente retribución participativa; duración determinada que se corresponde con el derecho de reembolso del principal a un determinado plazo; y su carácter subordinado en supuestos de prelación de créditos—y se pactan voluntariamente estos extremos, será crédito subordinado.

II.1.3.6.- Los créditos contra la masa como créditos no concursales.

Como se ha mencionado anteriormente, resulta crucial analizar la naturaleza de los créditos contra la masa por cuanto en supuestos de rehabilitación de los negocios subyacentes por parte de la AC, los créditos garantizados con hipoteca pasan a ser satisfechos contra la masa. Así el art. 530.2 TRLC establece que en tanto se encuentren paralizadas las ejecuciones de garantías reales y el ejercicio de acciones de recuperación asimiladas o subsista la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los

⁵²³ Podría decirse, en nuestra opinión, que registralmente se produce una suerte de postergación del rango hipotecario respecto de la eventual inscripción o anotación del concurso, ya que al considerarse créditos subordinados por el *convenium* alcanzado ningún privilegio de cobro respecto de los acreedores concurrentes obtiene su inscripción en casos de insolvencia declarada.

⁵²⁴ Así, el art.430.3 TRLC establece que «El importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda.»

⁵²⁵ COLINO MEDIAVILLA, JL. *Créditos participativos y concurso de acreedores*. Ed. La Ley Getafe, 2010 págs. 88 y ss.

titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores. Se precisa igualmente que en caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial destinándose su producto al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda

En contraposición a los créditos concursales encontramos los créditos contra la masa, que siguiendo en este punto a BELTRÁN⁵²⁶ podemos definirlos como todos aquellos que genera el propio procedimiento concursal, ya se deriven de costas y gastos judiciales, ya se refieran a obligaciones nacidas durante el concurso o que se mantengan tras su declaración, cuya característica fundamental es que disfrutan de preferencia frente a los créditos concursales. Desde una óptica más procesal CORDÓN MORENO⁵²⁷ afirma que los créditos contra la masa, no integran la masa pasiva en la medida en que no concurren con los demás, no integrándose en las soluciones de convenio o liquidación, mas en todo caso sí que suponen un «pasivo» para la masa, que justamente los paga con carácter prededucible, mermando su cuantía en esa medida.

Partiendo de estas definiciones hemos de precisar que, con relación a la prededucibilidad, la regla general de que los créditos contra la masa se satisfacen con preferencia respecto de los créditos concursales a cargo de la masa activa, quiebra en cuanto se refiera bienes gravados con garantías reales que predeterminan el reconocimiento de los mismos como créditos privilegiados especiales. Se trata, a decir de VEIGA COPO⁵²⁸ de aquellos créditos que no sean concursales y que por tanto no integran la masa masiva, y se caracterizan primariamente por ser créditos provocados por el concurso pero no créditos que provocan el concurso, en el sentido que no causan la insolvencia al

⁵²⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E «Créditos concursales y créditos contra la masa.» Capítulo incluido en *Comentarios a la Ley Concursal*. Dir. ROJO, A y BELTRÁN, E. Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 1499 Tomo I.

⁵²⁷ CORDÓN MORENO, *op. cit.* comentario art. 84 LECO, edición digital.

⁵²⁸ VEIGA COPO *op. cit.* pág. 826 y ss.

nacer necesariamente de la apertura o declaración del concurso. No obstante a estos créditos equiparan otros que, de por sí, sí han sido anteriores al concurso y que han podido incluso provocar o agravar la insolvencia, como son los créditos laborales o de los profesionales que se han devengado antes de la declaración del concurso.

Hasta la entrada en vigor de la LECO, sostiene el citado autor, la delimitación de lo que eran créditos contra la masa era eminentemente de carácter doctrinal y jurisprudencial, englobando las denominadas deudas de la masa entre las que se distinguían los gastos de la masa y las obligaciones de la masa, incluyendo los gastos subsiguientes a la declaración de concurso, costas, obligaciones que genera el procedimiento, y otros que por su carácter no pueden ni deben ser postergados⁵²⁹.

La consideración de los acreedores contra la masa como acreedores extraconcursoales hace que los mismos no se vean afectados por las normas que el concurso impone a los créditos concursales y serán atendidos a medida que vencen⁵³⁰ por lo que no es preciso esperar ni al cumplimiento de un convenio ni a la realización mediante la liquidación concursal para satisfacerlos, siendo susceptibles, como se indicó *ut supra*, de ejecución forzosa en algunos casos. En cualquier caso y siguiendo e este punto a CERVERA MARTÍNEZ⁵³¹ la regla del vencimiento ha sido modulada y flexibilizada jurisprudencialmente hasta propiciar en la reforma de 2011 la introducción del art. 243.3 TRLC que permite que la AC pueda alterar la regla del vencimiento cuando lo considere conveniente para el interés del concurso siempre que presuma que la masa activa va a resultar suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, y sin que pueda afectar esta postergación a los créditos por alimentos, a los créditos laborales, a los créditos tributarios ni a los de la seguridad social.

Como hemos visto es condición necesaria que exista la previsión de que se van a satisfacer todos los créditos contra la masa a cargo de la masa activa y de los nuevos recursos que se generen,

⁵²⁹ En este sentido, BLASCO GASCÓ determina que es la extraconcursoalidad la que da carta de naturaleza a estos créditos contra la masa siendo su preferencia dada por este carácter. BLASCO GASCÓ *op. cit. Prelación...* pág. 74.

⁵³⁰ En la práctica forense, se entiende que se satisfacen *a devengo*, imponiéndose la nomenclatura administrativista o fiscal.

⁵³¹ CERVERA MARTÍNEZ, M. «Los créditos contra la masa.» Incluido en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015, págs.634 y ss.

puesto que si no fuera así nos encontraríamos con el supuesto reconocido en el art. 176 *bis* LECO introducido igualmente por la Ley 38/2011 que da carta de naturaleza en nuestro Derecho de la Insolvencia al llamado concurso del concurso que ha visto desgajada su regulación en el TRLC pasando a estar reconocido el supuesto en el art. 465.5 TRLC y el orden de pago de los créditos en el art. 250 del citado cuerpo legal. Así, cuando los recursos existentes no han de resultar suficientes para hacer frente a los créditos contra la masa. En estos supuestos el orden del pago queda alterado respecto del criterio de devengo de tal punto que, siguiendo a UGENA MUÑOZ, se establece tasadamente un orden para satisfacerlos independientemente de cuándo hubieran vencido⁵³². se imposibilita su alteración, y serán satisfechos en primer lugar los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, dentro de los que se reconocen los créditos originados por la venta de los bienes, los suministros gastos de conservación y es discutido si se ha de incluir en este concepto los honorarios de la AC⁵³³; satisfechos estos se abonarán los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo hasta el duplo del salario mínimo interprofesional; a continuación, los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salarios pendientes de pago; seguidamente, los créditos por alimentos en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional; a continuación, los créditos por costas y gastos judiciales del concurso; y para concluir los demás créditos contra la masa, sin precisar si será a prorrata o a devengo, siendo este el criterio empleado en la práctica.

Otra característica que dimana de su condición de créditos extraconcursales es que se trata de créditos prededucibles, sin que dicha prededucibilidad pueda ser equiparada a privilegio alguno: lo son porque de su pago depende la prosecución del concurso. Por tanto y como se ha dicho se satisfarán respecto de la masa activa sin más límite que—como se ha dicho con anterioridad—el de

⁵³² UGENA MUÑOZ, S. «El iter temporal del orden de prelación para pago de los créditos contra la masa.» Revista digital *e-Dictum*. Núm. 78. Junio 2018. Puede ser consultado en la URL https://dictumabogados.com/files/2018/06/doctrina_junio-1.pdf (última consulta enero 2021). Concluía la citada autora—tras un análisis de la jurisprudencia consolidada y que entendemos aplicable a la actual dicción del TRLC—que el pago de los créditos contra la masa debía ajustarse necesariamente al orden de prelación del apartado 2 del artículo 176 *bis* LECO —hoy 250 TRLC—al margen de cuál sea su vencimiento, desde la comunicación de insuficiencia de masa por parte de la AC al juez del concurso, sustituyendo la normativa contenida en el citado precepto a la previsión general y afectando por igual a todos los créditos contra la masa pendientes de pago, es decir, tanto a los ya vencidos, como a los que pudieran vencer con posterioridad.

⁵³³ Así, CERVERA MARTÍNEZ destaca que el Acuerdo de los Jueces de lo Mercantil de Catalunya de 3 de julio de 2014 los limita exclusivamente a los honorarios de liquidación. CERVERA MARTÍNEZ, M *op. cit.* «Los créditos... pág. 637.

la salvaguarda de los elementos gravados con garantías reales, lo que determina por exclusión que son preferentes respecto de los créditos concursales ordinarios, privilegiados generales y frente a los créditos subordinados pero no respecto de los créditos privilegiados especiales en relación a los bienes sobre los que recaen las garantías reales.

En cuanto a esta prededucibilidad y por cuanto pueden colisionar con bienes gravados con hipoteca, podemos encontrarnos con supuestos de gasto contra la masa que afectan a bienes inmuebles cuyo valor está reservado —hasta los límites legales, bien del importe de su crédito, bien de la deuda originaria— a los acreedores privilegiados especiales, como pueden ser los gastos de conservación de dichos elementos, los tributos posteriores a la declaración de concurso y otros que asemeja, por lo que se estará beneficiando doblemente a los acreedores privilegiados especiales, que por un lado ven incólume el valor de la cosa gravada con hipoteca y por otro lado ven como ese gasto de la masa se repercute en la totalidad de los acreedores, que solo se beneficiarán del valor de la cosa gravada cuando este supere el de los créditos garantizados o la deuda originaria en su caso.

La casuística de los créditos contra la masa según la clasificación que realiza el art. 242 TRLC resulta prolija⁵³⁴ y en relación a la interacción de los mismos con los créditos privilegiados

⁵³⁴ Art. 242 TRLC « *Son créditos contra la masa: /1.º Los créditos por salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. /2.º Los gastos y las costas judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares y la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta ley. /3.º La asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas. /4.º Los gastos y las costas judiciales ocasionados por la asistencia y representación del concursado, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos. /5.º Los créditos por la condena al pago de las costas como consecuencia de la desestimación de las demandas que se hubieran presentado o de los recursos que se hubieran interpuesto con autorización de la administración concursal o como consecuencia del allanamiento o del desistimiento realizados igualmente con autorización de la administración concursal. En caso de transacción, se estará a lo pactado por las partes en materia de costas./ 6.º La retribución de la administración concursal. /7.º Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. También tendrán esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando*

especiales encontramos que se reconocerán como tales los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en el TRLC, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado⁵³⁵. En este supuesto se puede dar el caso que los créditos que en origen son concursales –privilegiados especiales o incluso ordinarios en cuanto a la parte que exceda a los reconocidos como privilegiados especiales—se reconozcan y satisfagan como créditos extraconcursoales contra la masa, por lo que resultan satisfechos con cargo a bienes distintos a los gravados, que al igual que en el supuesto anterior resultan incólumes.

Una circunstancia que puede—y suele—darse en relación a los créditos contra la masa, en especial vista la salvaguarda de la masa activa que ha de responder de los créditos con privilegio especial—es la posibilidad de que rebasen en su generación el importe de la masa activa respecto de la cual

tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad. /8.º Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso. Quedan comprendidos en esta regla los créditos laborales correspondientes a ese período, incluidas las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo que se hubiesen producido con posterioridad a la declaración de concurso, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso. /Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento. /9.º Los que, conforme a esta ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución en interés del concurso o por incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte del concursado. /10.º Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado. /11.º Los que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por este, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el titular de este crédito. /12.º Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de esta, por el concursado sometido a intervención. /13.º Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo. /14.º En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado antes de la apertura de la fase de liquidación para financiar el plan de viabilidad necesario para el cumplimiento del convenio aprobado por el juez. No tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos, nacidos durante la fase de cumplimiento del convenio, de que fuera o hubiera sido titular cualquiera de las personas especialmente relacionadas con el deudor, como consecuencia de préstamos o de cualquier otro contrato de análoga finalidad o como consecuencia de aportaciones dinerarias realizadas en operaciones de aumento del capital de la sociedad deudora, aunque el aumento hubiera quedado sin efecto. /15.º Cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración.».

⁵³⁵ Y ello ex art. 242.10º TRLC.

han de ser satisfechos. En estos casos el art. 430.3 TRLC establece que, tras afirmar que el importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria, precisa que el resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda. Respecto a la posibilidad de suspender el pago, FERNÁNDEZ SEIJO⁵³⁶ afirma que si existe en tramitación una acción de reintegración en trámite que pueda afectar a la calificación o cuantificación del crédito se ha de esperar a la firmeza de la resolución final que recaiga.

II.1.3.7.- La realidad negocial respecto de los créditos que gozan de garantía hipotecaria inmobiliaria en el concurso de acreedores.

Analizada como premisa mayor la categorización que el legislador hace respecto de las diversas calificaciones que pueden ostentar los créditos de los deudores en situación de insolvencia declarada, pasaremos a analizar, como premisa menor, la casuística de los diversos créditos que concurren al procedimiento concursal y que gozan de garantía real inscrita en forma de hipoteca inmobiliaria voluntaria, teniendo vocación de ser reconocidos—en todo o en parte—como créditos privilegiados especiales. En especial se tratará usualmente de contratos de préstamo o crédito derivados de la adquisición de bienes concretos o en garantía del cumplimiento de obligaciones futuras, como es el caso de las hipotecas constituidas en garantía de pólizas y de las hipotecas de máximo.

Por el contrato de préstamo, según se deduce de lo dispuesto en los arts. 1.740⁵³⁷ y 1753⁵³⁸ CC una parte entrega a otra dinero u otra cosa fungible, que la hace suya, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, siendo posible que dicho contrato sea gratuito o con pacto de

⁵³⁶ FERNÁNDEZ SEIJO, JM. Comentario a los arts. 429 a 440 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020. Tomo III pág. 342.

⁵³⁷ Art. 1740. CC: «Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. /El comodato es esencialmente gratuito./ El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.»

⁵³⁸ Art. 1753 CC «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.»

pagar interés. El contrato de crédito es contrato atípico, aunque sea nombrado en el art. 175.7 CdC⁵³⁹, en el que una parte (acreditante) se obliga a poner a disposición de un cliente (acreditado) un determinado capital por un cierto plazo, en forma de límite máximo.

Es evidente que la parte prestamista o acreedora de un contrato de crédito que estime procedente asegurar su préstamo o crédito constituyendo garantías en general —y en especial hipoteca inmobiliaria voluntaria— será habitualmente una parte que obtenga rendimientos económicos de esta actividad, revistiendo por lo general el carácter de entidad de crédito, y concretamente hablando de préstamos y créditos bancarios.

Por préstamo bancario, y siguiendo la más reciente jurisprudencia del TS⁵⁴⁰, entendemos que será aquel contrato por el que la entidad bancaria entrega una suma de dinero determinada, sea mediante entrega simultánea del dinero en efectivo o, más frecuentemente mediante un abono en cuenta simultáneo o posterior a la firma, obligándose quien la recibe a restituir otro tanto de la misma especie y calidad en las condiciones pactadas y a pagar los correspondientes intereses. A diferencia del anterior, y con base en idéntica resolución, podemos definir contrato de crédito bancario como

⁵³⁹ Así el art. 175.7 CdC incluye dentro de los objetos sociales propios de las compañías de crédito «Prestar sobre efectos públicos, acciones u obligaciones, géneros, frutos, cosechas, fincas, fábricas, buques y sus cargamentos y otros valores y abrir créditos en cuenta corriente, recibiendo en garantía efectos de igual clase.»

⁵⁴⁰ Así, STS de 22 de marzo de 2018, Sala de lo Civil, Sección 1ª ECLI: ES:TS:2018:1112 (Id CENDOJ 28079110012018100162) en su razonamiento jurídico tercero es claro: «El contrato de préstamo bancario de dinero, según autorizada doctrina, es un contrato real que se perfecciona mediante la entrega del capital prestado (art. 1753 CC), aunque la práctica bancaria ha incluido un cierto carácter consensual, pues es habitual que se suscriba un contrato y no haya entrega material del dinero, sino un abono en cuenta simultáneo o posterior a la firma. Se viene a definir como un contrato por el que la entidad bancaria entrega una suma de dinero determinada, en el modo antes expuesto, obligándose quien la recibe a restituir otro tanto de la misma especie y calidad en las condiciones pactadas y a pagar los correspondientes intereses. El contrato de apertura de crédito es un contrato atípico, aunque sea nombrado en el art. 175.7 del Código de Comercio, y se le conoce también con los nombres de cuenta de crédito o línea de crédito. En este contrato una entidad de crédito (acreditante) se obliga a poner a disposición de un cliente (acreditado) un determinado capital por un cierto plazo, en forma de límite máximo. La entidad se obliga a entregar las cantidades que el cliente solicite, de acuerdo con los términos pactados, mediante el pago de una comisión de apertura y al tipo de interés pactado sobre las cantidades efectivamente dispuestas. De lo expuesto se desprende que lo más característico del contrato de apertura de crédito es que el dinero no se entrega de una sola vez, sino que únicamente se facilita su disponibilidad conforme el cliente lo vaya necesitando, y que los intereses se aplican solo sobre las cantidades efectivamente retiradas. Supone una forma evolucionada del préstamo con finalidad económica diferente, puesto que mientras en este es la disponibilidad de dinero, en la apertura de crédito es la disponibilidad de crédito durante el tiempo pactado, y se basa en el concepto económico de «saldo fluctuante». La consecuencia es que en el préstamo el importe queda fijado en el momento inicial, mientras que en la apertura de crédito fluctúa en función de las disposiciones efectivamente realizadas.»

un contrato atípico, aunque sea nombrado en el art. 175.7 CdC en el que una entidad de crédito (acreditante) se obliga a poner a disposición de un cliente (acreditado) un determinado capital por un cierto plazo, en forma de límite máximo. La entidad se obliga a entregar las cantidades que el cliente solicite, de acuerdo con los términos pactados, mediante el pago de una comisión de apertura y al tipo de interés pactado sobre las cantidades efectivamente dispuestas. De lo expuesto se desprende que lo más característico del contrato de apertura de crédito es que el dinero no se entrega de una sola vez, sino que únicamente se facilita su disponibilidad conforme el cliente lo vaya necesitando, y que los intereses se aplican solo sobre las cantidades efectivamente retiradas. Se trata, según refiere la citada sentencia, de una forma evolucionada del préstamo con finalidad económica diferente, puesto que mientras en este es la disponibilidad de dinero, en la apertura de crédito es la disponibilidad de crédito durante el tiempo pactado, y se basa en el concepto económico de «*saldo fluctuante*». La consecuencia es que en el préstamo el importe queda fijado en el momento inicial, mientras que en la apertura de crédito fluctúa en función de las disposiciones efectivamente realizadas.

Cuando hablamos de préstamos concedidos para la adquisición de bienes inmuebles entraremos dentro de la casuística de los denominados préstamos inmobiliarios, en cuya regulación incide la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario⁵⁴¹—en lo sucesivo LCI—que parte igualmente del carácter de profesionalidad del acreedor crediticio. Por préstamo inmobiliario entendemos aquel que tiene por objeto, en general, obtener recursos mediante los que afrontar la adquisición de un inmueble, sea este remunerado mediante interés o no. Cuando el préstamo es en moneda, que será lo más habitual, nos encontraremos ante un préstamo inmobiliario en moneda, que podrá estar dotado de garantías reales —en especial, de garantía hipotecaria—o no.

Igualmente en supuestos en los que se adquiere un suelo para desarrollar el mismo y realizar la promoción de edificaciones y en especial de viviendas encontramos las acepciones comerciales —que responden a contratos en cierto modo estandarizados—de préstamos para la adquisición de suelo, créditos promotores conferidos para financiar las labores propias de edificación y otras figuras afines. En cuanto a las hipotecas que se constituyen en garantías de los mismos suele ser

⁵⁴¹ Que surge de la surge de la transposición parcial y tardía de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero (Ref. DOUE-L-2014-80363), complementada por las disposiciones reglamentarias de 26 de abril de 2019 publicadas el 29 de dicho mes.

habitual que el préstamo promotor se traduzca en una constitución de hipoteca inmobiliaria voluntaria sobre el total del suelo; que a su vez es reconducido constituyéndose el contrato de préstamo promotor, subsumiéndose las cantidades objeto del préstamo o no, y que se nove—modificativamente y con mantenimiento de rango—la hipoteca constituida en garantía del primero; que se acabe por concluir la edificación procediéndose a la división horizontal y a la división hipotecaria; y que posteriormente se produzca una enajenación de todo o parte de los bienes con subsistencia en todo o en parte de la deuda hipotecaria garantizada que podrá ser objeto de novación subjetiva a cargo del comprador, o no.

En cualquiera de los casos un contrato de préstamo o crédito sometido a interés o en el que se emplee cualquier variable susceptible de romper la conmutatividad de las prestaciones se convierte automáticamente en un contrato aleatorio en el sentido del Art. 1.790 CC⁵⁴² toda vez que existe un elemento incierto y ajeno a la voluntad de las partes que determinará una de las prestaciones. Cuando adicionalmente al interés se introducen otros elementos distintos –como puedan ser bonificaciones o penalizaciones al interés, cumplimiento de condiciones concretas, contratación de otros productos accesorios sometidos a un coste, o incluso la denominación en moneda extranjera del préstamo acordado—la aleatoriedad se acentúa.

II.1.4.- El reconocimiento de créditos dentro del concurso de acreedores; insinuación y reconocimiento de créditos. Calificación, clasificación de créditos y vías para su impugnación.

Como ha sido objeto de análisis *ut supra*, la base del sistema de imputación de pagos en el concurso de acreedores es el reconocimiento y graduación de créditos en cuatro categorías que integran la masa pasiva concursal. Así, las deudas deben ser calificadas por un tercero pasando a integrar las categorías de créditos privilegiados especiales, privilegiados generales, ordinarios o subordinados. Esta obligación de calificar dentro de estas cuatro categorías, además de la de cuantificar los créditos, corresponde a la AC, como órgano necesario del concurso designado a instancias del Juez

⁵⁴² Art. 1.790 CC «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.»

del concurso al que corresponde en última instancia una facultad de control a través de mecanismos impugnatorios como el incidente concursal⁵⁴³.

No obstante, la información de la ha de nutrirse la AC exige colaboración de los llamados al concurso ya que es carga de la parte acreedora insinuar en tiempo y en forma los créditos a la AC. En tiempo, porque de una aportación extemporánea podrá derivarse la subordinación del crédito como se ha desarrollado *ut supra*; y en forma, ya que deberá venir ajustada al régimen de insinuación de créditos y sus excepciones previsto en el TRLC.

Siguiendo en este punto a BERMEJO⁵⁴⁴ podemos afirmar que con carácter general la fórmula de la que disponen los acreedores para ser partícipes del procedimiento concursal será la comunicación de créditos⁵⁴⁵. Se trata, por tanto, de un presupuesto necesario para el reconocimiento de los créditos que no poseen una vía excepcional para ello es la llamada insinuación de créditos. Respecto de su naturaleza VEIGA COPO⁵⁴⁶ manifiesta el carácter controvertido de la misma que abarca desde aquellos que entienden que la misma es un acto equivalente a la interposición de una

⁵⁴³ Calificación que además y para créditos privilegiados –sean generales o con privilegio especial—exige una posterior clasificación conforme a las categorías dispuestas por el art. 287 TRLC «*Si en el momento de la presentación de la lista de acreedores no estuviera en tramitación la fase de liquidación o el concursado no hubiera solicitado la apertura de esa fase, los créditos que tuvieran privilegio general o especial respectivamente deberán incluirse en esa lista en alguna de las siguientes clases: /1.º Los créditos de derecho público./ 2.º Los créditos laborales. Se consideran créditos laborales los créditos de los acreedores por derecho laboral y los créditos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes en cuantía que no exceda de la prevista en el número 1.º del artículo 280. No tendrán la consideración de créditos laborales los derivados de una relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en la parte que exceda de la cuantía prevista en el número 1.º del artículo 280. /3.º Los créditos financieros. Se consideran créditos financieros los créditos procedentes de cualquier endeudamiento financiero por parte del deudor, con independencia de que los titulares de esos créditos estén o no sometidos a supervisión financiera. /4.º Los restantes créditos. En esta clase se incluirán los de los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores.*»

⁵⁴⁴ BERMEJO, N. «Comunicación de créditos.» Capítulo incluido en *Comentarios a la Ley Concursal*. Dir. ROJO, A y BELTRÁN, E. Ed. Civitas, Madrid, 2004, Tomo I pág. 1527.

⁵⁴⁵ O insinuación, en la terminología empleada por la doctrina. Entendemos que es la terminología más correcta ya que lo que se pone de manifiesto es la existencia de deudas que deben ser objeto de reconocimiento, calificación, cuantificación y en su caso de clasificación. Solo entonces cabe, a nuestro juicio, denominar las deudas créditos a estos efectos concursales, por tanto resulta adecuada a nuestro juicio la expresión de insinuación.

⁵⁴⁶ VEIGA COPO *op. cit.* págs. 303 y ss.

pretensión judicial por vía de acción⁵⁴⁷; igualmente parte de la doctrina la considera como el ejercicio de una pretensión ante una autoridad administrativa⁵⁴⁸; para definirla a continuación como una suerte de fase declarativa y a su vez necesaria en el concurso que conduce al reconocimiento de todos aquellos titulares de pretensiones patrimoniales que pueden ser satisfecha en el procedimiento concursal a cuyo fin instan a la AC a que se les tenga por presentes y reconocidos en el mismo. En este sentido entiende el citado autor que la comunicación del crédito supone una actividad justificativa e identificativa del acreedor que trata de hacer valer su pretensión patrimonial en el procedimiento colectivo. Por último precisa VEIGA COPO que esta obligación no es predicable de los créditos contra la masa, sino exclusivamente de los créditos concursales. GADEA SOLER precisa que una vez finalizado el plazo para comunicar los créditos y presentada la correspondiente documentación, la administración concursal determinará la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. A diferencia de la legislación anterior, la decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultasen de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso⁵⁴⁹.

El art. 28.1.5º TRLC establece como contenido preceptivo del Auto de declaración de concurso «*El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso en el “Boletín Oficial del Estado”.*» Esto supone que desde la publicación en el BOE se genera un plazo procesal de un mes a computar desde el día siguiente hábil de dicha publicación para poner en conocimiento de la AC la existencia de los créditos a través de lo que el legislador ha denominado como insinuación de créditos. Varias cuestiones a analizar respecto del tenor literal vigente del citado artículo.

⁵⁴⁷ Disentimos ya que difícilmente la comunicación a un órgano necesario dentro del concurso puede revestir el carácter procesal de acción, ya que este no goza de jurisdicción, sino en todo caso un presupuesto para su ejercicio ante el Tribunal ante el no reconocimiento o reconocimiento defectuoso.

⁵⁴⁸ Entendemos que la autoridad de la AC no es en ningún caso administrativa. Es un órgano de necesario del concurso y si tiene autoridad es por ministerio de la ley y delegación del Tribunal.

⁵⁴⁹ Añade que se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en Registro Público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. GADEA SOLER. *op. cit.* Ed digital.

Que se trata de un plazo procesal no genera especiales dudas⁵⁵⁰ ya que tiene su origen en una actuación procesal, cual es el Auto de declaración de concurso. Y ello sin que pueda entenderse que el plazo de un mes que se confiere por dicha resolución genere la posibilidad de interponer una acción, sino la de realizar un acto procesal cual es manifestar a la AC la existencia de un crédito. En este sentido y en relación a la distinción entre plazos procesales y civiles, la STS de 29 de mayo de 1992 de la Sala de lo Civil, Sección 1ª,⁵⁵¹ y aquellas que cita.

El plazo ha de computar a partir del siguiente día a la publicación en el BOE y tratándose de un plazo de un mes se ha de computar de fecha a fecha *ex art. 133.3 LEC*⁵⁵² y en tanto se trata de una

⁵⁵⁰ En este sentido BERMEJO *op cit.* págs. 1530 y 1531.

⁵⁵¹ ECLI:ES:TS:1992:13148 (Id CENDOJ 28079110011992102879) Así el razonamiento segundo de la citada STS resulta clarificador: «*La sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 1982 estableció que era constante jurisprudencia, distinguiendo entre términos o plazos sustantivos y procesales (sentencias de 24 de marzo 3 de 1897, 24 de octubre de 1903, 23 de enero de 1946. 21 de mayo de 1951. II de febrero de 1959, 14 de noviembre de 1962. 22 de mayo de 1965 y 25 de junio de 1968), que sólo ofrecen carácter procesal los que "tengan su origen o punto de partida en una actuación de igual clase», o sea que solo tienen carácter procesal los que comienzan a partir de una notificación, citación, emplazamiento o requerimiento, pero no cuando se asigna el plazo para el ejercicio de una acción: por otra parte, la de 25 de mayo de 1979, que cita las de 30 de abril de 1940. 7 de diciembre de 1943, 17 de noviembre de 1948. 25 de septiembre de 1950. 5 de julio de 1957, 18 de octubre de 1963 y 11 de mayo de 1966. concreta que la caducidad o decadencia de Derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción.»*

⁵⁵² Art. 133 LEC: «*1. Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas. No obstante, cuando la Ley señale un plazo que comience a correr desde la finalización de otro, aquel se computará, sin necesidad de nueva notificación, desde el día siguiente al del vencimiento de este. 2. En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles. Para los plazos que se hubiesen señalado en las actuaciones urgentes a que se refiere el apartado 2 del artículo 131 no se considerarán inhábiles los días del mes de agosto y sólo se excluirán del cómputo los sábados, domingos y festivos. 3. Los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. 4. Los plazos que concluyan en sábado, domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil.»* Resulta de especial incidencia al caso que si el último día del plazo de un mes no tiene equivalente en el mes siguiente – piénsese en plazo de un mes a iniciar un eventual 31 de octubre hábil, no se prorrogará el cómputo final por esta causa a un 1 de diciembre hábil, sino que quedará fijado en el 30 de noviembre. En este sentido STS de 29 de marzo de 2011, Sala de lo Civil, Sección 1ª, ECLI:ES:TS:2011:2163 (Id CENDOJ 28079110012011100232) que pese a referirse a los plazos civiles hace una digresión que viene al caso en relación a los procesales que resulta enriquecedora a nuestro juicio: «*Ello es así porque los plazos procesales por meses (o periodos superiores al mes) se computan de la siguiente manera: (a) se cuentan de fecha a fecha (art. 133.3 LEC); (b) el "dies a quo" es el siguiente a la notificación (art. 133.1 LEC); (c) no se descuentan los días inhábiles; (d) en relación con el mes de agosto, no es inhábil el mes sino que son inhábiles los días (art. 130.2 LEC); (e) si el último día es inhábil se entiende prorrogado el plazo al primer día hábil (art. 133.4 LEC), pudiéndose hacer la presentación del escrito hasta las quince horas del*

actuación sometida a plazo se permite la presentación antes de las 15:00 horas del siguiente hábil conforme al art. 135.5 LEC, pese a que su destinatario no lo sea el órgano jurisdiccional sino la AC. Por tanto, cómputo de fecha a fecha desde el siguiente día a la publicación en el BOE, sin detraer inhábiles, prorrogando al siguiente hábil caso de que el último día sea inhábil, y permitiéndose la presentación en el llamado *día de gracia*.

La presentación de la insinuación de crédito ha de ser hecha ante la AC no ante el Juzgado⁵⁵³. Es por ello primordial que la AC fije no sólo un domicilio en la localidad donde tenga su sede el Juzgado, sino también un correo electrónico y una dirección postal, a las que se dará plena difusión en el edicto que se publique tanto en el BOE como en los registros públicos preceptivos. Así el párrafo segundo del art. 23.1 LECO obligaba a que *«Una vez aceptado el cargo por el administrador concursal, los edictos relativos a la declaración de concurso se remitirán al “Boletín Oficial del Estado” y al Registro público concursal para que sean publicados con la mayor urgencia.»* Contenido esencial del edicto que se ha de fijar será, entre otro, el plazo para la comunicación de los créditos, la dirección postal y electrónica para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos; y la dirección electrónica del Registro público concursal en el que se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso. En consecuencia con lo anterior, el art. 257.2 TRLC dispone que *«La comunicación podrá presentarse en el domicilio designado al efecto por el administrador concursal, remitirse a dicho domicilio o efectuarse por medios electrónicos.»* La obligación de insinuar el crédito directamente a la AC evitando utilizar de forma intermedia a la oficina judicial ha supuesto, a nuestro juicio, una agilización de los mecanismos procesales, ya que disminuyen riesgos de aportación extemporánea a la administración concursal de créditos insinuados en plazo bien por la demora propia de los organismos judiciales, bien por la posibilidad de extravío de documentación ante la ingente cantidad de documentos —sean en formato físico o electrónico— que tienen cabida en los concursos de acreedores. No obstante, el anverso de la moneda puede dar lugar a ciertos recelos por parte de los

día hábil siguiente al del vencimiento del plazo (art. 135.1 LEC). En el caso, al ser inhábiles los días del mes de agosto, aunque la segunda fecha ("dies ad quem" del plazo) sería el 6 de agosto, se prorroga el plazo al día 1 de septiembre (lunes), habiéndose producido la preclusión de la presentación del escrito a las quince horas del día 2 de septiembre (martes).»

⁵⁵³ Como ocurría en la redacción originaria del art. 85 LECO. Así, BERMEJO especificaba que se trataba de un trámite formal que debía hacerse aten el Juzgado que conociera del concurso pero para ante la AC como destinatario final de la misma. BERMEJO, N. *op. cit.* pág. 1534.

acreedores que carecen de un documento extendido con sello de entrada –físico o virtual—de un organismo público donde se acredite que se ha presentado el crédito en tiempo y forma, ya que la presentación por original o copia ante el Juzgado no va a resultar de efecto alguno.

Siendo una carga procesal de la parte, que no una obligación legal, la insinuación en tiempo y forma de sus créditos ante la AC, el art. 260.1 TRLC establece una serie de créditos de inclusión necesaria, muchos de los cuales entran de lleno en los créditos con garantía hipotecaria: *«La administración concursal incluirá necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por resolución procesal o por laudo, aunque no fueran firmes; los asegurados con garantía real inscrita en registro público; los que consten en documento con fuerza ejecutiva; los que consten en certificación administrativa, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso.»* Se establece a continuación la posibilidad de que la administración concursal, dentro del plazo para la emisión de su informe, pueda impugnar en juicio ordinario entre otras cuestiones la existencia y validez de los créditos asegurados con garantía real o que consten en documento con fuerza ejecutiva, no obstante su reconocimiento inicial⁵⁵⁴.

Respecto del fundamento de este régimen excepcional, VEIGA COPO⁵⁵⁵ lo centra en la cualidad y calidad de estos créditos que vienen documentados o han sido creados constitutivamente bajo el amparo de ciertos institutos, documentos, resoluciones o registros que acreditan fehacientemente la existencia y veracidad de tales créditos.

Dejando de lado los créditos de derecho público y los créditos respecto de trabajadores en general cualquier crédito que conste en título ejecutivo o que posea garantías reales deberá ser incluido. Adicionalmente se reconocen vías impugnatorias de algunos de estos créditos, como más adelante se verá.

Sin embargo guarda silencio el TRLC respecto de la inobservancia de esta obligación legal por parte de la AC—se deba o no a una falta de insinuación del crédito en tiempo y forma. Por tanto

⁵⁵⁴ De esta cuestión y de la problemática procesal que suscita se hablará en el subapartado siguiente.

⁵⁵⁵ VEIGA COPO *op cit.* pág. 377.

habrá de acudir al principio general de impugnación de créditos por vía del incidente concursal⁵⁵⁶. En este sentido –aunque teniendo por objeto créditos de derecho público, pero extrapolable a créditos hipotecarios de obligado reconocimiento—la reciente Sentencia de 12 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca⁵⁵⁷ en la que se concluye que procede estimar la pretensión de reconocimiento automático de un crédito público por vía de incidente concursal frente a la inacción de la AC: *«el legislador impone que determinados créditos que constan con ciertas formalidades, una vez que consten en el concurso, deben ser reconocidos de forma necesaria, sin poder entrar a discutir su existencia ni cuantía (no así la calificación), evitando que el beneficiario tenga que soportar que su pretensión sea puesta en entredicho por la administración concursal.»*

Centrándonos en lo que se refiere a los créditos de especial reconocimiento, el art. 260 TRLC prevé este tratamiento para todos aquellos en que hay título ejecutivo o resolución procesal o arbitral incluso aquella que no sea no firme. A estos se añade –aunque puede resultar redundante en la mayoría de los supuestos—la inclusión obligada de los créditos asegurados con garantía real inscrita en registros públicos.

El primero de los supuestos contempla el reconocimiento imperativo de aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal. Esto supone que los créditos que estuvieran contenidos en un laudo arbitral o que se contuvieran en resoluciones procesales aun cuando no hubieran adquirido firmeza –liquidaciones de intereses aprobadas pendientes de recurso, por ejemplo—deben ser reconocidos con la clasificación que corresponda.

El segundo de los supuestos de reconocimiento compele a reconocer aquellos créditos que consten en documento con fuerza ejecutiva. Se trataría de una remisión al art. 517.2 LEC, en concreto los ordinales primero a séptimo y noveno. También las Sentencias de condena no firmes respecto de las cuales se hubiera interpuesto recurso de apelación y que resultaran ejecutables provisionalmente conforme a los arts. 524 y 525 LEC.

⁵⁵⁶ Y ello conforme al art. 300 TRLC.

⁵⁵⁷ ECLI:ES:JMIB:2016:1554 (Id CENDOJ 07040470012016100142).

Una especial mención ha de hacerse a las pólizas de crédito, documento con fuerza ejecutiva del art. 517.1.5ª LEC al que antes hacíamos referencia. Ciertamente es que no tiene por qué ser aportado para su reconocimiento, como se ha visto, pero es altamente recomendable hacerlo toda vez que si no hay garantías reales será muy difícil que la AC extraiga los datos concretos de la contabilidad del deudor. Ciertamente es que al deber estar archivado en una notaría y no estrictamente en un registro no regiría la salvedad que da el art. 256.4 TRLC que exceptúa de la aportación de originales a los títulos o documentos figuren inscritos en un registro público, pero ni es obligado ni resulta recomendable aportar el original de la póliza, ya que siendo un documento público del 320.12º LEC podrá ser objeto de cotejo y la copia ejecutiva tiene muy escasas –por no decir nulas—posibilidades de reconstrucción conforme a la instrucción de 29 de noviembre de 2006, de la DGSJFP⁵⁵⁸, relativa a la conservación de la póliza y a la expedición de copia autorizada o de testimonio de la misma a efectos ejecutivos. En relación a los títulos susceptibles de ejecución definitiva se ha de hacer necesariamente una serie de observaciones:

Cuando se trate de los títulos ejecutivos extrajudiciales previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del apartado 2 del art. 517 LEC—esto es, escrituras públicas, pólizas, títulos al portador o certificados no caducados de registros contables—sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros, aun cuando se podrán adicionar varios títulos ejecutivos. Todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 520 LEC.

Según establece el art. 518 LEC «*La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.*» por tanto desaparece la condición ejecutiva por caducidad al transcurrir el quinto año desde la firmeza.

Por último y en la medida que pudiera ser de aplicación, cabe recordar que las sentencias meramente declarativas y las constitutivas no son susceptibles de ejecución conforme al artículo 521 LEC.

⁵⁵⁸ «B.O.E.» 299 de 15 de diciembre de 2006.

El tercer supuesto de créditos de obligado reconocimiento será el de créditos asegurados con garantía real inscrita en registros públicos. Sin entrar en los requisitos de oponibilidad a terceros que afectarán a su calificación y de los que se hablará más adelante, habrá de entenderse créditos garantizados con hipoteca –inmobiliaria, mobiliaria o naval—inscrita o prenda sin desplazamiento también inscrita. En la mayoría de los supuestos –salvo alguna hipoteca naval⁵⁵⁹—estarán constituidos en documento público, por lo que encajarían con el anterior supuesto de reconocimiento obligatorio. Por registros públicos se ha de entender a estos efectos el registro de la propiedad y el de bienes muebles.

Estando íntimamente relacionado con el objeto de la presente Tesis hemos de abordar necesariamente la posibilidad de impugnar los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real. El art. 260.2 TRLC confiere a la AC acción para impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real. Existe, por tanto, una breve pero certera posibilidad de atacar la mayoría de los créditos de obligado reconocimiento. Siguiendo en este punto a SANJUÁN Y MUÑOZ⁵⁶⁰, varias cuestiones deben ser objeto de análisis en este mecanismo impugnatorio.

En cuanto a la legitimación activa el art. 260.2 TRLC es claro: exclusivamente podrá interponer la acción la AC independientemente de que fuera instado a ello por el deudor o por cualquier interesado, o que operara *motu proprio*.

El plazo para interponer sería el dado para emitir su informe, contando las posibles prórrogas que se hubieran podido conferir a la AC. Plazo que entendemos es de caducidad, por tanto y que no admite interrupción.

El cauce procesal será el juicio declarativo ordinario, según determina el precepto transcrito⁵⁶¹. No aclara si habrá de procederse conforme a las normas de competencia objetiva y territorial ordinarias

⁵⁵⁹ Así según el artículo 128 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima en redacción dada por la Ley 9/2015 de 25 de mayo «Para que la hipoteca naval quede válidamente constituida podrá ser otorgada en escritura pública, en póliza intervenida por notario o en documento privado y deberá inscribirse en el Registro de Bienes Muebles.»

⁵⁶⁰ SANJUÁN Y MUÑOZ. E *op. cit.* Concurso de... págs.251 a 253.

⁵⁶¹ Siendo una de las escasas ocasiones en las que el legislador se ha apartado de establecer como cauce el incidente concursal, como acertadamente indica SANJUAN Y MUÑOZ lo que provoca que lo resuelto

o si ha de corresponder al Juez del concurso por su *vis attractiva*. En cualquier caso habrá de estarse a las reglas de competencia general de la LOPJ y leyes de enjuiciamiento, por lo que salvo que se trate de competencias incluidas en el elenco del art. 52 TRLC corresponderá el conocimiento a los tribunales ordinarios, frente a los que la AC deberá ejercer sus pretensiones asistido de Procurador y bajo dirección letrada. Sin embargo y siguiendo nuevamente a SANJUÁN Y MUÑOZ lo habitual en estos supuestos será que la competencia resida en el Juez del concurso en los supuestos en los que se ejercite acumuladamente con pretensiones rescisorias incluidas dentro del art. 226 TRLC⁵⁶².

La consecuencia de que la administración concursal accione por esta vía y se formule contestación a la demanda⁵⁶³ será el reconocimiento del crédito como contingente y sin cuantía propia debiendo ser calificado como corresponda, dado su carácter de crédito litigioso por indicación del art. 263.2 TRLC⁵⁶⁴. De la consideración de créditos contingentes se hablará más adelante.

Resuelto que sea el juicio declarativo que hubiera interpuesto con este objeto la administración concursal, quedará alzada la contingencia. El problema se genera en las posibles ejecuciones separadas que puedan seguirse en la medida que no habrá crédito con privilegio especial al que

entrando en el fondo gozará de efectos de cosa juzgada material. Igualmente, y en nuestra opinión, esto ha de ponerse en consideración con la asunción de competencia objetiva de la que se hablará a continuación. *op cit. Concurso de...* pág. 252.

⁵⁶² SANJUÁN Y MUÑOZ *op cit. Concurso de...* pág. 252. No obstante esto chocaría con el distinto cauce procesal que poseerían las dos acciones, ya que el art. 234 TRLC impone el incidente concursal.

⁵⁶³ Por disponerlo de esta forma el art. 262.2 TRLC. Sin embargo se obvia que la ausencia de contestación de la demanda en ningún caso supone un allanamiento presunto, por lo que debería equipararse a mi juicio la preclusión del trámite para contestar la demanda a la efectiva contestación. Por otro lado también se obvia la posibilidad de que el demandado en la contestación se avenga a las pretensiones del actor, por lo que en este caso existiría contestación pero no oposición por lo que difícilmente cabría hablar de litigiosidad. Entendemos que la litigiosidad debería considerarse desde la interposición de la demanda, sin perjuicio de que esta desapareciera si existe terminación normal o anormal del proceso.

⁵⁶⁴ Salvo que se interprete de manera extensiva la previsión del código civil prevista para la venta de créditos litigiosos que sólo considera tales una vez se conteste la demanda (artículo 1535 CC). Así la Sentencia de 19 de abril de 2016 de la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona ECLI:ES:APB:2016:3801 (id CENDOJ 08019370152016100096) –que propiamente habla de créditos litigiosos por sometimiento a arbitraje– define qué haya de entenderse en el concurso de acreedores por créditos litigiosos en general: «No basta, a nuestro modo de ver, con que existe una contienda todavía no judicializada, para que el crédito merezca tal calificación (interpretación amplia del artículo 87.3º a la que alude el recurso), sino que es necesario que esa contienda se esté dirimiendo en un proceso judicial o arbitral y que este, al tiempo del reconocimiento del crédito en el informe, no haya concluido.» En la medida que el crédito se estará dirimiendo judicialmente y no ha concluido –por mera comparativa de los plazos procesales de la presentación de informe y la sustanciación de un proceso ordinario– se ha de considerar crédito litigioso y ello hasta tanto no se resuelva por sentencia firme o susceptible de ejecución provisional por virtud del art.262.2 TRLC. En este sentido véase MUÑOZ PAREDES *op cit. Aspectos prácticos...* pág. 80.

imputar adjudicaciones, sean de terceros, sean de la propia parte ejecutante, por lo que no sería extraño que se acordaran medidas cautelares para prevenir estas situaciones.

Recientemente el TS se ha pronunciado en STS de 23 de marzo de 2021⁵⁶⁵ de un supuesto que linda con el anterior que sería la solicitud por vía de incidente concursal de la nulidad de una hipoteca por causa ilícita dada la existencia de una conducta delictiva de los apoderados de la entidad prestamista. Es estimada esta pretensión en la instancia y en la alzada si bien es casada por el TS. Basa el TS su decisión en que pese a que los apoderados fueron condenados por un delito imprudente no existía un propósito común (o querido por una parte y consentido por la otra) de cometer un delito mediante la celebración del contrato de préstamo hipotecario, no pudiéndose afirmar que el propósito delictivo de una de las partes quedara incorporado al contrato y que este tenga causa ilícita y, por tanto, sea nulo y releve al prestatario de la obligación de reintegrarlo al prestamista. Todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas y/o penales que procede imponer a quienes incumplieron las obligaciones que les imponía la normativa sobre blanqueo de capitales, como de hecho han sido ya impuestas en el ámbito penal.

Por último hemos de precisar que conforme determina el art. 267 TRLC⁵⁶⁶ la computación de los créditos en los textos provisionales y definitivos de informe habrá de ser en dinero. El primer elemento a tener en cuenta es, necesariamente, que el crédito ha de ser reconocido en dinero como elemento definible y cuantificable, determinado el legislador que el mismo se expresará en moneda de curso legal. Fuera de una economía de trueque—que sin embargo las nuevas perspectivas de activos extramonetarios aptos para el intercambio como los *token* de los que se hablará someramente *infra* ha revitalizado—el intercambio de bienes y derechos se realiza comúnmente mediante su valoración y pago en moneda de curso legal. Igualmente la prestación de servicios se

⁵⁶⁵ STS de 23 de marzo de 2021, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:2021:1079 (Id. CENDOJ 28079110012021100149).

⁵⁶⁶ «1. A los solos efectos de la cuantificación del pasivo, todos los créditos que se reconozcan se computarán en dinero y se expresarán en moneda de curso legal, sin que ello suponga su conversión ni modificación./ 2. Los créditos expresados en otra moneda se computarán en la de curso legal según el tipo de cambio oficial en la fecha de la declaración de concurso. /3. Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones no dinerarias o prestaciones dinerarias determinadas por referencia a un bien distinto del dinero se computarán por el valor de las prestaciones o del bien en la fecha de la declaración de concurso./4. Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones dinerarias futuras se computarán por su valor a la fecha de la declaración de concurso, efectuándose la actualización conforme al tipo de interés legal vigente en ese momento.»

realiza por lo general mediante una contraprestación monetaria. Dentro del contrato de préstamo en moneda del que se habló *ut supra* es la moneda, el dinero, el que hace que esta institución tenga un carácter definitorio respecto del préstamo de otros elementos fungibles, por tanto y si quiera introductoriamente, es exigible aproximar un concepto de moneda.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (en lo sucesivo, RAE), por moneda (del latín *moneta*) entendemos en su primera acepción la de «*Pieza de oro, plata, cobre u otro metal, regularmente en forma de disco y acuñada con los distintivos elegidos por la autoridad emisora para acreditar su legitimidad y valor, y, por extensión, billete o papel de curso legal.*» En ulteriores acepciones encontramos la definición de moneda como «*Instrumento aceptado como unidad de cuenta, medida de valor y medio de pago*» y como «*conjunto de signos representativos del dinero circulante en cada país.*» Empleado en ocasiones como equivalente terminológico del dinero, que en su primera acepción de la RAE se define como «*moneda corriente*» y en su octava acepción como «*Medio de cambio o de pago aceptado generalmente.*» La primera de las acepciones hace referencia al denominado en economía dinero mercancía que hacía que el valor del dinero como medio de pago viniera dado por el valor de los metales preciosos en que las monedas se encontraban acuñadas, distinguiéndose por su peso y ley en relación a la pureza del mineral y estableciéndose equivalencias.

Cuando el volumen de las transacciones y las dificultades inherentes al de transporte y depósito lo hicieron exigible las diversas sociedades migraron del dinero mercancía al denominado dinero fiduciario por el cual el valor de la moneda no lo da su valor intrínseco sino la confianza dada por una autoridad central que determina cuál haya de ser el mismo, pasando por el denominado patrón oro según el cual la moneda fiduciaria se correspondía con un valor depositado ante las autoridades centrales del estado que respaldaba dicha emisión⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ En un primer momento el patrón oro fue impulsado por el Reino Unido a principios del Siglo XIX estableciendo una equivalencia que hacía intercambiable el papel moneda por una cantidad de oro de cierta ley definida por un precio fijo. Los Estados Unidos de América adoptaron un sistema equivalente tras la guerra de secesión, manteniéndose el sistema hasta la gran depresión en que comenzó su declive. En las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial se firmaron los acuerdos de Bretton Woods en los que se acordó pasar del patrón oro al patrón dólar vinculado a una equivalencia fija entre el dólar y el oro. El 15 de agosto de 1971 el sistema de Bretton Woods fue abandonado definitivamente por los EEUU declarándose la no conversión del dólar en oro procediéndose según seguido a su devaluación.

A través de la integración de los diversos estados en organismos e instituciones internacionales, en especial y tras los Acuerdos de Bretton Woods el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y del Desarrollo (germen del Banco Mundial) las políticas monetarias de los estados pierden en autonomía pero ganan en respaldo y solvencia. Igualmente con la integración en la Unión Europea se acentúa esta tendencia en los Estados miembros con la paulatina incorporación de los diversos estados a las instituciones de la misma en especial al Instituto Monetario Europeo, a su vez creado en 1994 y al Banco Central Europeo fundado en 1998.

Por tanto cualquiera que sea la definición de moneda que se haya de dar, el denominador común lo da el hecho de que su emisión ha de estar respaldada por autoridades centrales que son los que, fiduciariamente, le asignan su valor. De tal forma que, faltando dicha autoridad central, decae el concepto de moneda. En nuestro ordenamiento jurídico interno, fruto del seguimiento de la Unión Económica Monetaria, desde la entrada en vigor de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro la moneda nacional es el euro que sucede sin solución de continuidad y de modo íntegro a la peseta como moneda del sistema monetario nacional⁵⁶⁸.

En cuanto a la referencia que hace el legislador a la moneda extranjera, hemos de analizar varios factores. En primer lugar, resulta frecuente en el tráfico comercial que existan operaciones de crédito y préstamo en moneda extranjera, sometida o no a cotización. Además y en lo que se refiere a operaciones de financiación a particulares, han sido frecuentes los préstamos para adquisición de viviendas y otros bienes en divisas extranjeras sea en monedas únicas o multidisvisas.

La fecha a considerar para el cambio la da el auto de declaración de concurso, si bien y hablando de cambio oficial hay que integrar la norma para las deudas en moneda no sometida a cotización. Así y siguiendo el criterio de supletoriedad del al LEC respecto de la LECO acudimos al art. 577.2 párrafo segundo de la LEC según el cual *«En el caso de que se trate de una moneda extranjera sin cotización oficial, el cómputo se hará aplicando el cambio que, a la vista de las alegaciones y documentos que aporte el ejecutante en la demanda, el tribunal considere adecuado, sin perjuicio de la ulterior liquidación de la condena, que se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos*

⁵⁶⁸ Ex art. 3 de la citada norma. Se precisa igualmente que un euro se divide en cien cents o céntimos. Los billetes y monedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional. En términos equivalentes el art. 2 del Reglamento (CE) nº 974/98 del Consejo de 3 de mayo de 1998 sobre la introducción del euro.

714 a 716 de esta Ley. » Habría que adaptar el precepto indicando que por ejecutante ha de tenerse al acreedor; por tribunal a la AC en el sentido de que es quien reconoce los créditos; y que la impugnación habrá de hacerse por el trámite del incidente concursal.

Por tanto a la hora de insinuar el crédito se habrá de acreditar por el acreedor la cotización y, si esta no está sometida a cotización, acreditar documentalmente el cambio por el que se opte, usando —a mi entender—monedas que sí tengan cambio oficial. No está de más recordar que ésta cuantificación sólo vincula para la formación del pasivo.

Por último es frecuente en el tráfico jurídico el empleo de las llamadas criptomonedas, criptodivisas o monedas virtuales⁵⁶⁹ a las que se refiere el comunicado conjunto de 8 de febrero de 2018 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en lo sucesivo CNMV y del Banco de España, en adelante BdE⁵⁷⁰ englobando tanto al *bitcoin* como a otras de semejantes características⁵⁷¹, sin que ninguna de ellas esté respaldada por un banco central u otras autoridades públicas, aunque se presentan en ocasiones como alternativa al dinero de curso legal. Sus principales características según la CNMV y el BdE son las siguientes:

En primer lugar, No es obligatorio aceptarlas como medio de pago de deudas u otras obligaciones, por lo que no constituían técnicamente medios de pago en el sentido de la derogada Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, pero sí instrumentos de pago en el sentido de lo establecido en el art. 2.23 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera: *«Instrumento de pago: cualquier dispositivo personalizado o conjunto de procedimientos acordados entre el usuario de servicios de pago y el proveedor de servicios de pago y utilizados para iniciar una orden de pago.»* Por último y fiscalmente, siguiendo a REY PAREDES⁵⁷² y las resoluciones de la Dirección General de Tributos—en adelante DGT—

⁵⁶⁹ Sobre la incidencia de la denominación en moneda extranjera en los préstamos y las garantías establecidas *vid.* CASASOLA DÍAZ, JM. «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera» capítulo incluido en la obra colectiva *Comentarios a la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ. Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas 2019.

⁵⁷⁰ Este comunicado conjunto puede ser consultado en la siguiente URL: https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/18/presbe2018_07.pdf

⁵⁷¹ Así y sin ánimo exhaustivo, *Ripple, Ethereum, Litecoin, Dash, inter alia*.

⁵⁷² REY PAREDES, V «Las criptomonedas y su fiscalidad.» Publicación digital *e-Dictum* N° 87, abril de 2019. Puede ser consultado en la siguiente URL https://dictumabogados.com/files/2019/03/doctrina_abril_2019.pdf. (Última consulta enero 2021).

que cita⁵⁷³, las criptomonedas en general han sido consideradas expresamente como un medio de pago y su transmisión se encuentra exenta del IVA al entenderse incluidas dentro del concepto «*otros efectos comerciales.*»

En segundo lugar, su circulación es muy limitada y circunscrita, casi en exclusivo, a transacciones hechas por vía electrónica. Ello con independencia de que puedan servir de sustrato de operaciones de adquisición de bienes tangibles. En ocasiones han sido vinculadas las operaciones en criptodivisas con la opacidad que le es propia al carecer de marco regulatorio.

Por último, es de resaltar que su valor oscila fuertemente, siendo activos de alta volatilidad. Por ello no pueden considerarse un buen depósito de valor ni una unidad de cuenta estable. Sin embargo su alta volatilidad no está exenta de atractivo respecto de operaciones a corto ya que puede llegar a producir grandes beneficios monetarios. Por el contrario también puede generar su tráfico grandes pérdidas. Se trata de derechos de crédito que, carentes del respaldo de autoridades si bien basados en, se basan en las reglas de comercio de activos comunes sin que se apliquen las garantías de los activos financieros, y teniendo en muchos casos dificultades para determinar un valor a medio o largo plazo.

Su inclusión en el inventario será como derecho de cobro y se le deberá dar inicialmente el valor que tuviera al momento de la declaración de insolvencia, sin perjuicio de las fluctuaciones que deba sufrir. Su inclusión como pasivo lo será sometido a las reglas generales de reconocimiento⁵⁷⁴ y a las de valoración del art. 267.3 TRLC es decir, al momento de la de la declaración de concurso.

⁵⁷³ En concreto, consultas vinculantes de la DGT V1029-15, V2846-15, V3625-16, V1748-18, V2034-18 y V2670-18. REY PAREDES. *op. cit.* pág. 2

⁵⁷⁴ Ya que no es equiparable la tecnología *blockchain* a documento público a los efectos del antes transcrito art. 260.1 TRLC.

II.2.- El reconocimiento de créditos con garantía hipotecaria inmobiliaria. El valor razonable del bien y de la garantía.-

Hecho un análisis de la diversa casuística de calificación, clasificación y cuantificación de los créditos concursales resulta esencial proceder a aplicar dichas categorías a los créditos que gozan de garantía hipotecaria, en especial cuando se trata de hipoteca voluntaria inmobiliaria, tomando como necesario punto de partida la valoración del bien y de la garantía. A lo largo de este epígrafe se realizará un estudio sistemático del reconocimiento de dichos créditos en el concurso sin contemplar incidencias que hacen que su provocan una calificación anómala de los créditos garantizados con hipoteca voluntaria inmobiliaria, hecho que se abordará en el siguiente epígrafe. Igualmente será objeto de análisis la incidencia de las fases procesales por las que atraviese el concurso de acreedores y las demás incidencias de naturaleza subjetiva—como la novación en la posición acreedora—objetiva—como la existencia de pactos que incidan en la cuantificación incluso calificación del crédito reconocido—o adjetivas, en lo que se refiere a la esfera procesal.

II.2.1.- El valor razonable del bien y la garantía como puntos de partida.

La incidencia del valor razonable del bien y de la garantía real resulta crucial para la presente Tesis ya que el art. 272 TRLC nos indica que a los efectos del convenio, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago, el privilegio especial estará limitado al valor razonable del bien o derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía, con las deducciones establecidas en el propio texto refundido, precisando que el importe del crédito que exceda del reconocido como privilegio especial será clasificado según corresponda⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ PICAZO MENÉNDEZ nos indica que con anterioridad a la entrada en vigor del TRLC encontrábamos dos tesis contrapuestas en lo que se refiere a la aplicabilidad del límite de los créditos privilegiados especiales. Por un lado aquella en principio minoritaria que abogaba por mantener la limitación en todas las fases del concurso, y por otro lado la que optaba por que dicha limitación sólo entrara a operar en lo que se refería a los efectos del convenio y eventuales acuerdos de refinanciación, tesis por la que se inclina el legislador del TRLC llamado a aclarar ese extremo por el Informe del Consejo General del Poder Judicial aprobado por Acuerdo adoptado por el Pleno en su reunión del día 26 de septiembre de 2019. PICAZO MENÉNDEZ, JC. Comentario a los arts. 272 a 279 TRLC. Incluidos en *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*. Comentario Judicial, Notarial y Registral. Dir. PRENDES CARRIL, P y FACHAL NOGUER N. Aranzadi. Edición digital. Marzo 2021.

Este precepto constituye una clarificación del régimen de la LECO y ciñe la limitación del privilegio especial a los efectos del convenio, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago, lo que sensu contrario quiere ratifica la postura jurisprudencial de que el privilegio especial no se limita en los supuestos de liquidación, si bien a mi juicio deja abierta la controversia de si resulta aplicable a los supuestos de ejecución separada en fase común.

El proceso para hallar el valor que limite a estos efectos enunciados el privilegio especial parte de un primer avalúo respecto del bien, un segundo avalúo respecto de la garantía real y la fijación de la cantidad que rebase este a los efectos de que se califique como proceda.

En cuanto al avalúo del bien, hemos de precisar que dentro de las operaciones que han de incluirse en los textos provisionales de informe se encuentra la de elaborar un inventario que comprenda la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe, conforme al art. 198.1 TRLC. Siguiendo en este punto a GÓMEZ LÓPEZ⁵⁷⁶ hemos de afirmar que el inventario se ha de confeccionar por la AC a través de un trabajo exhaustivo de investigación y comprobación de los libros del deudor, de los registros públicos y de cuantos medios resulten necesarios, aunque parte como base necesaria del inventario que ha de acompañar el deudor en su solicitud o aportar en el término legal en el caso de concurso necesario; parte esencial de dicho inventario será el de determinar el valor de los bienes partiendo de su valor de adquisición e incorporando las correcciones que procedan y la estimación del valor actual. Así, y sin perjuicio de que podrá la AC servirse –a su costa—de los expertos independientes a que se refiere el art. 203 TRLC, el art. 202 del mismo cuerpo legal nos indica que *«Al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a la masa activa y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de esa masa.»* Se precisa igualmente que en ambas relaciones se informará sobre la viabilidad, los riesgos, los costes y las posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ GÓMEZ LÓPEZ, E. Comentario a los arts. 192 a 203 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020. Tomo II, pág. 61.

⁵⁷⁷ GÓMEZ LÓPEZ extiende la viabilidad jurídica a la oportunidad respecto de acciones de reintegración, otras de naturaleza rescisoria y litigios en general, es decir deberá el AC analizar si de prosperar la acción

En cuanto a qué haya de entenderse por avalúo a los efectos de la LECO, VÁZQUEZ-PIZARRO⁵⁷⁸ nos indica que no será otra cosa que la determinación del valor de mercado de los bienes y derechos integrantes de la masa activa del concurso. Por valor de mercado no se ha de entender necesariamente ni tiene por qué coincidir ni valor de adquisición ni el valor por el que finalmente los bienes resulten liquidados. No coincide con las normas de auditoría ni contabilidad, y la posibilidad de impugnación precluye si no se interpone la acción impugnatoria mediante el incidente concursal a la puesta de manifiesto de los textos provisionales de informe. En este sentido el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid de 20 de diciembre de 2012⁵⁷⁹ que impide su discusión por vía de alegaciones respecto del plan de liquidación. Concorre esta obligación de verificar el inventario con la que se impone a la AC de hacer una valoración de la empresa y sus unidades productivas bajo las hipótesis de continuidad y liquidación en el art. 293.2 TRLC, así como con la de verificar la validez de la constitución de la garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros conforme al art. 271.1 TRLC. Por último y como se verá a continuación se habrá de expresar el valor de las garantías con base en lo que se ha venido a llamar valor razonable del bien.

Respecto de esta última obligación, los mecanismos para determinar ambos conceptos se encontraban originalmente en el artículo 94.5 LECO reformado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y que se ha incorporado en los arts. 273 y 274 TRLC. Estos artículos diseñan un sistema que VEIGA COPO⁵⁸⁰ describe como enrevesado y absurdo en el

ésta redundará en beneficio del concurso, lo cual es especialmente significativo en las acciones de reintegración al generarse con su estimación un crédito contra la masa simultáneo. GÓMEZ LÓPEZ *op. cit.* Tomo II, pág. 88.

⁵⁷⁸ VÁZQUEZ PIZARRO, MT. «La formación de la masa activa.» Incluido en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015. Págs. 531 y ss.

⁵⁷⁹ ECLI: ES:JMM:2013:57A (Id CENDOJ: 28079470082013200005) Así dispone la citada resolución que «En cuanto al valor del Inventario de la masa activa del Informe de la AC y su comparación con el precio ofrecido por la unidad productiva, debe decirse que, quizás, eso sea más bien una cuestión que atañe a los criterios de valoración de aquel Informe que la oferta misma. No puede juzgarse la razonabilidad económica del precio ofrecido por comparación con una valoración más que peculiar del Inventario, basado fundamentalmente en participaciones sociales de otras sociedades del grupo sin corrección de su valor. Si existe error, no está en la oferta, estaría en la valoración del Inventario.»

⁵⁸⁰ VEIGA COPO *op. cit.* págs. 1330 y ss. El título de la rúbrica del capítulo es bastante descriptivo «Un enrevesado y absurdo artículo: el art. 94.5 de la Ley Concursal donde el legislador ni quiso ni supo lo que quiso.» Parte del principio de devaluación de los bienes sobre los que existen constituidas garantías reales y

que la premisa mayor se constituye en que el valor de las garantías no pueden ningún caso superar el valor razonable del bien, y limitar el reconocimiento de los créditos privilegiados especiales al valor de dichas garantías.

Por último si se trata de ponderar tanto el valor razonable de los bienes como de las garantías reales en un acuerdo de refinanciación homologado, las normas a seguir eran las previstas en el párrafo segundo de la DA IV de la LECO introducido también por la Ley 9/2015, y que actualmente se hallan en el propio art. 273 TRLC por remisión expresa del 272.1 del mismo cuerpo legal. Anteriormente el régimen de la DA IV de la derogada LECO resultaba análogo aunque con una serie de matices tales como eliminar las peculiaridades de las viviendas terminadas⁵⁸¹. En relación al régimen anterior y entendemos que resulta extrapolable al actual, SANJUÁN Y MUÑOZ⁵⁸² precisa que, cuando se trate de acuerdos homologables, se han de tener en cuenta diversas variables. Partiremos del valor razonable del bien o derecho; el valor razonable de cada uno de los créditos o deudas que vienen garantizados por la misma; y por último el valor de la garantía o garantías

la tesis del legislador de considerar que el reconocimiento de garantías superiores al valor razonable de los bienes provoca una minoración en cuanto a las posibilidades de satisfacer sus créditos de aquellos acreedores cuyos créditos no gozan de garantías reales. Sin embargo, y a nuestro juicio acertadamente, VEIGA COPO incide en que no es la garantía la culpable de la devaluación del patrimonio del deudor y por tanto de la frustración de los acreedores no privilegiados especiales, sino que esta se debe a dos factores preponderantes: en primer lugar, el avalúo excesivo de los bienes —especialmente con finalidad de la concesión de créditos hipotecarios— que hace que el valor conferido a los mismos no sea un valor real y por tanto no acabe siendo reconocido como valor razonable a efectos concursales; y en segundo lugar el sobreendeudamiento del deudor con incremento de las garantías en su caso.

⁵⁸¹ «A los efectos de la presente disposición se entenderá por valor de la garantía real de que goce cada acreedor el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado. A estos exclusivos efectos, se entiende por valor razonable: / a) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate./b) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España. / c) En caso de bienes distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes. /Los informes previstos en las letras b) y c) no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación ni cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo.»

⁵⁸² SANJUÁN Y MUÑOZ op cit. págs. 124 y 125.

constituidas a estos efectos que, adicionados, determinarán el valor de garantía a efectos de cálculo que nunca podrá ser inferior a cero ni superior al crédito privilegiado o a la garantía real originariamente constituida. Si la garantía recae sobre varios bienes el valor de la garantía a efecto de limitación se aplicará a cada uno de ellos. Igualmente si la garantía lo es a favor de varios acreedores proindiviso se fijará en proporción.

El primer paso para hallar la limitación del crédito privilegiado especial a los efectos indicados será en todo caso determinar el valor razonable del bien⁵⁸³ respecto del que el privilegio especial se predique. De manera análoga a lo que hacía el art. 94.5 LECO, el art. 273 TRLC realiza una enunciación de qué haya de entenderse por valor razonable de los bienes y derechos integrados en la masa activa:

« 1.º En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España. Este informe no será necesario cuando dicho valor hubiera sido determinado por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España dentro de los seis meses anteriores a la fecha de declaración de concurso.

2.º En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado regulado, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de declaración de concurso, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

⁵⁸³ Respecto del concepto valor razonable PICAZO MENÉNDEZ nos indica que el mismo proviene del definido en el RD 1514/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, como el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua. Pues bien, dice la norma contable que no tendrá en ningún caso el carácter de valor razonable el que sea resultado de una transacción forzada, urgente o como consecuencia de una situación de liquidación involuntaria. Es por ello que al citado autor le surge la duda de si es adecuado técnicamente aplicar un concepto contable, como es el de valor razonable, en la regulación del valor de la garantía a los efectos de convenio y refinanciación en una situación de liquidación involuntaria universal, como es la concursal. PICAZO MENÉNDEZ, *op. cit.* ed. digital. Inquietud que compartimos ya que a nuestro juicio nunca tuvo más sentido el adagio latino de *tantum valet res quod vendit potest* que en el concurso de acreedores.

3.º *En caso de bienes o derechos distintos de los señalados en los números anteriores el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes. Este informe no será necesario cuando dicho valor hubiera sido determinado por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de declaración del concurso.»*

Se precisa que los bienes o derechos sobre los que estuviesen constituidas garantías denominadas en moneda distinta al euro, se convertirán al euro aplicando el tipo de cambio de la fecha de la valoración, entendido como el tipo de cambio medio de contado⁵⁸⁴—remitiéndonos a lo dicho *ut supra* para la determinación de los créditos en moneda nacional—y que el informe no será necesario cuando la garantía se hubiera constituido sobre efectivo, sobre el saldo de cuentas corrientes y de ahorro, sobre dinero electrónico o sobre imposiciones a plazo fijo.

A continuación, en el art. 274 TRLC establece una serie de salvedades y especificaciones, que configurarían el régimen específico del valor razonable del bien en relación a las viviendas terminadas estableciendo que el informe sobre bienes inmuebles podrá sustituirse por una valoración actualizada cuando, entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada, no hubieran transcurrido más de seis años. La valoración actualizada se obtendrá aplicando al último valor de tasación disponible realizado por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España la variación acumulada constatada por el valor razonable de los inmuebles situados en la misma zona y con similares características desde la emisión de la última tasación a la fecha de valoración. Seguidamente se indica que en el supuesto de no disponerse de información sobre la variación en el valor razonable proporcionado por una sociedad de tasación o si no se considerase representativa, el último valor disponible podrá actualizarse con la variación acumulada del precio de la vivienda establecido por

⁵⁸⁴ ALONSO LEDESMA en este punto trae a colación la duda que respecto del anterior art. 94.5 LECO podía emplearse un periodo de tiempo distinto para concretar el tipo medio de contado por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 11 del Plan General de Contabilidad, si bien no resulta partidaria de dicha circunstancia. ALONSO LEDESMA C. Comentario a los arts. 145 a 149 TRLC incluido en «*Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal.*» Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020, Tomo II pág. 560. No obstante y en nuestra opinión lo prolongado de la tramitación de las liquidaciones concursales debe exigir la posibilidad—a través de condiciones particulares en su caso o reglas de no sujeción a tipo—de permitir la adquisición al valor de mercado al momento de la enajenación.

el Instituto Nacional de Estadística para la Comunidad Autónoma en la que radique el inmueble, diferenciando entre si es vivienda nueva o de segunda mano, siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada no hayan transcurrido más de tres años.

En cuanto a la asunción de los costes de los informes y valoraciones, el art. 278 TRLC precisa que este será liquidado con cargo a la masa y deducido de la retribución de la administración concursal⁵⁸⁵ salvo que el acreedor afectado solicitase un informe de valoración contradictorio, que deberá emitirse a su costa.

En esencia parece que ha sido voluntad del legislador encarecer la formación del inventario –a cargo de las retribuciones de la administración concursal, y en menor medida de los acreedores que no se aquieten a dichas valoraciones—obviando las posibilidades –frecuentes en la práctica concursal—de que a la fecha de declaración de concurso existan muchos bienes que deban ser objeto de avalúo y poca tesorería.

Ahora bien, dada la duración que suelen tener los concursos de acreedores se ha de ponderar lo que pueda suceder si sobreviene una modificación en el valor de los bienes y discernir si ha de afectar a los créditos que se reconozcan. La respuesta ya la apuntaba el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Jaén de 08 de julio de 2015⁵⁸⁶ es que no, ya que de lo contrario se estaría admitiendo que la lista de acreedores es modificable. En otra de las novedades del TRLC, el art. 279 del citado cuerpo legal indica que si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía, deberá aportarse un nuevo informe de sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España o de experto independiente, según proceda. El coste de este informe a instancias del acreedor privilegiado deberá sufragarlo dicho acreedor. ALONSO

⁵⁸⁵ Lo que en concursos con masa activa que se encuentre en su totalidad gravada por garantías reales podrá dar lugar a supuestos inicuos en los que la retribución del AC quede mermada o resulte incluso inexistente. En este sentido el TRLC ha añadido la expresión pendiente de cobro por lo que no parece amparar suplidos no reintegrables. En este sentido *vid.* ALONSO LEDESMA *op. cit.* Tomo II pág. 578.

⁵⁸⁶ A la fecha de depósito de la Tesis no forma parte de la colección del CENDOJ. Ponente Ilmo. Sr. SHAW MORCILLO.

LEDESMA hace extensiva la posibilidad de solicitar un informe contradictorio en los términos descritos en el art. 278 TRLC a esta circunstancia⁵⁸⁷.

Una vez determinado el valor razonable, determina el art. 275 TRLC⁵⁸⁸ que para calcular el límite del privilegio especial la AC deberá deducir el diez por ciento del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía; seguidamente procederá a restar el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien o sobre el mismo derecho. Por tanto encontrando una primera hipoteca a favor de un acreedor que agota la totalidad de los nueve décimos del valor razonable, el resto de las cargas reales que puedan ser consideradas garantías valdrían cero⁵⁸⁹.

En el caso de que la garantía a favor de un mismo crédito recaiga sobre varios bienes de la masa activa, el art. 276 TRLC precisa que se aplicarán sobre cada uno de los bienes las reglas mencionadas, sin que el valor conjunto de las garantías constituidas pueda exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente. Por último el art. 277 TRLC determina que en caso de garantía constituida en proindiviso sobre uno o varios bienes o derechos de la masa activa a favor de dos o más créditos, el valor de la garantía correspondiente a cada crédito será el resultante de aplicar al límite del privilegio especial la proporción que en el mismo corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso.

⁵⁸⁷ ALONSO LEDESMA, *op. cit.* Tomo II, págs. 583 y 584.

⁵⁸⁸ Siendo este precepto menos oscuro que el art. 94.5 LECO que nos indicaba que, obtenido el valor razonable del bien objeto de garantía conforme se ha expresado sobre estas líneas, de sus nueve décimas partes se deducirán las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado. No resolvía expresamente este artículo qué sucedería en el supuesto de que existan diversas cargas reales sobre el mismo bien que deban ser objeto de reconocimiento, pero se habla de garantías preferentes. Por tanto regiría el principio de prioridad reconocido en la legislación hipotecaria, en concreto en el art. 25 de la LH, que es lo que ha determinado el precepto incluido en el TRLC.

⁵⁸⁹ En este sentido vid. ALONSO LEDESMA, *C op. cit.* Tomo II, pág. 570.

II.2.2.- Reconocimiento del crédito con garantía hipotecaria inmobiliaria: límite legal del privilegio especial.-

Desde la entrada en vigor de la derogada LECO y con carácter previo a las reformas introducidas por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, la totalidad del crédito garantizado por hipoteca inmobiliaria debía ser reconocido como crédito privilegiado especial⁵⁹⁰, siempre que nos encontrásemos ante una hipoteca válidamente constituida, sin limitación alguna referida al valor del bien o de la garantía. Siguiendo en este punto a GARRIDO⁵⁹¹, la causa de la preferencia apreciada en el texto originario de la LECO beneficiaba a la totalidad del crédito, por tanto el total del crédito garantizado había de ser reconocido como crédito privilegiado especial. No obstante lo anterior, y como será objeto de estudio, el régimen actual impone una limitación en cuanto al reconocimiento con tal calificación concursal con base en el valor razonable de la garantía que se calcula a partir del valor razonable del bien hipotecado en los términos que han sido expuestos⁵⁹².

Con la entrada en vigor de la reforma de la LECO operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se introduce en el texto de la norma derogada el art. 90.3 LECO que provoca que a la limitación cualitativa que imponía —e impone— que la hipoteca estuviera válidamente constituida, se añada otra cuantitativa: no todo el crédito garantizado por hipoteca inmobiliaria voluntaria debe ser reconocido como privilegiado especial, por cuanto este solo alcanza a la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores. Con la entrada en vigor del TRLC las dos limitaciones al reconocimiento del crédito garantizado mediante hipoteca inmobiliaria voluntaria, esto es la limitación cualitativa y la cuantitativa, se incorporan en los arts. 271.1 y 272 TRLC respectivamente.

⁵⁹⁰ Ya que el art. 90.1 LECO que establecía que «*Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.*» no se encontraba limitado por el tenor introducido por el art. 90.3 LECO del que será objeto de análisis infra. Se seguía así la tradición histórica que imponía que los privilegia afectaran a la totalidad del crédito reconocido.

⁵⁹¹ GARRIDO, JM. «Créditos con privilegio especial.» Capítulo incluido en *Comentarios a la Ley Concursal*. Dir. ROJO, A y BELTRÁN, E. Ed. Civitas, Madrid, 2004. Tomo I pág. 1608.

⁵⁹² En un sentido semejante ZUBIRI DE SALINAS, M. «Hipoteca y concurso.» Capítulo incluido en *Las claves de la Ley Concursal*. Dir. QUINTANA CARLO, E, BONET NAVARRO, A y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JA. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2005, pág. 290.

En lo que se refiere a la limitación cualitativa, establece el art. 271.1 TRLC que la garantía real deberá existir antes de la declaración de concurso⁵⁹³ con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores. Excluyendo las dos excepciones relativas a las hipotecas legales tácitas y créditos refaccionarios por apartarse en exceso del objeto de estudio en la presente Tesis, y en cuanto a lo que se refiere a la hipoteca inmobiliaria voluntaria hemos de tener en cuenta que el art. 260 TRLC no se refiere a los requisitos que hacen ejecutiva la hipoteca a los que se ha aludido *ut supra*⁵⁹⁴, sino meramente los que la hacen oponible a terceros conforme establece el art 13 de la LH según el cual «*Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan.*» Las menciones de obligada inscripción han de ser las previstas en el artículo 9 de la LH⁵⁹⁵.

En cuanto al requisito temporal de la constancia registral, BLASCO GASCÓ⁵⁹⁶ se muestra partidario de reconocer como créditos privilegiados exclusivamente aquellos en que la prioridad registral derivada de la constancia de la hipoteca en el Registro es anterior a la anotación—o inscripción—de la declaración de concurso. No obstante, aquellas otras garantías reales que hubieran podido acceder con posterioridad a la declaración de concurso, aun cuando la escritura de hipoteca hubiera sido anterior al mismo, no deben propiciar el reconocimiento de créditos privilegiados ya que no estando válida y legalmente constituida la hipoteca en cuanto a derecho real, no determina el carácter privilegiado de los créditos o de la parte correspondiente de los

⁵⁹³ Inciso que incorpora el TRLC ya que el art. 90.2 LECO no lo contemplaba.

⁵⁹⁴ *Vid* subepígrafe II.1.4.- El reconocimiento de créditos dentro del concurso de acreedores; insinuación y reconocimiento de créditos. Calificación, clasificación de créditos y vías para su impugnación.

⁵⁹⁵ Sucintamente: descripción de la finca objeto de inscripción con los datos necesarios; la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título; el derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción; la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando este sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones; la persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse; el título que se inscriba, su fecha, y el Tribunal, Juzgado, Notario o funcionario que lo autorice; la fecha de presentación del título en el Registro y la de la inscripción; y el acta de inscripción y la firma del Registrador, que supondrá la conformidad del mismo al texto íntegro del asiento practicado.

⁵⁹⁶ BLASCO GASCÓ, F *Declaración de concurso e inscripción de la hipoteca unilateral por los acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch. València 2004, págs. 70 y 71.

mismos. Sin embargo la más reciente doctrina jurisprudencial parecía ir en el sentido opuesto. En este sentido HERNANDEZ RODRÍGUEZ⁵⁹⁷ realiza un análisis del la STS de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 7 noviembre⁵⁹⁸ de 2017, considera concursal el crédito garantizado con hipoteca constituida con anterioridad a la declaración de concurso e inscrita tras dicha declaración señalando *«La previsión contenida en el art. 91.4 LC, de que la lista de acreedores debe ir referida a la fecha de la declaración de concurso, tampoco justifica la ineficacia de la hipoteca otorgada antes del concurso e inscrita después. En primer lugar, porque el crédito invocado por el banco es concursal, al haber surgido antes de la declaración de concurso, sin perjuicio de que los efectos constitutivos de la hipoteca que permitía clasificar la parte del crédito garantizado se produjeran después de la apertura del concurso, pero antes de que precluyera el plazo para su inclusión en la lista de acreedores. A estos efectos lo relevante es que el crédito es anterior, por ello es concursal y debe ser incluido en la lista de acreedores, y que se encuentra garantizado en una parte por un derecho de hipoteca. Esta norma no debe impedir reconocer el crédito del acreedor hipotecario con la clasificación que corresponde a su derecho de garantía, ni mucho menos permite anular una hipoteca.»* En nuestra opinión trata más de la necesidad de reconocimiento del crédito que de su calificación, ya que no llega a catalogarlo de crédito privilegiado especial taxativamente, por lo que creemos que no conllevaría tal calificación, siendo de obligado reconocimiento por constar en escritura pública, y por tanto debiendo a nuestro juicio ser considerado crédito ordinario. Con el tenor actual del art. 271.1 TRLC al establecer expresamente el requisito temporal afirmando taxativamente que la garantía real deberá estar constituida antes de la declaración de concurso, lo que implica en el caso de la hipoteca inmobiliaria voluntaria su inscripción.

En segundo lugar, y en cuanto a la limitación cuantitativa, no todo el crédito con garantía hipotecaria tiene por qué ser reconocido como crédito con privilegio especial. Así el artículo 272 TRLC heredero del art. 90.3 LECO en su redacción dada por la Ley 9/2015⁵⁹⁹ establece que *«A los efectos del convenio, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago, el privilegio especial estará limitado al valor razonable del bien o derecho sobre el que se hubiera constituido*

⁵⁹⁷ HERNANDEZ RODRÍGUEZ, M «Novedades jurisprudenciales en materia de calificación concursal» *Revista Consumo y Empresa*, nº 6 Ed. Vlex.

⁵⁹⁸ ECLI: ES:TS:2017:3918 (Id CENDOJ: 2807911001201710056)

⁵⁹⁹ Y que a su vez traía causa de lo dispuesto en la DA cuarta II del RD Ley 4/2014, cuyo fundamento consistía en establecer unas reglas en principio sólo aplicables a los acuerdos de refinanciación a los efectos de lograr la aprobación de los mismos. *Vid.* ALONSO LEDESMA *op cit.* pág. 550.

la garantía, con las deducciones establecidas en esta ley.» Precizando en su segundo punto que «El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegio especial será clasificado según corresponda.» Por último queda claro que la vinculación de estos créditos a un convenio aprobado en junta de acreedores sólo se dará en los casos del artículo 397 TRLC que básicamente consisten en adhesión o voto a favor; y en arrastre por haber resultado adheridos o votados favorablemente la mayoría cualificada de los acreedores privilegiados especiales de condición financiera. A nuestro juicio, y conjugado con el concepto de la deuda originaria como novedoso y que reconoce de manera global el crédito garantizado—el cual opera en supuestos de ejecución separada o apremio colectivo en la liquidación concursal—provoca una sobreprotección al acreedor con garantía hipotecaria ya que parte de su crédito, al ser considerado ordinario en el más común de los casos, será determinante para hallar el quórum y facultar la aprobación o rechazo de los convenios. Es más —y como se verá con mayor profundidad más adelante, aprobado eventualmente un convenio con quita y espera hará que parte del crédito con garantía hipotecaria esté sometido a la quita y espera y otra parte no lo esté, lo que deberá afectar matemáticamente al total de la deuda con indudables problemas prácticos a la hora de liquidar la misma si la misma no está siendo objeto de ejecución, porque si lo está siendo —e independientemente de la quita y espera aprobada—el acreedor podrá hacer suyo el total de la deuda originaria al menos mientras se desplieguen los efectos del concurso.

Consecuencia necesaria de la limitación cuantitativa del reconocimiento del crédito garantizado mediante hipoteca voluntaria inmobiliaria como privilegio especial será que el importe de dicho crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial deba ser calificado conforme a las reglas generales.

Partiendo de la base de que se trata de créditos que deben ser necesariamente reconocidos por provenir de una escritura pública que es título ejecutivo (*ex art. 260 TRLC*) y que no pueden ser considerados créditos subordinados por el hecho de que hayan sido insinuados de manera extemporánea (*ex art. 281.1.1º TRLC*), lo más común es que deban ser reconocidos como créditos ordinarios por aplicación del art. 269.3 TRLC, ya que no serán considerados por lo general como créditos privilegiados generales, y que es casuísticamente improbable que sean considerados subordinados.

Sin embargo, y como se ha visto anteriormente, es posible que lleguen a concurrir circunstancias en principio anómalas que propicien el reconocimiento del crédito de una manera diferente, como es el

caso de la concurrencia con supuestos en que los créditos o parte de ellos deban ser considerados privilegiados generales por el privilegio del acreedor instante del concurso necesario o por el régimen del *Fresh Money*⁶⁰⁰ que posibilitaría incluso en reconocimiento de créditos contra la masa y por tanto extraconcursales.

Sin embargo lo usual en la práctica será el reconocimiento de las cantidades que rebasen al privilegio especial como créditos ordinarios. Así reconocida la parte que excediera del valor de la garantía como crédito ordinario este formará parte del pasivo ordinario venido a ser eje central de un convenio que haya de ser sometido a la junta de acreedores, lo que propiciará que en muchos casos la llave de la aprobación o no del mismo se encuentre en manos de los acreedores financieros sin que lleguen estos a comprometer sus créditos privilegiados especiales. Créditos estos que como se verá a continuación tampoco tienen por qué verse afectados de manera drástica por una eventual aprobación de convenio que les afecte, incluso con su quita y su espera.

II.2.3.- La incidencia en la fase común y en la fase de convenio de los créditos con garantía hipotecaria.

Como se ha apuntado en el anterior epígrafe, resulta frecuente en la práctica concursal que la llave de los convenios a aprobar en junta de acreedores no se encuentre ya únicamente en poder de los acreedores ordinarios que podríamos definir como comerciales, sino que los acreedores financieros posean créditos ordinarios con base en el exceso de lo reconocido como crédito privilegiado especial que por su importe puedan suponer la aceptación o no de un convenio.

Tradicionalmente los acreedores con privilegio especial no han venido apoyando los convenios, convenios que generalmente no les afectaban, y consecuentemente han ejecutado fuera del concurso las garantías reales para cobrar sus créditos privilegiados especiales que sólo se veían afectados al convenio caso de voto favorable, adhesión o —en la redacción actual—arrastre por mayoría cualificada de los acreedores privilegiados especiales de condición financiera. Así el art. 397.1 TRLC determina que *«Los acreedores privilegiados quedarán vinculados al convenio aprobado por el juez si hubieren sido autores de la propuesta o si se hubieran adherido a ella, salvo que*

⁶⁰⁰ Nuevas aportaciones de numerario por parte de acreedores que ven reforzada su posición mediante privilegios adicionales en su reconocimiento limitación en la reintegración de las operaciones.

hubieran revocado la adhesión, o si hubieran votado a favor de la misma, así como si se adhieren en forma al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez antes de la declaración judicial de su cumplimiento.» Por tanto y a nuestro juicio⁶⁰¹ queda la duda de para qué someterse voluntariamente a una quita y una espera que, además, podría hacer desaparecer la ejecución separada al transformarse los créditos en no vencidos en la parte que afecte a la espera. Especialmente se agrava esta duda en escenarios de convenios de dudosa viabilidad.

Sin embargo esta reticencia a apoyar con los créditos privilegiados especiales los convenios ha provocado a nuestro juicio que –sin las limitaciones que impone el concurso de acreedores—las ejecuciones separadas hayan, en muchos casos, acabado extinguiendo la actividad productiva del concursado. Es por ello con toda certeza que el legislador haya querido, con la introducción de una serie de mecanismos protectores, hacer más atractivo para los acreedores privilegiados apoyar un convenio, precisamente restableciéndoles de sus derechos para el caso de incumplimiento del mismo e incluso ampliando sus posibilidades de ejecución separada. En este sentido encontramos el art. 404.2 TRLC que trae causa del art. 140.4 de la LECO, en su redacción dada por Ley 9/2015, que hace que la aprobación de un convenio –con merma de derechos de los acreedores financieros—y su posterior incumplimiento por parte del deudor sea un camino de ida y vuelta, ya que se vuelve a amparar respecto de los derechos sacrificados al acreedor financiero:

«Desde que alcance firmeza la declaración de incumplimiento, los acreedores con privilegio especial a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía con independencia de la apertura de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el importe resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa del concurso.»

⁶⁰¹ Vid. en este sentido MORALEJO MENÉNDEZ I. Comentario a los arts. 393 a 399 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020. Tomo III págs. 124 a 126.

Para MIRANDA SERRANO⁶⁰² la finalidad de este precepto es volver al estado anterior al convenio los créditos privilegiados especiales afectados por el mismo, limitando los efectos novatorios que respecto de los créditos concursales ordinarios y subordinados impone el art. 398 TRLC según el cual dichos créditos quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio. Igualmente precisa que la misma regla será de aplicación a aquellos créditos privilegiados a los que se extienda la eficacia del convenio. Varias son las cuestiones a analizar en este precepto que proviene del art. 136 LECO.

Está claro que el art. 398 TRLC reconoce lo que puede ser denominado una novación extintiva de los créditos –porque su configuración hace que la exigibilidad de los mismos y su cuantía sean incompatibles⁶⁰³ a las obligaciones novadas– si bien esta ha de ser supeditada al cumplimiento del convenio o, al menos, a la ausencia de declaración de incumplimiento. Por tanto no implica renuncia definitiva a ningún acreedor apoyar el convenio.

Además, llegado el caso de la declaración de incumplimiento del convenio, el impedimento procesal a despachar ejecución que los arts. 145 y ss. TRLC establecen queda sin efecto por especialidad. A esto parece referirse el art. 404.2 TRLC cuando nos dice que los acreedores con privilegio especial vinculados al convenio o adheridos voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. Se refiere tanto a aquellos acreedores hipotecarios que han visto reconocido sus créditos de forma anómala; como aquellos otros que lo han visto reconocido como corresponde pero bien han votado a favor o prestado adhesión en forma –antes o después de la aprobación del convenio– o bien se han visto arrastrados por las mayorías a que hace referencia el art. 397 TRLC.

⁶⁰² MIRANDA SERRANO, J.M. Comentario a los arts. 400 a 405 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020. Tomo III pág. 172.

⁶⁰³ Así establece el artículo 1204 CC que «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.»

En estos casos no sólo puede el acreedor hipotecario ejecutar separadamente o reanudar la ejecución que hubiera estado en suspenso, sino que la quita no le afectará toda vez que hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso. Introduce el legislador el concepto deuda originaria, sin definir específicamente que ha de entenderse por tal y del que se hablará *infra*. En conclusión parece que estando como estamos en un escenario de liquidación forzosa por incumplimiento de convenio no parecen vincular los créditos reconocidos como privilegiados especiales en los textos de informe, que se refieren al momento de declaración de concurso, sino que habrán de extenderse a los créditos generados por intereses e incluso, previa su tasación, a las costas por las que respondería la finca, ya que tales partidas engloban la deuda originaria, eso sí con detracción e imputación de las cantidades que hubiera percibido en fase de convenio.

Por tanto, y a nuestro juicio, que la entidad financiera apoye un convenio ni quiere decir que asuma una quita irrenunciable en caso de incumplimiento; ni que pueda verse privado de la posibilidad de ejecutar separadamente reclamando toda la deuda originaria; ni que, en conclusión, desaparezca la expectativa de adjudicarse el bien hipotecado por los valores que se acordaron en la constitución de la garantía real. Por el contrario es posible que la aprobación del convenio suponga una entrada de liquidez y que ésta en el peor de los casos no haga sino minorar las cantidades por las que se despache ejecución –o se reanude la ya iniciada– pero sin frustrar la posibilidad de adjudicar directamente la finca, posibilidad que una apertura de liquidación impediría caso de que no se hubiera visto vinculada la entidad financiera por el convenio.

II.2.4.- La incidencia en la fase de liquidación y en las ejecuciones autónomas. Créditos privilegiados especiales *versus* deuda originaria.-

El art. 430.1 TRLC, en sede de liquidación concursal, impone que el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. Este precepto no tenía mucho margen de interpretación cuando eran los créditos con garantías reales íntegramente reconocidos cualquiera que fuera su importe como créditos con privilegio especial.

Como hemos visto sobre estas líneas no existe con la norma vigente identidad completa entre crédito garantizado y crédito privilegiado, en cuanto que parte podrá ser reconocido conforme a las

reglas generales como crédito concursal de otras naturaleza, generalmente como crédito ordinario⁶⁰⁴. Es por ello que el legislador ha introducido como figura de contrapeso el concepto jurídico de deuda originaria –como hemos visto en el art. 404.2 TRLC—pero también y con mucha más repercusión en el art. 430.3 TRLC. En concreto este precepto nos dice que *«El importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda.»* Este precepto trae causa del art. 155.5 TRLC, que fue interpretado de manera heterogénea por los órganos de primera instancia hasta alcanzar el criterio que asentó la doctrina del TS, a la que nos referiremos tras hacer un recorrido por las resoluciones más destacables a nuestro juicio centrándonos en cuanto a la aplicabilidad⁶⁰⁵ del concepto de deuda originaria a la ejecución separada o dentro del concurso y al importe que haya de tener la misma.

Una de las primeras resoluciones que se dictaron sobre el concepto de deuda originaria desde el punto de vista cronológico y referida a su cuantificación fue el Auto de 9 de septiembre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid⁶⁰⁶ que interpreta este concepto jurídico en el sentido de equiparar fuera del convenio el concepto de deuda originaria al valor de tasación dado en escritura *«resulta de ello una evidente conclusión, cual es que mientras la norma en supuestos de convenio pretende garantizar el cobro íntegro del importe del crédito privilegiado, tratándose de realización fuera de convenio es voluntad de la Ley dificultar la realización de los bienes por un precio inferior al de tasación fijado de mutuo acuerdo por las partes en el momento de constitución de la garantía real, hasta el punto de conceder a las entidades financieras y en su exclusivo beneficio un claro derecho de veto a cualquier realización por precio real de mercado inferior a aquel [-aunque sea igual o superior al importe del crédito privilegiado reconocido-].»* Se trata a nuestro juicio de un criterio algo rigorista toda vez que el valor de tasación no incide en la cantidad

⁶⁰⁴ Vid. en este sentido FERNÁNDEZ SEIJO *op. cit.* Comentario...Tomo III, págs. 338 y 339 y la jurisprudencia que cita.

⁶⁰⁵ En el bien entendido que este concepto sólo resultará de aplicación a los concursos de acreedores declarados a partir de la entrada en vigor de la citada reforma del hoy derogado art. 155 LECO, esto es el 27 de mayo de 2015.

⁶⁰⁶ Ponente Ilmo. Sr. VAQUER MARTÍN. A fecha de depósito de la Tesis no obra en la base de datos del CENDOJ.

del crédito que se ha podido extinguir de cualquier manera válidamente admitida en derecho, pero que deberá ser tenido en cuenta a efectos interpretativos. Posteriormente el mismo ponente, Ilmo. Sr. VAQUER MARTÍN dictó Auto de 12 de junio de 2018 del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid⁶⁰⁷ en el que precisaba que *«El valor razonable de la garantía no deja de ser una suma estimada, suma que en ningún caso puede prevalecer, en un escenario de liquidación, al valor real del bien afecto, que es aquel que resulta de la realización. Por otro lado, la "deuda originaria" con garantía real no queda consolidada con el reconocimiento del crédito privilegiado según el valor razonable de la garantía, sino que la Ley Concursal prevé en su artículo 59 que continúe devengando intereses "hasta donde alcance la respectiva garantía". Ese devengo de intereses, que modifica, incrementándola, la deuda inicialmente reconocida, casa mal con un crédito ajustado al valor razonable de la garantía.»* Sin embargo esta interpretación ha de decaer necesariamente ante lo dispuesto en el art. 152.2 TRLC que limita el devengo de intereses a los estrictamente remuneratorios.

En segundo lugar dentro de la jurisprudencia menor hemos de destacar el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Jaén de 08 de julio de 2015⁶⁰⁸ se indica que por deuda originaria habría de entenderse la pactada en el momento de nacimiento de la deuda, si bien concluye que ésta necesariamente habrá variado y deberá ser actualizada. Tras llegar a la conclusión de que cuantitativamente será en general inferior el crédito privilegiado especial establece que será en los supuestos en que la norma permite la enajenación fuera del concurso podrá el ejecutante hacerse con la deuda original, quedando vinculado por el límite del privilegio especial si lo hace dentro del concurso.

En tercer lugar, el Auto del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona de 3 de noviembre de 2015⁶⁰⁹, llega a una conclusión análoga al anterior en el sentido de que entiende que sólo resulta aplicable la posibilidad de hacer suyo el sobrante por el importe de la deuda originaria en caso de ejecuciones separadas: *«4. Debe tenerse en cuenta que el sentido de la reforma es que si se realiza un bien sujeto a privilegio especial el posible sobrante se aplique a cubrir la parte del crédito de ese*

⁶⁰⁷ ECLI: ES:JMM:2018:82A (Id CENDOJ: 28079470062018200029)

⁶⁰⁸ Ponente Ilmo. Sr. SHAW MORCILLO. A fecha de depósito de la Tesis no se encuentra incluida en la colección del CENDOJ.

⁶⁰⁹ Ponente Ilma. Sra. GIMÉNEZ GARCÍA. A fecha de depósito de la Tesis no se encuentra incluida en la colección del CENDOJ.

acreedor en el tramo o cantidad que no tenga la consideración de crédito con privilegio especial. El artículo 155.5 indica expresamente que el acreedor "hará suyo el montante sobrante", ese hacer suyo permite considerar que se plantea en los supuestos en los que conforme al artículo 56 de la Ley Concursal se haya procedido a una ejecución separada, ajena al procedimiento concursal en el que el pago se realiza ante el juzgado que no conoce del concurso o ante el notario, en ese caso sí tiene sentido ese "hacer suyo" entendido en términos posesorios por cuanto el precio no llega a entrar en la masa activa del concurso y el acreedor solicita que se apliquen las normas generales sobre la ejecución de garantías reales. Mayores dudas se plantean en los supuestos de venta o realización en el seno del concurso en el que el total precio entra en la masa y es el administrador concursal el que procede a la distribución. 5. El artículo 89.2 LC establece que "No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley" . El artículo 90 LC no reconoce otro privilegio especial que el derivado de la propia garantía - artículo 90.2 LC -. El artículo 155 LC determinaría que la parte de crédito no cubierta por el privilegio especial tendría la consideración que conforma a la normativa concursal correspondiera (...)».

En cuarto lugar podemos destacar la Sentencia del juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga de 2 de junio de 2016⁶¹⁰ se hace eco de la anterior resolución y llega a idéntica conclusión, incorporando a la interpretación gramatical la teleológica que se deduce de la exposición de motivos e incluso acudiendo a la tramitación parlamentaria ya que esta modificación del art. 155.5 LECO tuvo como origen la enmienda 180 a iniciativa del grupo parlamentario popular según la cual «*En caso de ejecución de garantías durante la tramitación del procedimiento concursal el acreedor podrá hacer suyo hasta el importe máximo garantizado de su crédito. Se propone aclarar las dudas surgidas sobre la posibilidad o no del acreedor de apoderarse de la totalidad del importe obtenido en la ejecución del bien o sólo el valor de la garantía*».

Hecho este recorrido por las resoluciones pioneras, pasaremos a la doctrina que sentó el TS a partir de la STS de 21 de noviembre de 2017⁶¹¹ y aun cuando su objeto principal no versaba sobre la determinación del concepto de deuda originaria sí se pronuncia sobre la incidencia de la misma, fijando que debe ser de aplicación tanto a ejecuciones separadas como a las operaciones

⁶¹⁰ Ponente Ilma. Sra. COHEN BENCHETRIT. A fecha de depósito de la Tesis no se encuentra incluida en la colección del CENDOJ.

⁶¹¹ ECLI: ES:TS:2017:4095 (Id. CENDOJ: 28079119912017100034).

liquidacionales. Así establece que *«A falta de una expresa salvedad, debemos entender que este precepto resultaba de aplicación tanto a la venta individual o singular del bien hipotecado como a la enajenación dentro de una unidad productiva, pues no existía norma especial al respecto. De tal forma que, bajo las condiciones contenidas en aquel art. 155.4 LC, para que pudiera autorizarse la realización del bien hipotecado dentro de una unidad productiva, si la parte del precio ofrecido por esta que correspondía al bien hipotecado era inferior el crédito garantizado con la hipoteca, era necesaria la aceptación del acreedor hipotecario. Esta regla debía operar tanto si la transmisión de la unidad productiva, que incluía el bien hipotecado, se hacía con arreglo a las reglas legales supletorias del art. 149 LC, como si se realizaba conforme a un plan de liquidación.»* Igualmente la citada resolución se pronuncia sobre la necesidad de recabar el consentimiento del acreedor hipotecario a la hora de enajenar con cancelación de cargas: *«Esta salvedad actual a la regla general del art. 155.4 LC (se refiere al vigente art. 149.2), muestra que en nuestro caso era necesaria la conformidad del acreedor hipotecario para la enajenación del bien gravado por un precio inferior al pactado.»*

Con el dictado de dicha resolución se pronunciaron diversas audiencias en similar sentido al apuntado. Así, de fecha muy próxima, e incorporando en su tratamiento la anterior resolución se dictó Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección VI, de 19 de diciembre de 2017⁶¹² y en la misma se aboga por la tesis del Tribunal Supremo estimando las alegaciones de una entidad financiera respecto de un plan de liquidación que empleaba los valores de los créditos privilegiados especiales reconocidos. La conclusión a la que llega la Sala es introducir tres cláusulas de control en el siguiente sentido: *«Primera.- Que la venta directa de los bienes sujetos a privilegio especial deberá ser realizada por un precio superior al mínimo que se hubiese pactado, y con pago al contado, salvo que el acreedor con privilegio especial manifieste de por forma expresa su aceptación por un precio inferior y, siempre y cuando dicha realización se efectúe a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada en el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles, de conformidad con el artículo 155.4 LC. Segunda.- Que el montante total obtenido con la realización de los bienes sujetos a privilegio especial ha de ser destinado a satisfacer en su totalidad la deuda garantizada hasta cubrir las*

⁶¹² Ponente Ilma. Sra. ORELLANA CANO. A fecha de depósito de la Tesis no se encuentra incluida en la colección del CENDOJ.

responsabilidades máximas fijadas en los títulos constitutivos, de conformidad con el art. 155.5 LC y, si su importe no fuese suficiente para cubrirlo en su integridad, quedará el resto reconocido en el concurso con la clasificación que corresponda. Tercera.- Que para la cancelación de las cargas que pesan sobre los bienes sujetos a privilegio especial deberá haberse procedido previamente a la venta de los mismos en escritura pública, cumpliéndose lo establecido en el artículo 149.5 LC y en la STS de 21 de noviembre de 2017.» Por último en relación a la cancelación de cargas se muestra tajante, trayendo a colación la Resolución de la DGSJFP de 25 de abril de 2016⁶¹³: es imprescindible contar con la aquiescencia del acreedor hipotecario «En el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen.»⁶¹⁴ En un sentido muy semejante, el Auto de de 12 de mayo de 2020 de la misma Sala⁶¹⁵ reconoce incluso la integración en el concepto de deuda originaria de intereses de de mayo de demora devengados después de la declaración de concurso con base en que la AC se aquietó en su reconocimiento.

Más reciente resulta la STS de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 11 abril de 2019⁶¹⁶, siguiendo en este punto a ECHEVERRÍA REY⁶¹⁷ en su acertada exégesis de la misma, la cual clarifica el

⁶¹³ «B.O.E.» núm. 136 de 6 de junio de 2016.

⁶¹⁴ En un sentido semejante también se había pronunciado el TS en la resolución antes referida de 21 de noviembre de 2017: «En la medida en que la cancelación de la hipoteca supone la extinción del derecho del acreedor hipotecario, y esta cancelación es consecuencia de una venta o enajenación directa, la registradora puede revisar si, al haberse optado por esta forma de realización, en el mandamiento o el auto que autorizó la realización constan cumplidos los requisitos del art. 155.4 LC. (...) Está función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal. De tal forma que en un caso como el presente, respecto de lo que constituye la función calificadora de la registradora, lo relevante es que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos del art. 155.4 LC, en relación con los acreedores hipotecarios afectados por la venta directa del bien hipotecado.»

⁶¹⁵ Ponente Ilma. Sra. SUÁREZ-BÁRCENA FLORENCIO. A fecha de depósito de la Tesis no se encuentra incluida en la colección del CENDOJ.

⁶¹⁶ ECLI: ES:TS:2019:1222 (Id CENDOJ: 28079110012019100210).

⁶¹⁷ ECHEVERRÍA REY, J. «El concepto de “deuda originaria” y su repercusión en el pago de los créditos con privilegio especial.» Artículo publicado en el portal *El Derecho, Sección Tribuna* el 20 de mayo de 2019.

alcance del concepto de deuda originaria delimitando su funcionamiento respecto de los créditos privilegiados especiales. En primer lugar, entendiendo que el concepto de deuda originaria excluye la limitación de la deuda al valor de la garantía, que determina el reconocimiento de sólo parte de los créditos como privilegiados especiales, la cual opera esencialmente en relación con el convenio. En segundo lugar, la deuda originaria incluye los intereses ordinarios y moratorios devengados con anterioridad a la declaración de concurso, y también los ordinarios devengados con posterioridad a la declaración de concurso, con el límite de la cobertura hipotecaria. A su vez, para que los intereses ordinarios puedan ser actualizados con posterioridad, deberán ser comunicados correctamente; es decir, incluyendo las futuras liquidaciones como crédito contingente. Debe entenderse, aclara el alto Tribunal, que la previsión del entonces vigente art. 59.1 LECO respecto de los intereses únicamente se refería a los intereses remuneratorios⁶¹⁸, puesto que en situación de concurso existe una imposibilidad legal de pago, en donde carece de sentido que operen instituciones como los intereses de demora. En consecuencia, y respecto a la posición del acreedor privilegiado, una vez declarado el concurso de acreedores, no se devengarán intereses moratorios.

Hecho el anterior recorrido, creemos que el legislador ha perdido en el TRLC la posibilidad de fijar un concepto de deuda originaria que hubiera dotado de mayor seguridad jurídica el sistema, concepto que debería partir de un marco estático, cual debe ser la responsabilidad hipotecaria inscrita y oponible a terceros, si bien limitada por un principio dinámico: se debería ceñir a las cantidades y conceptos realmente debidos, excluido el interés de demora desde la declaración de concurso y por tanto limitado a capital, interés remuneratorio, interés de demora hasta la declaración de concurso y, eventualmente y para casos de ejecución separada o gastos inherentes a la colectiva que deban ser soportados por el acreedor hipotecario, las costas. Así y como se desarrollará en las conclusiones abogamos por un concepto de deuda originaria que coincida con la deuda garantizada no satisfecha en la medida que las partidas se hayan devengado, especificando que la partida de costas sólo se devengarán en casos de ejecución separada o si ha de soportar el

Coincidimos con el autor en el sentido que va a propiciar esta interpretación un incremento de las ejecuciones separadas al ser más ágiles que el proceso concursal, así como en la necesidad de que sea el Legislador y no la jurisprudencia la que aclare estos conceptos.

⁶¹⁸ Resolución que a nuestro juicio ha resultado clave para incorporar esta limitación a los intereses remuneratorios en el actual art. 152.2 TRLC.

acreedor hipotecario los gastos inherentes al apremio—certificaciones de dominio y cargas y precio público por subasta judicial principalmente—si se realiza dentro de la liquidación concursal.

II.2.5.- Elementos accesorios, mención a los SWAPS.-

Tan clave respecto de los créditos reconocidos es la calificación de los mismos como su cuantificación, en especial cuando la misma depende de elementos accesorios al negocio jurídico subyacente pero que pueden llegar a suponer un elemento esencial para determinar la deuda real y la viabilidad del patrimonio en concurso. En efecto y a la hora de determinar la cantidad adeudada y que a la postre puede llegar a constituir crédito privilegiado especial o deuda originaria se ha de desligar lo debido por el negocio principal subyacente, préstamo o crédito principalmente, de otros elementos accesorios que pueden constituir deuda garantizada o no según la casuística. Dentro de esta categoría hemos de analizar por su importancia las operaciones de permuta financiera o SWAPS.

Entendemos⁶¹⁹ por SWAPS u operaciones de permuta financiera⁶²⁰ *«aquellos acuerdos entre dos partes para el intercambio de sendos flujos de caja futuros (pagos o ingresos) en la misma o diferente moneda, correspondientes a operaciones de endeudamiento o inversión sobre el mismo nominal y vencimiento, siendo el tipo más corriente el que intercambia el pago de intereses relativos a pasivos (operaciones de endeudamiento que buscan el aseguramiento del tipo de interés ante posibles variaciones al alza), pero existiendo, de la misma manera, swaps que implican el intercambio de flujos de intereses de activos (operaciones de inversión que buscan asegurarse un nivel mínimo de rentabilidad).»*

⁶¹⁹ Vid. LÓPEZ DOMÍNGUEZ, I. en el diccionario económico que incorpora la publicación <http://www.expansion.com/diccionario-economico/swap.html>

⁶²⁰ En la terminología comúnmente más aceptada. En relación a la misma SENÉS MOTILLA disiente de la aplicación del término permuta e incide en su carácter de instrumento financiero derivado, definiéndolo como *«un contrato en el que las dos partes intercambian flujos de pagos determinados con base en una cantidad de referencia a la que se aplican, según la modalidad del swap, bien distintos tipos de interés para cada parte (swap de tipos de interés), bien el pago en monedas distintas (swap de divisas). Esa cantidad fija –el denominado “nacional”– se establece a los solos efectos de calcular la obligación de pago de una suma de dinero –o de entrega de divisas– que al tiempo de liquidar el swap –o cada una de las operaciones realizadas mediante “confirmación” en el ámbito de un contrato marco de operaciones financieras–, una de las partes debe pagar a la otra, pero sin que dicha cantidad sea objeto de intercambio o entrega entre los contratantes.»* SENÉS MOTILLA C. «El tratamiento concursal del SWAP de tipo de interés.» *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 41, 2017, pág. 1.

No resulta infrecuente que estas operaciones tengan como fundamento contratos anejos a préstamos o créditos con garantía hipotecaria —y por tanto a largo, cuando su concepción económica los hace más predecibles a corto—y que el cumplimiento de los mismos afecte al concurso de acreedores. En concreto se impone por el art. 19.1 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica a las entidades de crédito el deber de informar de la existencia de figuras pensadas para proteger al cliente del riesgo del interés: *«Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.»* Aunque no se debe olvidar que por modificación operada por la disposición final 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio se parte de la premisa de que resulten adecuados estos mecanismos para los clientes cuando se trate de préstamos hipotecarios: *«Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, siempre que este resulte adecuado para el cliente, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.»*

Siguiendo a SOLANA ÁLVAREZ⁶²¹ su regulación la encontramos en el Real Decreto Ley 5/2005 que se aplica a determinadas operaciones financieras, incluidos los contratos derivados tipo *SWAP*, y que da un tratamiento concursal privilegiado a las operaciones financieras que caen en el ámbito de aplicación de la norma. Dicho tratamiento por un lado pasa por el reconocimiento de la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado que es práctica común pactar para supuestos concursales, así como admite la validez de los acuerdos de liquidación por compensación exigible anticipadamente (*close-out netting*) que es común incluir en los acuerdos de compensación contractual. Accesorio a lo anterior, reconoce la validez de los acuerdos de garantía que suelen acompañar a este tipo de acuerdos de compensación, así como la facultad de la parte que no ha entrado en concurso de ejecutar inmediatamente las garantías recibidas para satisfacer la deuda que

⁶²¹ SOLANA ÁLVAREZ, J. «Swaps y concurso (Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 629/2015, de 17 de noviembre)» *LA LEY mercantil*, Nº 25, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Mayo 2016.

pueda resultar de la aplicación del acuerdo de liquidación por compensación exigible anticipadamente. Por último, impide al administrador concursal anular determinadas transferencias de activos que el concursado hubiera celebrado dentro de un determinado período previo a la declaración del concurso.

Su naturaleza convencional y que genera obligaciones recíprocas –aunque eventualmente no hayan entrado a funcionar los elementos de cobertura a favor del deudor y sí del acreedor—hacen que los créditos que se vayan devengando en lo sucesivo pudieran tener encuadre en los créditos contra la masa por vía del art. 242.9º TRLC⁶²². No obstante y siguiendo nuevamente a SOLANA ÁLVAREZ la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección civil, Pleno, de 17 de noviembre de 2015⁶²³, supuso un hito importante en el análisis jurisprudencial del tratamiento concursal de los productos financieros derivados entre los que encontramos a los *SWAPS* por dos motivos: en primer lugar, ha unificado la doctrina del Tribunal Supremo en relación a esta cuestión; y en segundo lugar, interpretó el art. 84.2 LECO del que trae causa el actual precepto de manera teleológica para excluir la posibilidad de que las liquidaciones bajo un producto derivado tipo *SWAP* puedan calificarse como un crédito contra la masa. Así y en conclusión conforme a la doctrina jurisprudencial citada, deberán estar englobados en el crédito que comprenda las obligaciones principales. En el caso de créditos con garantía real se reconocerá el importe que proceda como parte del crédito privilegiado especial y el que exceda conforme a las reglas generales. Esta doctrina sentada por el pleno parte, siguiendo a SENÉS MOTILLA⁶²⁴, de tres ejes centrales, complementados con una declaración *obiter dictum* en relación al carácter genuinamente español de la regulación de los créditos concursales derivados de los *SWAPS* en relación a su carácter heterogéneo en otros ordenamientos⁶²⁵.

⁶²² Según el cual tendrán tal carácter «*Los que, conforme a esta ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución en interés del concurso o por incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte del concursado.*»

⁶²³ ECLI: ES:TS:2015:4918 (Id. CENDOJ: 28079119912015100041).

⁶²⁴ SENÉS MOTILLA, C. *op cit.* «El tratamiento... págs. 13-14.

⁶²⁵ Así sostiene acertadamente SENÉS MOTILLA que «*Ante esta consideración del Tribunal Supremo sobre el alcance genuinamente español del acuerdo de compensación contractual en sede concursal, hay quien ya vaticina que esta sentencia dará juego en importantes litigios en trámite, y no solo por la solicitud de aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial, que queda para los procedimientos concursales, sino porque aporta suficientes argumentos para cuestionar la infracción de distintas Directivas, de aplicación directa, y cuya trasposición por las autoridades españolas no solo no existió, sino que se legisló en contra*

En primer lugar, señala la citada autora que el contrato de *SWAP* no genera obligaciones recíprocas para las partes contratantes, reiterando el TS la doctrina antes transcrita sobre la diferenciación entre el sinalagma genético y el sinalagma funcional, este último esencial para que pueda hablarse con propiedad de reciprocidad obligacional.

En segundo lugar, que el contrato marco de operaciones financieras es una modalidad de los acuerdos de compensación contractual, cuya finalidad consiste en la reducción del riesgo de la entidad financiera mediante la compensación de las liquidaciones positivas y negativas de todos los productos contratados con una misma persona, mientras que los contratos de permuta financiera o cualesquiera otros productos derivados, pueden tener sustantividad contractual propia.

En tercer lugar, añade SENÉS MOTILLA, el contrato de *SWAP* no responde a ninguno de los motivos que dan sentido al crédito contra la masa, a saber, su utilidad para la tramitación del propio procedimiento concursal o su contribución a la continuación de la actividad del deudor

No obstante lo anterior, encontramos la STS, Sala de lo Civil, Sección primera, de 24 de mayo de 2018⁶²⁶ ha clarificado que por el hecho de que la cláusula que somete los tipos de interés a una permuta no supone que el crédito derivado de las liquidaciones de dicho contrato a cargo de la concursada sea un crédito por intereses al que sea aplicable el entonces vigente art. 92.3 LECO, ya que no sustituye en sí el pacto de intereses sino que garantiza la posición económica de las partes ante las modificaciones que el tipo de interés pueda experimentar durante la vigencia del contrato. Concluye la citada Sentencia que *«Ni la suscripción del contrato de swap altera las prestaciones propias del préstamo o del crédito a interés variable ni la firma del préstamo o crédito supone alteración alguna de las prestaciones del swap. Aun cuando el motivo por el que se concertó el swap de intereses esté relacionado con la suscripción de otro contrato que obligue al pago de intereses variables, ello no es razón suficiente para estimar que el contrato de swap ha perdido su autonomía y que sus prestaciones deben ser asimiladas a intereses.»* (FºJº Cuarto). La conclusión de esta Sentencia fue, no obstante reconocer el crédito generado por el *SWAP* como crédito

de las mismas. En definitiva, que la sentencia cierra un frente de controversias y abre otro, acaso, de mayor calado jurídico y económico.» SENÉS MOTILLA, C. *op cit.* «El tratamiento... págs. 14-15.
⁶²⁶ ECLI: ES:TS:2018:1897 (Id. CENDOJ 28079110012018100296).

concurzal ordinario, entendemos que por carecer de garantía real o por haber rebasado el límite del valor razonable de la garantía.

Esto debe hacerse extensivo a otros elementos convencionales accesorios que puedan tener una naturaleza semejante al de lo *SWAPS*, siempre y cuando sean de naturaleza convencional semejante y que no supongan una alteración del régimen concursal de prelación de créditos.

II.2.6.- Novaciones subjetivas en la posición de acreedor de los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria voluntaria: aspectos sustantivos y procesales.-

A continuación y en la medida que puede incidir en el reconocimiento de los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria voluntaria hemos necesariamente de analizar la relevancia que las novaciones subjetivas en la posición de acreedor causadas a través de cesiones de créditos, modificaciones estructurales de entidades acreedoras y aportación a patrimonios sin personalidad, centrándonos en aspectos sustantivos y procesales de las mismas.

II.2.6.1.- Aspectos sustantivos de las novaciones subjetivas: cesión de créditos y otras figuras.

El concurso de acreedores como proceso judicial dista mucho de ser ágil y rápido –o al menos no puede serlo en comparación con el dinamismo del mercado de crédito—por lo que en numerosas ocasiones se producirá una novación subjetiva en lo que a la posición del acreedor se refiere –plena por cesión de créditos o parcial por su aportación a patrimonios separados carentes de personalidad jurídica—y en especial en aquellos casos en que por su importe y calificación los créditos amparados con derechos reales de hipoteca resultan cobrables aunque no siempre recuperables en su integridad. Novación subjetiva que es adecuada y compatible con las normas concursales, como acertadamente puntualiza BERMEJO⁶²⁷.

Igualmente es posible que los acreedores que figuraban de manera primigenia en la lista de acreedores hayan visto extinta o transformada su personalidad, con incidencia en la masa pasiva, con mención aparte en cuanto se refiere a las modificaciones estructurales en general y del sector bancario en particular, a las que dedicaremos las líneas que siguen.

⁶²⁷ BERMEJO, N. *op. cit.* pág. 1539.

Partiendo de la cesión de de créditos como figura más relevante, hemos de partir de la definición de PANTALEÓN PRIETO⁶²⁸ que indica que tal cesión se produce cuando «(...) *por virtud de un acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor (cedente y cesionario), la titularidad del derecho de crédito se transmite del primero al segundo, quien se subroga o subentra en la posición jurídica del primitivo acreedor.*»

Más parca encontramos la definición que de dicha figura de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo según el cual hemos de entender por cesión de crédito aquel negocio jurídico cuyo objeto no supone otra cosa que el mero cambio en la posición acreedora, permaneciendo incólume la relación obligatoria (STS 26 de septiembre de 2.002, Sala de lo civil, sección primera⁶²⁹ y aquellas anteriores que cita).

Los requisitos los encontramos en los arts. 1.526 y siguientes del CC, siendo sus notas características las siguientes. En primer lugar y conforme al art. 1.526 CC «*La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta.*» Se remite dicho precepto a los artículos 1.218 y 1.227 del CC reguladores de dichos efectos⁶³⁰. Igualmente y siguiendo en este punto a DÍEGUEZ OLIVA⁶³¹ el art. 1.112 CC parte del carácter cedible de los créditos sin que exista con carácter general la obligación de comunicar dicha cesión al cedido, independientemente de los efectos relativos al pago liberatorio o no. Sin embargo desde la perspectiva de la entidad prestamista se deduce de la normativa comunitaria en materia de contratos de financiación sobre vivienda habitual, en concreto en las secciones 10 y 11 de la FEIN⁶³² conforme incorpora la Directiva 2014/17/UE la obligación de informar de la posibilidad de transmisión del crédito. Igualmente del considerando 41 de la Directiva 2008/48/CE se extrae la

⁶²⁸ PANTALEÓN PRIETO, F. «Cesión de Créditos.» *Anuario de Derecho Civil* 1988, número 4 (pág. 1034).

⁶²⁹ ECLI: ES:TS:2002:6222 (Id. CENDOJ 28079110012002102469).

⁶³⁰ Recordemos que el art. 1878 CC predica con carácter general la admisibilidad de la cesión del crédito hipotecario con las formalidades exigidas por la Ley, debiéndose tener en cuenta no sólo los arts 1526 a 1528 CC, sino también 149 a 152 LH, 242 a 244 RH *inter alios*. En este sentido RAMÓN CHORNET, JC. Comentario al art.1876 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dir. CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011. Págs. 1340 y 1341.

⁶³¹ DÍEGUEZ OLIVA, R. *La cesión de préstamos con garantía hipotecaria a fondos de titulización: la posición del deudor cedido*. Tirant lo Blanch, València 2020, págs. 37 a 39.

⁶³² Siglas de *Ficha Europea de Información Normalizada* con carácter vinculante para la entidad.

conveniencia de la comunicación de la cesión y el principio general de que dicho negocio jurídico no deberá redundar en perjuicio de los derechos del consumidor.

El art. 1.528 CC consagra que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio. Esto resulta esencial en el concurso ya que se subrogará el adquirente en la condición concursal –calificación y cuantificación del crédito—del vendedor. Los arts.1.529, 1.530 y concordantes del CC regulan los efectos entre cedente y cedido según exista buena o mala fe, así como la responsabilidad por evicción.

De especial incidencia en supuestos concursales encontramos el art. 1532 CC que regula, siguiendo en este punto nuevamente a DIÉGUEZ OLIVA⁶³³, dos supuestos distintos, Como son la venta alzada de la totalidad de ciertos derechos, atendiendo al modo de fijar la contraprestación en la compraventa, y la venta en globo. Determina el citado recepto que el que venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte. Esta situación se da con regularidad en los concursos de acreedores produciéndose sucesivas transmisiones con los efectos procesales y materiales que conlleva. En relación a la regulación del CC puntualiza la citada autora que la única precisión que hubiera sido necesaria es la relativa a la exclusión de la obligación de saneamiento por vicio oculto, particularidad que hubiere sido más adecuado que se hubiera regulado en su correspondiente sección junto a otros supuestos especiales.

Lo dispuesto en el CC se complementa, en cuanto pueda resultar aplicable por la naturaleza del negocio jurídico concreto, con lo previsto en el vigente CdC ya que el art. 347 de dicho cuerpo legal establece que *«los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia.»*

⁶³³ DIÉGUEZ OLIVA, R. Comentario al art.1532 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dirigido por CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011, págs. 320-322.

Distinto a este contrato de cesión de créditos podremos encontrarnos con instituciones donde lo que se cede efectivamente no es el crédito en sí, sino la contraprestación que pueda obtenerse respecto del mismo. Esto es, en lugar de que se proceda a la cesión del crédito con las formalidades del contrato de cesión se enajene a un tercero la liquidez obtenida de los pagos de dicho crédito. No nos encontraríamos en estos supuestos con una auténtica cesión de créditos sino con figuras atípicas – aunque frecuentes—que dejarán, en la mayoría de los supuestos, inalterada la relación primitiva acreedor-deudor.

Por último no está de más recordar que es doctrina pacífica que notificada la cesión del crédito –o constatado por otra vía que este conoce la cesión—el único pago liberatorio será el que se verifique al nuevo acreedor. En este sentido la STS 30 de septiembre de 2015, Sala de lo Civil, Sección primera⁶³⁴ y aquellas anteriores a las que cita:

«Comunicada la cesión al deudor (o una vez que este conociera adecuadamente la cesión por otro medio), no puede exigirse una segunda orden o comunicación por el cedente, que ya no era titular del crédito, y solo tendrá efectos liberatorios el pago hecho al nuevo acreedor. Como declaramos en nuestra anterior sentencia 750/2013, de 28 de noviembre, la comunicación de la cesión tiene justamente la finalidad de impedir que se produzca la liberación contemplada por el art. 1527 del Código Civil, esto es, la liberación por haber hecho pago al originario acreedor antes de tener conocimiento de la cesión (sentencia de

⁶³⁴ ECLI: ES:TS:2015:4339. (Id. CENDOJ: 28079110012015100569). Más recientemente y en un sentido análogo STS de 5 de octubre de 2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:2020:3164 (Id. CENDOJ: 280791100120201004927.) Dicha resolución hace un recorrido por el derecho histórico, comparado y el reconocimiento jurisprudencial del retracto que lo califica como problemático: *«tiene como antecedentes el Derecho Romano y concretamente la Ley Anastasiana (Anastasio a Eustatio, Ley 22, Tít. XXXV, Lib. 4º del Código, del Corpus Iuris Civilis), que se justificó por Justiniano (Ley 23) por razones de humanidad y de benevolencia ("tam humanitatis quam benevolentiae plena"), y se resume (Ley 24; Epitome tomado de las Basilicas) en que "el que dio cantidades para que se le cediesen acciones no consiga de las acciones cedidas nada más que lo que por ellas hubiera dado", y el Proyecto de 1.851 (arts. 1.466 y 1.467)". /Como señalaba la misma sentencia 976/2008, se trata de una figura jurídica controvertida, cuyos detractores señalan que se opone al derecho de propiedad, que tiene escasa utilidad práctica y que no ha sido acogida por los Códigos más modernos (como el italiano de 1942 y el portugués de 1967). Añade la misma sentencia que el art. 1.535 CC es un precepto "de aplicación problemática (pues son numerosas las diferencias interpretativas, y no meramente de matiz, entre nuestros civilistas que prestaron atención especial a su estudio); y con escaso tratamiento en la doctrina jurisprudencial (en la que caben citar, singularmente, las Sentencias de 14 de febrero de 1903, 8 de abril de 1904, 9 de marzo de 1934, 4 de febrero de 1952; 3 de febrero de 1968; 16 de diciembre de 1969; 24 de mayo de 1987 y 28 de febrero de 1991 [...])»*

esta Sala núm. 195/2008, de 11 de marzo) y tiene el alcance de obligar al deudor con el nuevo acreedor (sentencias de esta Sala de 12 de noviembre de 1992, recurso núm. 1186/1990 , 19 de febrero de 1993, recurso núm. 1873/1990 , y núm. 460/2004 , de 28 de mayo). En definitiva, una vez notificada la cesión, el deudor no se libera de su obligación más que pagando al nuevo acreedor, y si lo realizase en favor del antiguo, el pago no sería liberatorio (sentencia núm. 960/2003, de 20 de octubre).»

En un idéntico sentido la Resolución de la DGSJFP de 19 de febrero de 2018⁶³⁵ reiterando lo indicado en otras anteriores⁶³⁶ concluye que debe entenderse que todo pago realizado por el deudor al acreedor cedente con anterioridad a tener conocimiento de la cesión es plenamente válido y liberador dando preferencia al régimen legal sobre la cesión de créditos al de las normas que regulan la cesión de los derechos reales de hipoteca:

«Ciertamente el artículo 144 de la Ley Hipotecaria determina que «todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago (...) no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos».

Pero el contenido de este precepto, de carácter general, debe ceder ante las normas especiales reguladoras de la cesión del crédito hipotecario. Estos hechos o convenios no pueden ser invocados por el cedente en su favor (puesto que ya no es acreedor), y, si bien no surten efecto contra el tercer adquirente de derechos reales en tanto no se hagan constar en el Registro (artículo 144 de la Ley Hipotecaria), no pueden por menos de afectar al que aparece como adquirente del crédito hipotecario (cfr. Resolución de 24 de abril de 1991) y cesionario sucesivo, cuando no se hizo oportunamente la notificación de la cesión al deudor

⁶³⁵ B.O.E. 07/03/2018.

⁶³⁶ En concreto cita resoluciones de la DGSJFP de 25 de marzo de 1930, 3 de agosto de 1939, 10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 20 de agosto de 1982, 30 de septiembre de 1987, 26 de diciembre de 1990, 24 de abril de 1991, 26 noviembre de 1992, 12 de julio de 2001, 23 de marzo y 8 de junio de 2002, 30 de mayo de 2003, 29 de diciembre de 2004, 18 de febrero y 29 de diciembre de 2005, 23 de enero y 28 de noviembre de 2006, 2 de julio de 2007, 14 de marzo, 8 de mayo, 10 de junio y 9 y 11 de noviembre de 2009, 7 de marzo, 12 de mayo, 15 de octubre y 2 de diciembre de 2011, 18 de enero y 3 de octubre de 2012 y 13 de febrero, 26 de junio, 9 de octubre y 11 de diciembre de 2017.

(artículo 151 de la Ley Hipotecaria). En este sentido el ámbito propio del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es el de los derechos personales y así el deudor no pasa a serlo porque el crédito hipotecario extinguido, pero no cancelado, se ceda a un tercero, aunque inscriba en el Registro de la Propiedad. Es decir a quien pagó válidamente, no le revive el crédito que quedó extinguido, lo cual tiene muy especial trascendencia en relación con los créditos y préstamos concertados a favor de consumidores.

Este Centro Directivo ya manifestó (cfr. Resolución de 6 de agosto de 2014) que, en la cesión de un crédito hipotecario, dada la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito, lo relevante es la transmisión de este, por lo que deben hacerse prevalecer las normas sobre cesión de créditos frente a las que regulan la cesión de hipotecas.»

Este pago liberatorio será relevante en cualquier fase del concurso de acreedores, sea este producido por vía de las operaciones liquidatorias, por el cumplimiento de un convenio judicialmente aprobado, o por la imputación a créditos privilegiados –o a deuda originaria– fruto de una autorización judicial de venta o venta de existencias sin necesidad de autorización judicial.

Con notas semejantes a la cesión de créditos nos encontramos con las novaciones subjetivas en la posición acreedora de los créditos concursales garantizados con hipoteca inmobiliaria voluntaria provocadas por las modificaciones estructurales de los acreedores, en especial en lo que se refiere al proceso de concentración bancaria. El panorama de las entidades financieras en los últimos años ha cambiado sustancialmente ya que de un escenario de dispersión de entidades de distinta naturaleza jurídica—bancos y cajas de ahorro principalmente⁶³⁷—hemos pasado a otro bien distinto de concentración y en casi una única figura relevante: la de los bancos, con cada vez menos operadores jurídicos en el mercado.

En cuanto a lo que se refiere a los bancos propiamente dichos, procesos de absorciones de filiales por parte de sus matrices así como fusiones de entidades cuya composición accionarial era dispar

⁶³⁷ Ex art. 1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito han de ser consideradas tales «las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.» Actualmente existen cuatro categorías: el Instituto de Crédito Oficial, los bancos, las cajas de ahorro y sociedades cooperativas de crédito, estas últimas con un nicho de mercado potente en el ámbito rural pero de menor peso específico que las anteriores.

han reducido el número de bancos al uso a un número muy parco estando en un horizonte incierto pero que se antoja inexorable nuevos procesos de concentración.

En lo que se refiere a las cajas de ahorros el cambio ha sido mucho más acentuado. A partir de finales de la primera década del siglo XXI las cajas sufrieron un proceso de concentración a través de fusiones y de la creación de los llamados SIP –siglas de Sistema Institucional de Protección— que no eran otra cosa que acuerdos estables y con duración mínima de diez años en torno a una entidad central de crédito. Así en las postrimerías de junio de 2010 se habían producido un total de 12 procesos de integración, en el que habían participado 39 de las 45 cajas de ahorro entonces existentes, con una cifra total de activos reestructurados de 1.282.704 millones de euros. De esas operaciones 7 fueron en forma de fusión y 5 fueron mediante la formación de SIP. Asimismo algunas entidades precisaron ayudas directas públicas a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB, en lo sucesivo) instituido mediante Real Decreto-Ley 9/2009⁶³⁸.

No obstante no quedó ahí la reforma de las cajas de ahorro, ya que a esta vorágine concentradora siguieron el RDL 11/2010, de 9 de julio convalidado del 21 del mismo mes, cuya finalidad primordial fue reordenar el régimen jurídico de las cajas de ahorro permitiendo el ejercicio de la actividad bancaria a través de un banco; y el RDL 2/2011 de 18 de febrero, convalidado el 10 de marzo, tendente a reforzar los niveles de capital de las entidades financieras de tal punto que se estableció un nuevo coeficiente de capital principal cifrado en un 8% sobre activos ponderados por riesgo (10% para las entidades de mayor riesgo) lo que provocó que 12 entidades (4 bancos y 8 cajas de ahorro) no alcanzaran dicho requisito de capitalización.

Así, en la inmensa mayoría de cajas de ahorros resultantes de los procesos de concentración se acabaron constituyendo bancos en casi todas ellas a los efectos de ejercer a través de ellos su actividad financiera, en lo que representa según datos del Banco de España más del 99% de los activos ponderados por riesgo totales de este subsector⁶³⁹. El mecanismo societario más empleado

⁶³⁸ Siguiendo a MIRALLES MARCELO, J.L. y DAZA IZQUIERDO, J. en «La reestructuración de las Cajas de Ahorro en el Sistema Bancario español.» Artículo publicado en el anuario correspondiente al año 2010 del *Boletín de la Real Academia de Extremadura de las Letras y las Artes*.

⁶³⁹ *Vid.* nota sobre el proceso de reestructuración de las cajas de ahorros, situación a julio de 2011. URL <http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/InformacionInteres/ReestructuracionSectorFinanciero/Ficheros/es/notareformacajas130711.pdf>. Última consulta marzo 2021.

para segregar la actividad bancaria de las cajas de ahorros fue la escisión en su variedad de segregación conforme a los artículos 68 y 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En concreto el art. 71 de dicho cuerpo legal establece que «*Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.*» La disposición adicional tercera de la Ley 3/2009 declaraba expresamente aplicable a las entidades financieras estos mecanismos⁶⁴⁰, por lo que tanto los bancos que acabaron fusionados como las cajas de ahorros que segregaban su negocio bancario se hubieron de amoldar a estos trámites.

En cualquiera de los supuestos, tanto las fusiones como las escisiones con la consecuencia de la segregación de la actividad bancaria son sometidos a un proceso de publicidad formal en el boletín oficial del registro mercantil y que culmina con plena eficacia frente a terceros a través de la inscripción en el Registro Mercantil correspondiente, como se desprende de los Artículos 46 y concordantes de la Ley 3/2009 y 94.1 1º y 7º del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en lo sucesivo RRM).

Llegados a este punto será un hecho notorio oponible a terceros, lo que incluye a la AC en la medida que los créditos no necesitarán de un reconocimiento especial si ya constaban en listas a favor de la entidad primigenia.

Procesalmente sí podrá tener incidencia caso de que varias entidades personadas en el concurso pasen a ser una sola, ya que no podrá coexistir con distintas representaciones procesales —al menos en lo que se refiere a la figura del procurador—debiendo optar por una de ellas. También podrá

⁶⁴⁰ DA III. Régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito «1. *Las operaciones de fusión entre entidades de crédito de la misma naturaleza, así como las de escisión y cesión global de activos y pasivos entre entidades de crédito de idéntica o distinta naturaleza se regirán por las normas establecidas para dichas operaciones en la presente ley, sin perjuicio de lo previsto en la legislación específica aplicable a estas entidades.* 2. *Cuando la operación consista en el traspaso por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una entidad de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, que formen una unidad económica, a otra entidad de crédito de igual o distinta naturaleza a cambio de una contraprestación que no consista en acciones, participaciones o cuotas de la entidad cesionaria, resultará de aplicación a la misma el régimen de la cesión global de activos y pasivos previsto en los artículos 85 a 91 de la presente ley, sin perjuicio de lo previsto en su legislación específica.*»

tener incidencia en ejecuciones singulares seguidas en pieza separada, en especial a la hora de inscribir adjudicaciones a favor de la ejecutante, pudiéndose subsanar aportando al correspondiente registro de la propiedad testimonio si quiera parcial del acta de fusión o de escisión si esta no constaba de los autos concretos.

Por último resulta de cierta frecuencia que los créditos garantizados con hipoteca son aportados durante la tramitación del concurso de acreedores a patrimonios separados sin personalidad jurídica, en especial a través de procesos de titulización o de aportación a fondos de inversión.

Podemos definir la titulización de activos como un proceso financiero que consiste en transformar cualquier activo susceptible de generar una corriente de ingresos en títulos o en valores negociables. Cuando hablamos de titulización de créditos hipotecarios –que puede ser la figura que tenga mayor incidencia—podemos decir que ésta consiste en que préstamos o créditos de dicha naturaleza de la cartera de una entidad de crédito (cedente) son cedidos en todo o en parte a un Fondo mediante la emisión de participaciones o certificados de transmisión hipotecaria, el cual no tiene personalidad jurídica, como más adelante veremos. Por tanto y tanto desde un punto de vista doctrinal, como bebiendo en fuentes eminentemente prácticas, no puede hablarse de que la titulización de activos sea una cesión de créditos *strictu sensu*.

Su marco legal comunitario lo encontramos en el Reglamento (CE) nº 24/2009 del Banco Central Europeo, de 19 de diciembre de 2008, y en la Orientación BCE/2008/31 de 19 de diciembre de 2008. A partir de esta normativa comunitaria se dicta Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981 que da pie a la introducción de esta figura hasta llegar a la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial cuyo título tercero regula los fondos de titulización, definiéndolos su artículo 15 como «*patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, con valor patrimonial neto nulo.*»

La diferencia sustancial respecto de la cesión de un crédito a una entidad con personalidad la da precisamente este hecho: el fondo de titulización en cuyo activo pueda estar englobado un crédito –o parte de él—no tiene estrictamente hablando personalidad jurídica, permaneciendo inalterada la obligación jurídica entre las partes primitivas a estos efectos.

Muy análogos pero incompatibles por su propia normativa con los fondos de titulización encontramos los fondos de inversión que pueden ser definidos, según nos informa la CNMV como instituciones de inversión colectiva consistentes en un patrimonio formado por las aportaciones de un número variable de inversores, denominados partícipes⁶⁴¹. El fondo lo crea una entidad, la gestora, que es la que invierte de forma conjunta esas aportaciones en diferentes activos financieros (renta fija, renta variable, derivados o cualquier combinación de estos, etc.) siguiendo unas pautas fijadas de antemano.

Es por tanto válido que un crédito sea cedido a un fondo por medio de la realización de una aportación del mismo al fondo, adquiriéndose por ese hecho la condición de partícipe por parte de la entidad, que sigue siendo civil y procesalmente la propietaria. No obstante también podrán actuar por sí las sociedades gestoras ya que según el art. 3.1 del citado texto normativo la gestión y representación corresponde éstas –en concreto a una de éstas—que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo.

II.2.6.2.- Aspectos procesales de las novaciones subjetivas operadas en la posición acreedora de créditos garantizados con hipoteca voluntaria inmobiliaria dentro del concurso.

Resulta evidente que la novación subjetiva en la posición acreedora de los créditos garantizados con hipoteca voluntaria inmobiliaria debe tener constancia en el concurso de acreedores a los efectos de que puedan tutelar los mismos y, a la postre, puedan ser satisfechos. Esta constancia se logra mediante la observancia de una serie de normas procesales comunes relativas a la transmisión del objeto litigioso, y otras específicas en materia de modificación de los textos provisionales y definitivos de informe dentro del concurso.

Empezando por las normas comunes, hemos de tener en cuenta que en los supuestos de que, tras la declaración de concurso de acreedores, un crédito reconocido inicialmente a favor de una entidad

⁶⁴¹ Esta definición, extractada del art. 3.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva obvia especificar la que esa nuestro juicio su principal nota característica respecto de otros patrimonios a los que pueden ser cedidos créditos, y es precisamente que se trata de patrimonios sin personalidad jurídica, por lo que los créditos aportados y sus rendimientos siguen perteneciendo a los partícipes –en el caso de créditos bancarios podrán ser las mismas entidades o incluso otras instituciones de inversión colectiva—si bien forman un patrimonio estanco en el sentido que los partícipes no responderán por las deudas del fondo sino hasta el límite de lo aportado ni responderá el patrimonio de los fondos de inversión por las deudas de los partícipes, sociedades gestoras o depositarios (art. 6 Ley 35/2003).

sea cedido a otra con personalidad jurídica se habrá de tramitar la sucesión procesal por venta del objeto litigioso, conforme a lo establecido en el artículo 17.1 de la LEC⁶⁴².

Se trata este de un precepto general aplicado a los procesos de orden declarativo y que sólo hace una somera referencia a la regulación de la LECO en relación a la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso, la cual hemos de circunscribir únicamente siguiendo en este punto a COLOMER HERNÁNDEZ⁶⁴³ a la previsión que hacía el art. 150 LECO—hoy art. 207 TRLC—respecto de la venta de bienes litigiosos incluidos en la masa activa, pero no arroja luz respecto de la enajenación de créditos reconocidos en el pasivo concursal, por lo que se habrá de estar a las reglas generales, si bien entrando en el matiz de que no nos encontramos ante un procedimiento singular sino ante uno de naturaleza universal, lo que hace aplicable la anterior mención a la no suspensión más que de trámites concretos y no de los autos de concurso a la que se ha hecho referencia sobre estas líneas.

Ahora bien, es frecuente que los créditos cedidos no hayan visto reconocida dicha cesión en los autos de concurso de acreedores por inacción de la entidad cedente o de la cesionaria, por lo que para evitar posibles vicios de nulidad siempre queda la opción de una eventual recompra del derecho de crédito, recompra que en muchas ocasiones se verá contemplada en clausulado estandarizado de los contratos de cesión.

⁶⁴² «1. Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. El Secretario judicial dictará diligencia de ordenación por la que acordará la suspensión de las actuaciones y otorgará un plazo de diez días a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga. / Si ésta no se opusiere dentro de dicho plazo, el Secretario judicial, mediante decreto, alzará la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él. / 2. Si dentro del plazo concedido en el apartado anterior la otra parte manifestase su oposición a la entrada en el juicio del adquirente, el tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente. / No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvencción, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa. / Cuando no se acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el juicio, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos. / 3. La sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se regirá por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado.»

⁶⁴³ COLOMER HERNÁNDEZ, I. «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Arts. 16, 17, y 18.» *InDret* 2/2005.

Por último debemos recordar que es doctrina pacífica que notificada la cesión del crédito —o constatado por otra vía que este conoce la cesión— el único pago liberatorio será el que se verifique al nuevo acreedor. En este sentido la antes citada STS 30 de septiembre de 2015, Sección Primera de la Sala de lo Civil y aquellas anteriores a las que se remite la citada resolución:

«Comunicada la cesión al deudor (o una vez que este conociera adecuadamente la cesión por otro medio), no puede exigirse una segunda orden o comunicación por el cedente, que ya no era titular del crédito, y solo tendrá efectos liberatorios el pago hecho al nuevo acreedor. Como declaramos en nuestra anterior sentencia 750/2013, de 28 de noviembre, la comunicación de la cesión tiene justamente la finalidad de impedir que se produzca la liberación contemplada por el art. 1527 del Código Civil, esto es, la liberación por haber hecho pago al originario acreedor antes de tener conocimiento de la cesión (sentencia de esta Sala núm. 195/2008, de 11 de marzo) y tiene el alcance de obligar al deudor con el nuevo acreedor (sentencias de esta Sala de 12 de noviembre de 1992, recurso núm. 1186/1990, 19 de febrero de 1993, recurso núm. 1873/1990, y núm. 460/2004, de 28 de mayo). En definitiva, una vez notificada la cesión, el deudor no se libera de su obligación más que pagando al nuevo acreedor, y si lo realizase en favor del antiguo, el pago no sería liberatorio (sentencia núm. 960/2003, de 20 de octubre).»

Hasta este punto, hemos tratado exclusivamente la dimensión procesal de la modificación del cambio de acreedor en los concursos, pero desde luego y en tanto se encuentren reconocidos en textos los créditos se ha de traducir dicha novación subjetiva en los textos reconocidos, bien en la migración de textos provisionales a definitivos, bien con posterioridad a los textos definitivos. Centrándonos en este segundo supuesto es posible que no se trate de una mera novación subjetiva —para lo que entendemos bastaría una mera comunicación al efecto— sino que se haya llegado a transformar más profundamente el crédito reconocido, bien por cambio de calificación o por cambio de importe. Para estos casos si ya se encontraban fijados los textos definitivos de informe, se habrá

de proceder a su modificación conforme a lo dispuesto en los arts. 307 y ss TRLC de una manera a nuestro juicio más sistemática que el derogado art. 97 *bis* LECO ⁶⁴⁴.

En especial sería de aplicación al caso de novación subjetiva en la posición acreedora el art. 310.1 TRLC según el cual «*En caso de sustitución de un acreedor reconocido, bien por adquisición del crédito, bien por subrogación en la titularidad del mismo, se mantendrá la clasificación del crédito correspondiente al acreedor inicial.*» A continuación se matiza esta premisa general en relación a los créditos laborales y públicos y asimismo se precisa que para el caso de pago por deudor solidario, por fiador o por avalista, la AC procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al deudor solidario, al fiador o al avalista que hubiera pagado. Por último se indica que en el supuesto en que el acreedor posterior fuera una persona especialmente relacionada con el concursado, la AC procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o a dicha persona especialmente relacionada con el concursado.

En cuanto al procedimiento a seguir y según se desprende de lo dispuesto en el art. 311.2 TRLC la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores sólo podrá solicitarse antes de que recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado los informes finales de liquidación o la comunicación de insuficiencia de la masa activa para atender los créditos contra la masa.

En cuanto a la forma de solicitar dicha modificación se establece en el citado precepto que los acreedores dirigirán a la administración concursal una solicitud con justificación de la modificación pretendida, así como de la concurrencia de las circunstancias previstas en el citado art. 311 TRLC. La AC en el plazo de cinco días informará por escrito al juez sobre la solicitud.

A partir de aquí, se abre una doble vía según sea favorable o contrario el informe de la AC. Así, si el informe fuera contrario al reconocimiento, se rechazará la solicitud salvo que el solicitante promueva incidente concursal en el plazo de diez días, en cuyo caso se estará a lo que se decida en el mismo. Por el contrario, si el informe resulta favorable a la modificación pretendida, se dará

⁶⁴⁴ Art. 97 *bis* LECO que fue introducido por el número setenta del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal con vigencia desde el 1 enero 2012

traslado a las partes personadas por el término de diez días. Si no se efectúan alegaciones o no son contrarias a la pretensión formulada, el juez acordará la modificación por medio de auto sin ulterior recurso. En otro caso, el juez resolverá por medio de auto contra el que cabe interponer recurso de apelación.

Es de destacar por último que la STS de Sala de lo civil, Sección primera de 4 de noviembre 2016⁶⁴⁵ fija la siguiente doctrina jurisprudencial en cuanto a la fijación del límite temporal a que se refería el art. 97 bis. 1 LECO, hoy 311.2 TRLC, según el estadio procesal del concurso:

« i) El límite temporal previsto en el art. 97bis.1 LC para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores al amparo del art. 97.3 LC , varía según se esté en fase de cumplimiento del convenio o de liquidación.

ii) Cuando la modificación se solicita durante la fase de liquidación, con independencia de que haya venido o no precedida de una aprobación judicial de convenio, el límite temporal aplicable es el propio de la liquidación: la presentación de cualquiera de los dos informes previstos en el art. 152.2 LC y el art. 176bis.1 LC.

iii) Frustrado el convenio y abierta la fase de liquidación, sobre la posterior petición de modificación de la lista de acreedores sólo resulta oponible el límite temporal previsto en el art. 97.bis.1 LC para la liquidación.»

Quedaría por último delimitar la extensión de los efectos de una resolución que modificara los textos definitivos de informe, en especial cuando dicha resolución es susceptible de ser objeto de recurso de apelación conforme al régimen específico del art. 311.5 TRLC o por las reglas genéricas del incidente concursal. En este sentido el art. 312 TRLC es tajante: la tramitación de la solicitud no impedirá la continuación de la fase de convenio o liquidación.

No obstante y a fin de evitar situaciones de indefensión el legislador faculta especialmente a través del art. 313 TRLC para que, a instancias del solicitante, el Juez del concurso pueda acordar la adopción de medidas cautelares cuando estime probable el reconocimiento en aras de asegurar su

⁶⁴⁵ ECLI: ES:TS:2016:4720 (Id CENDOJ 28079110012016100625).

efectividad. En la medida que no se indica un cauce procesal específico deberá atenderse a la solicitud bien previa audiencia de parte, bien sin su audiencia conforme al trámite genérico regulado en los arts. 721 y ss. LEC y sometido a dichos requisitos: es decir apariencia de buen derecho; peligro de mora procesal –traducido en este caso en el riesgo de que un reconocimiento tardío impida la virtualidad de la modificación; y prestación de caución suficiente.

Por último el art. 314 TRLC faculta igualmente a que, a petición de parte, el juez podrá acordar la ejecución provisional de la resolución a fin de que bien se admita provisionalmente la modificación pretendida en todo o en parte a los efectos del cálculo del voto en sede de convenio; bien que las operaciones de pago de la liquidación o convenio incluyan las modificaciones pretendidas. No obstante, estas cantidades se conservarán depositadas en la masa activa hasta que sea firme la resolución que decida sobre la modificación pretendida, salvo que garantice su devolución por aval o fianza suficiente. Nuevamente se omite el trámite a seguir por lo que se deberá estar, a nuestro juicio, a la presentación de demanda de ejecución provisional conforme a los trámites y requisitos de los arts. 526 y ss. LEC.

II.2.7.- Reconocimientos anómalos: subordinación de créditos. Especialidades de la S.A.R.E.B. Acuerdos de refinanciación: calificación y rescindibilidad de las operaciones.

En los anteriores hemos hecho una exégesis del reconocimiento de los créditos garantizados con hipoteca voluntaria inmobiliaria con la calificación de créditos privilegiados especiales en una parte y, eventualmente y en lo no comprendido en la anterior calificación, créditos ordinarios con base en el valor de la garantía. Estas calificaciones que son las que han de responder al reconocimiento normal de los créditos objeto de estudio en la presente Tesis dentro del concurso pueden verse afectadas por circunstancias subjetivas principalmente que determinen una calificación distinta. A lo largo de este epígrafe se va a analizar la posibilidad de reconocimiento de los créditos garantizados por hipoteca inmobiliaria voluntaria como créditos subordinados, así como el singular trato que nuestro legislador ha deparado a ciertos acreedores, cuales son la SAREB y los que concurrieron a un acuerdo de refinanciación.

II.2.7.1.- Los créditos con garantías reales calificados como créditos subordinados.

Como hemos visto anteriormente la introducción de los créditos subordinados como categoría supone la postergación del cobro de los mismos respecto de la totalidad de los créditos contra la masa y créditos concursales, en lo que constituye una sanción por parte del legislador antitética al concepto de privilegio.

Tratándose la totalidad de los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria voluntaria de créditos de necesario reconocimiento⁶⁴⁶ forman parte siempre y en todo caso de la masa pasiva del concurso. A este respecto hemos de traer a colación que es obligación de la AC confeccionar las listas de informe provisional con la condición que tuvieron los créditos –y los acreedores—al momento de la declaración de concurso. Como se ha visto *ut supra* el art 281.1.1º TRLC proscribía el reconocimiento inicial de créditos con garantías reales inscritas como créditos subordinados por insinuación extemporánea, pero el ordinal quinto sí prevé tal calificación para los créditos titularidad de personas especialmente relacionadas.

Por personas especialmente relacionadas los arts. 282 y 283 TRLC establecen una doble relación de quiénes hayan de ser tenidos por tales según se trate de personas jurídicas o naturales los deudores, basándose en reglas de parentesco, de personas jurídicas relacionadas, de formar parte de órganos de administración societarios, y de pertenencia a la masa social con ciertos porcentajes o condición de responsable de las deudas sociales. Es obligado hacer mención al elemento de control a que se refiere la STS Sala de lo Civil, Sección primera, de 4 de marzo de 2016⁶⁴⁷ que fija los requisitos para hablar de existencia efectiva de control centrándolos en que se considerará una sociedad dominante respecto de otra calificada como dependiente cuando se den algunas de las siguientes situaciones:

- Posea la mayoría de los derechos de voto

- Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

⁶⁴⁶ Al constar necesariamente en escritura pública y tener ésta carácter de título ejecutivo conforme al art.517 LEC.

⁶⁴⁷ ECLI: ES:TS:2016:961 (Id CENDOJ 28079110012016100125).

-Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

-Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, precisa el Alto Tribunal, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los dos primeros casos.

Más recientemente la STS, Sala de lo Civil, Sección primera de 24 abril de 2018⁶⁴⁸ en relación a un supuesto de impugnación de un crédito reconocido inicialmente como privilegiado especial que deviene posteriormente en subordinado. Esta Sentencia hace una exégesis de lo preceptuado en el antes vigente art. 93.2.3º LECO, artículo resultó reformado respecto de la redacción originaria de la LECO ya que en dicho momento, según determina el alto tribunal, no podíamos hablar de un concepto unitario de grupo de sociedades, ni tampoco cabía entender que se empleara con un sentido unívoco a lo largo del texto del citado cuerpo legal. Así, a los efectos de la declaración conjunta de concurso de sociedades del mismo grupo, el art. 3.5 LECO exigía que existiera *«identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones»*. Sin que esta exigencia necesariamente se tuviera que extender a la interpretación del art. 93.2.3º LECO, sino que en atención a la ratio de la justificación de la subordinación o de la presunción de perjuicio que haría el crédito reintegrable podía atenderse a un concepto de grupo más adecuado, que justificara el desvalor que encierra la subordinación o la presunción de perjuicio. Este podía basarse, concluye el Tribunal, en la existencia de un control, directo o indirecto, sobre la sociedad concursada. A partir de aquí y con la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, para evitar equívocos sobre la noción de grupo de sociedades, se introdujo la actual disposición adicional 6ª LECO que pasa inalterada a la DA 1ª del TRLC, según la cual *«a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio»*. Con esta remisión, ahora

⁶⁴⁸ ECLI: ES:TS:2018:1565 (Id CENDOJ 28079110012018100250).

queda claro que la noción de grupo, en toda la ley concursal, viene marcada no por la existencia de una «unidad de decisión», sino por la situación de control, tal y como se prevé en el art. 42.1 CdC, tras la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio. Así, en el párrafo segundo del citado artículo expresamente se afirma que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En este sentido la STS de 24 de abril de 2018 citada con anterioridad⁶⁴⁹.

⁶⁴⁹ En concreto dispone en su FºJº Segundo que: «En su redacción originaria, el ordinal 3º del art. 93.2 LC no hacía ninguna matización al referirse a «las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios». Matizaciones que fueron introducidas en dos reformas posteriores. El RDL 3/2009, de 27 de marzo, apostilló «siempre que éstos -los socios de las sociedades del mismo grupo de la sociedad concursada- reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado». Estas condiciones eran que esos socios fueran titulares del 5% del capital en el caso de sociedades cotizadas o del 10% en el resto, en el momento del nacimiento del derecho de crédito. Y la Ley 38/2011, de 10 de octubre, añadió el calificativo de «comunes» a «sus socios», de tal forma que la dicción del precepto quedó con el siguiente tenor literal: «3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado». Antes de la reforma, en la doctrina se había apuntado que el precepto originario debía interpretarse en este sentido: tenía sentido que los créditos de los socios de las sociedades del grupo de la concursada que fueran subordinados en cuanto lo fueran también de la propia concursada, y además ostentaran la participación a la que se refiere el art. 93.2.1º LC, pues en ese caso gozaban de la vinculación y capacidad de conocimiento que justifica la subordinación. Estas dos matizaciones introducidas en las reformas del RDL 3/2009, de 27 de marzo, y de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, pueden ser entendidas como modificaciones del sentido originario de la norma, o como aclaraciones que confirman una interpretación restrictiva de la norma que cabía realizar antes de las reformas. Como veremos, la primera reforma (la del RDL 3/2009, de 27 de marzo) puede entenderse aclaratoria, pero no así la segunda (la de la Ley 38/2011, de 10 de octubre). La primera sí, porque no tenía sentido hacer de peor condición a los socios de las sociedades del mismo grupo de la concursada que a los socios de la propia concursada, en cuanto que a los primeros no se les exigiera un determinado porcentaje mínimo de participación que la ley expresamente exigía en el caso de los socios de la concursada. Una interpretación no sólo teleológica, sino también sistemática, conducía a no subordinar a los socios de las sociedades del mismo grupo que la concursada que no tuvieran como mínimo la misma participación que el art. 93.2.1º LC exigía para subordinar los créditos de los socios de la propia concursada. Sin embargo, no está tan claro que la exigencia de que se tratará de un socio común, entendiendo por tal que lo fuera no sólo de la sociedad del grupo de la concursada, sino también de esta última, estuviera implícita en la originaria redacción del precepto. Era conveniente no extender indiscriminadamente la subordinación a los socios externos, pero no está tan claro, como en el supuesto anterior, que bajo la redacción originaria la norma quisiera reducir esa extensión mediante la acotación a los socios comunes. De ahí que la reforma no pueda interpretarse como una mera aclaración de la interpretación del sentido de la norma, sino como una modificación de la extensión de la subordinación. De este modo, en nuestro caso, siendo de aplicación la redacción originaria del art. 93.2.3º LC, para apreciar la subordinación de los créditos de Cajasur no era necesario que además de ser, a través de otra sociedad unipersonal, socia de tres sociedades del grupo de la concursada, que lo fuera también de esta última, esto es, que fuera socia común. Cuestión distinta es que esta circunstancia, la de ser socia de alguna sociedad del grupo de la concursada, debiera concurrir en el momento en que nació el crédito, de acuerdo con la doctrina contenida en la sentencia 134/2016, de 4 de marzo (RJ 2016, 806), lo que determina el alcance de la estimación del motivo primero.»

Más recientemente la STS de 13 de noviembre de 2020⁶⁵⁰ hace un análisis del concepto de especial relación y grupos de sociedades al amparo de las disposiciones del TRLC, determinando que se mantiene la misma regulación que en la LECO. Así determina que el art. 281.2.3.º TRLC sigue excluyendo de la calificación de subordinados, como excepción a la regla general que considera subordinados los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado" (art. 281.1.5.º TRLC), a los créditos que no procedan de préstamos o de actos con análoga finalidad, de que sean titulares los socios que reúnan las características y condiciones de los apartados 1.º y 4.º del art. 283.1. TRLC. Pero sigue sin incluir en esa excepción a los acreedores previstos en el apartado 3.º de dicho art. 283.1 TRLC que son las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.

Se establece asimismo la presunción *iuris tantum* de que serán personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Para un acreedor que se encontrare en esta posición resultaría, a nuestro juicio, esencial en el caso de que se haya calificado el crédito de un acreedor con garantía hipotecaria como subordinado⁶⁵¹ impugnar esta calificación por el incidente concursal ya que de una actitud pasiva se podría derivar, conforme al art. 302.1 TRLC un perjuicio de muy difícil reparación cual es la cancelación de toda clase de garantías a favor de todos los créditos reconocidos al acreedor: *«Si el titular de un crédito clasificado como subordinado no impugna en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas sobre bienes y derechos de la masa activa a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes. En caso de impugnación de esa calificación, el juez procederá del mismo modo cuando devenga firme la resolución judicial desestimatoria de la impugnación»* Esta

⁶⁵⁰ STS de 13 de noviembre de 2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:2020:3652 (Id. CENDOJ: 28079110012020100572.)

⁶⁵¹ Por cualquier causa, no limitado a la especial relación como especificaba el art. 97.2 TRLC. Por tanto sensu contrario debería afirmarse esta posibilidad de los créditos calificados como subordinados por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía si se hubieran devengado antes de la declaración de concurso.

circunstancia impediría no sólo ejecutar separadamente dentro del concurso, sino también fuera de él. En este sentido, Auto 420/2018 de 31 de julio de 2018 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga⁶⁵².

Además del reconocimiento inicial al que hemos hecho referencia en el apartado anterior, el art. 281.1 TRLC prevé en sus apartados sexto y séptimo el reconocimiento no inicial de créditos subordinados de los siguientes supuestos:

« 6.º Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

7.º Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas, a cargo de la contraparte del concursado, o del acreedor, en caso de rehabilitación de contratos de financiación o de adquisición de bienes con precio aplazado, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.»

Estos supuestos, al que podemos equiparar la estimación de una impugnación de textos provisionales o definitivos en su caso en la que se solicitara la subordinación de créditos que debieron ser considerados inicialmente como tales, prevén como elemento común la sustanciación de un incidente concursal en el que se declare un plus de mala fe, u obstaculización por parte del acreedor y en contra de los intereses del concurso.

En cuanto a las operaciones rescisorias, no está de más recordar que conforme al art. 10 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario en su redacción dada por Ley 41/2007, de 7 de diciembre *«Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe.»* Se habla de fraude demostrado por la administración

⁶⁵² Ponente Ilma. Sra. DEL PILAR MÁRQUEZ. A fecha de depósito de la Tesis no obra en la base de datos del CENDOJ.

concurral, y especialmente ilustrativa a estos efectos resulta la Sentencia del pleno de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2016⁶⁵³.

Esto no se extiende a prestatarios distintos a bancos, cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, cooperativas de crédito, y establecimientos financieros de crédito por exclusión del artículo 2 de la Ley 2/1981.

Para llegar a definir el concepto de mala fe⁶⁵⁴ en la entidad prestamista hemos de acudir a la STS, Sala de lo civil, sección primera de 5 de abril de 2016⁶⁵⁵—y aquellas que cita—que habla de un elemento subjetivo y otro objetivo:

«Se trata de dos aspectos que, junto con los demás a que se ha hecho referencia, configuran una situación en la que concurren los dos elementos necesarios para que pueda apreciarse mala fe, el elemento subjetivo, consistente en la conciencia de que se está agravando la situación económica del deudor y, con ello, se está afectando negativamente a los demás acreedores y debilitando notoriamente la efectividad frente al deudor de los derechos ajenos de esos otros acreedores, y el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico (sentencias de esta Sala 548/2010, de 16 de septiembre , 662/2010, de 27 de octubre , y 723/2012, de 7 de diciembre). »

Por último es mención imprescindible hacer mención a las posibilidades de que por vía de incidente concursal de impugnación de textos o por cualquier otra vía incidental por la que se persiga la impugnación de créditos reconocidos inicialmente como privilegiados especiales con la finalidad de que sean modificados a la categoría de de créditos como subordinados por administración de hecho, como la maniobra opuesta, es decir la impugnación por parte de acreedores de su condición de subordinados por ser considerados administradores de hecho. Esta circunstancia se ha dado con cierta frecuencia en lo que se refiere a entidades financieras y tal vez la más reciente jurisprudencia menor es la emanada por la Sección XXVIII de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de

⁶⁵³ ECLI: ES:TS:2016:2598 (Id CENDOJ 28079119912016100011).

⁶⁵⁴ Y sin perjuicio de que se entrará a analizar con detalle el concepto desde la óptica doctrinal en el capítulo III de la Tesis, en el escenario relativo a la liquidación de la persona natural no empresaria.

⁶⁵⁵ ECLI: ES:TS:2016:1503 (Id CENDOJ 28079110012016100223).

15 de enero de 2016⁶⁵⁶ y aquellas otras a las que cita que sienta doctrina en el sentido de considerar que la situación de administrador de hecho no se puede predicar de los administradores de la sociedad que pudiera ser declarada como tal, sino estrictamente a la sociedad administrada –referido en este caso a una entidad financiera que pertenecía y controlaba a otra empresa del grupo, desestimando una alegación de levantamiento del velo, y una pretendida cesión de créditos.

En cuanto al cauce procesal que deba darse a cualquiera de estas impugnaciones, y que a su vez resulta común respecto de las acciones de resolución por incumplimiento y de reintegración del art. será el incidente concursal, que acertadamente DÍAZ MARTÍNEZ⁶⁵⁷ define como un proceso declarativo especial de la competencia del Juez del concurso dotado de sustantividad propia e inspirado en los procesos ordinarios contemplados por la LEC, caracterizado por la plenitud de su cognición y cuya tramitación no produce, como regla general, la suspensión del proceso concursal.

II.2.7.2.- Especialidades de la SAREB.

La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB en lo sucesivo) es una entidad de naturaleza privada creada para ayudar al saneamiento del sector financiero español, y en concreto de las entidades que arrastraban problemas debido a su excesiva exposición al sector inmobiliario. Su creación data de noviembre de 2012 a través de Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero y la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, afectadas por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Estas normas fueron desarrolladas por el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos y la Circular 5/2015, de 30 de septiembre, del Banco de España, por la que se desarrollan las especificidades contables de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S. A.

⁶⁵⁶ ECLI: ES:APM:2016:486 (Id. CENDOJ 28079370282016100002).

⁶⁵⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, M. «El proceso concursal.» Incluido en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015, pág. 287.

Según su web oficial la mayoría de su capital social pertenece a entidades privadas (14 bancos nacionales, un banco extranjero, un grupo eléctrico y diez aseguradoras) quedando cifrado en un 45% la participación del estado a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). No obstante como ahora veremos se le dota de un marco protector que hace que su régimen en cuanto a créditos afectados por declaraciones de concurso se sitúe muy por encima de cualquier acreedor.

En este sentido el artículo 36.4 letra *h* de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito en su redacción dada por la disposición final 3.1 del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo otorga una protección adicional a los créditos transmitidos a la SAREB que salvaguardan la declaración de subordinación de créditos respecto de dicha entidad gestora y aquellos otros a los que se transmitiera, si bien se deberá limitar este hecho a la declaración de subordinación posterior a la cesión, permaneciendo como subordinados los créditos calificados como tales antes de la cesión.

«Los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria no serán calificados como subordinados en el marco de un eventual concurso del deudor, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria fuese accionista de la sociedad deudora.

No obstante, si ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, conservará tal calificación.

La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria ostentará, respecto a los créditos por ella adquiridos después de la declaración de concurso, derecho de adhesión a la propuesta o propuestas de convenio que se presenten por cualquier legitimado, así como derecho de voto en la junta de acreedores.

El régimen previsto en este apartado será también de aplicación a quienes, por cualquier título, adquieran los créditos de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, salvo que, con independencia de las circunstancias de la transmisión, ya concurra en el adquirente alguna de las causas de subordinación previstas

en el artículo 92.5º en relación con el artículo 93 de la Ley Concursal, en cuyo caso la calificación de los créditos será la que proceda conforme a las reglas generales. »

De igual manera cabe destacar que la LCI en su disposición final undécima facilita las posibilidades de ejecutar singularmente las hipotecas a la SAREB flexibilizando la aportación del título ejecutivo y admitiendo las posibilidades reales de que se dupliquen ejecuciones a través de la introducción de una disposición adicional a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito⁶⁵⁸.

II.2.7.3.- Créditos reconocidos como consecuencia de operaciones de refinanciación.

Como ha sido objeto de tratamiento en el Capítulo I de la Tesis⁶⁵⁹, los institutos preconcursales, y en especial los acuerdos de refinanciación tienen por objeto procurar vencer la situación de insolvencia y evitar así situaciones de concurso. Suelen suponer un sacrificio para todos los acreedores, pero en especial cuando de financiación se trata la práctica totalidad de situaciones preconcursales se solventan a través de incremento de activos financieros procedentes de terceros – con mucha frecuencia entidades financieras—a través de lo que en doctrina se denomina el *Fresh Money* y que ha sido objeto de análisis en cuanto a los créditos que genera *ut supra*.

Ahora bien, caso de que la situación concursal resulte al final la única salida muchas de las operaciones de refinanciación resultarían rescindibles y los créditos reconocidos lo deberían ser como subordinados si se acaba formando parte significativa de la masa societaria en caso de personas jurídicas. Para evitar estas situaciones gravosas y hacer atractiva la aportación de tesorería adicional el Real Decreto Ley 4/2014 y posteriormente la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la

⁶⁵⁸ «Disposición adicional vigésima segunda. Demandas ejecutivas iniciadas por la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. (SAREB). Si SAREB careciera de copia con eficacia ejecutiva y no pudiera expedirse directamente a su favor con arreglo al artículo 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la legislación notarial, bastará que acompañe a la demanda ejecutiva una copia autorizada de la escritura, que podrá ser parcial, en la que conste que se expide al amparo de esta disposición y a los efectos del artículo 685 de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, junto con la pertinente certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y la subsistencia de la hipoteca, sin perjuicio del derecho del deudor a oponerse por doble ejecución.» Entendemos que debiera tratarse de un cauce específico, dado el difícil encaje que supuestos no tasados en los arts.695 y concordantes LEC confieren a la oposición en los procedimientos de ejecución hipotecaria

⁶⁵⁹ En concreto en el subapartado I.3.1.4.- Figuras preconcursales: delimitación y alcance.

que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial introdujeron mejoras en la normativa concursal en ambos sentidos que han acabado incorporadas al TRLC ⁶⁶⁰.

Como se ha dicho anteriormente en sede de créditos privilegiados generales y créditos contra la masa, la actual legislación concursal propicia que los créditos que resulten reconocidos como fruto de operaciones de refinanciación sean reconocidos en parte como créditos contra la masa, en parte como créditos con privilegio general, y se limite al consideración de personas especialmente relacionadas para evitar el reconocimiento como créditos subordinados.

Serán considerados créditos contra la masa según el art. 704 TRLC *«En caso de concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación tendrá la consideración de créditos contra la masa el cincuenta por ciento del importe de los créditos concedidos por acreedores o por terceros en ejecución de un acuerdo de refinanciación no rescindible que hubieran generado nuevos ingresos de tesorería.»* El resto de los créditos no reconocidos como créditos contra la masa deberán ser reconocidos como créditos con privilegio general, por aplicación de lo dispuesto en el art. 704.2 TRLC. Existe obviamente la limitación de que en ningún caso tendrán la consideración de créditos contra la masa o créditos con privilegio general los créditos de que fuera o hubiera sido titular cualquiera de las personas relacionadas con el deudor como consecuencia de préstamos o contratos de análoga finalidad o como consecuencia de aportaciones dinerarias realizadas en operaciones de aumento del capital de la sociedad deudora, aunque el aumento hubiera quedado sin efecto.

No obstante lo anterior y en el intervalo entre el 2 de octubre de 2014 y el 2 de octubre de 2016 el régimen es aun más beneficioso, ya que rige con ultraactividad lo previsto en la DA segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre según la cual y excepción hecha de los créditos que hayan tenido ingreso como operaciones de aumento de capital, la consideración total de las nuevas aportaciones

⁶⁶⁰ En este sentido es especialmente esclarecedor el artículo de D. CARLOS NIETO DELGADO publicado en el diario el Economista en 01/05/2014 y que puede ser consultado en esta url <http://www.eLCnomista.es/opinion-legal/noticias/5744986/04/14/RDL-4-2014-fresh-money-y-procastinacion-normativa.html>

dinerarias será la de crédito contra la masa salvo los intereses que se generen que deben ser reconocidos conforme a las reglas generales⁶⁶¹.

Por último el art. 283.2 TRLC exceptúa de la condición de personas especialmente relacionadas a los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el concursado como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de dicho acuerdo o convenio y aunque hubieran asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización. Igualmente se precisa que tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición. Por tanto y por esta vía no podrán ser considerados créditos subordinados los nuevos ingresos de tesorería pese a que hayan podido conducir a posiciones muy cercanas a la administración de hecho.

El hecho de que se aporte nueva tesorería suele llevar aparejado que se amplíen garantías, noven créditos ajustando diferenciales y márgenes, y en general se adopten decisiones empresariales que

⁶⁶¹ «1. Durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, no será de aplicación el régimen contenido en el número 11 del apartado 2 del artículo 84 ni el número 6.º del artículo 91 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. /2. En este plazo, resultará aplicable el siguiente régimen jurídico:

- 1.º Tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor de esta Ley, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, hasta el importe del nuevo ingreso de tesorería.
 - 2.º Esta clasificación también se aplicará a los créditos concedidos en dichos acuerdos de refinanciación por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas, que supongan nuevos ingresos de tesorería, y hasta el importe del nuevo ingreso efectuado. En ningún caso, tendrán la consideración de créditos contra la masa los ingresos de tesorería realizados a través de una operación de aumento de capital.
 - 3.º Los intereses devengados por los nuevos ingresos de tesorería a los que se refieren los números anteriores tendrán la calificación prevista en el número 3.º del artículo 92 de la Ley Concursal.
 - 4.º En caso de liquidación, también tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5 de la Ley Concursal.
3. Transcurrido un plazo de dos años a contar desde la fecha de concesión de los créditos descritos en el apartado anterior, éstos se considerarán créditos contra la masa en los términos indicados en el número 11 del apartado 2 del artículo 84 de la Ley Concursal.»

conforme a la regulación concursal pudieran resultar reintegrables o susceptibles de impugnación por vía del art. 238 TRLC ⁶⁶² y que frustraran la posibilidad de refinanciar.

A fin de evitar esta situación a nuestro juicio perniciosa, la antes indicada Ley 17/2014 introdujo el art. 71 *bis* LECO, que fue posteriormente reformado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, y que luego pasó al art. 698 TRLC. Dicho precepto sienta la base de que en caso de concurso consecutivo no podrán ejercitarse acciones de rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación homologados ni de los acuerdos de refinanciación que, aun no habiendo sido homologados, reúnan los requisitos legales de los acuerdos extrajudiciales de pago, así como tampoco de los actos, los negocios jurídicos y los pagos que se hubieran realizado en ejecución de esos acuerdos, cualquiera que fuera la naturaleza que tuvieran y la forma en la que consten, ni de las garantías que se hubieran prestado o constituido conforme a lo pactado en ellos. Engloba pues tanto los acuerdos de refinanciación homologados como los susceptibles de serlo; los negocios jurídicos y pagos verificados a consecuencia de los mismos; y las garantías prestadas o constituidas conforme a lo pactado.

En primer lugar, esta irrevocabilidad se predica de los acuerdos homologados o que pueden serlo ⁶⁶³, y esta circunstancia se da cuando se den los requisitos del art. 606 TRLC ⁶⁶⁴ que resultan

⁶⁶² Que la LECO en su art. 71.6 no nombraba, como tampoco lo hace el actual precepto, pero permite extraer sus características. Así y siguiendo a SANJUÁN Y MUÑOZ sus características han de ser se ha de tratar de trata de otro tipo de acciones diferentes a las rescisorias concursales previstas en los apartados anteriores del mismo precepto. Han de ser acciones de impugnación de actos del deudor concursado. No están sometidas al plazo previsto para las reintegraciones. Que se limitan en cuanto a legitimación y tipo de procedimiento por lo previsto en la ley concursal. Y por último que la competencia para conocer de las mismas es del Juez del Concurso. SANJUÁN Y MUÑOZ, E «*La compatibilidad de la acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación.*» Serie *Responsa Prudentium* septiembre 2019 pág. 2.

⁶⁶³ Recordemos que conforme al art. 605.1 TRLC el deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, que no hubiera sido declarado en concurso, podrá solicitar en cualquier momento la homologación judicial del acuerdo, por lo que resulta razonable no limitar estos efectos a los acuerdos homologados con carácter exclusivo.

⁶⁶⁴ Sucintamente, que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo; que el acuerdo tenga como objeto, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o la extinción de las obligaciones del deudor, bien mediante la prórroga de la fecha de vencimiento, bien mediante el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas que se extingan; que el acuerdo haya sido suscrito por acreedores que representen, en el momento de su adopción, al menos, el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero, computado conforme a lo establecido en esta ley, según certificación emitida por el auditor de cuentas del deudor, precisándose que si el deudor o las sociedades del grupo no tuvieran la obligación de someter las cuentas anuales a auditoría, el auditor que emita la certificación será el nombrado a este efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, en los casos de acuerdos de grupo o de subgrupo de

aplicables. En segundo lugar y como resulta evidente los pagos y demás negocios jurídicos como permutas, daciones en pago, constitución de rentas de cualquier tipo, *inter alios* verificados en cumplimiento del acuerdo homologado o susceptible de homologación deben ser por esta vía inatacables. Por último y dado el carácter accesorio de las garantías del que se ha hablado en el Capítulo I de la presente Tesis, siendo irrevocable por esta vía el negocio jurídico subyacente parece adecuada la conservación de la garantía.

El régimen de impugnación será el descrito en el art. 699 TRLC según el cual en caso de concurso consecutivo, la legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales o cualesquiera otras acciones de impugnación de los acuerdos de refinanciación y de los acuerdos extrajudiciales de pago corresponderá en exclusiva a la administración concursal, no a los acreedores. En ningún caso la acción podrá ser ejercitada por los acreedores. Igualmente y para el caso de ejercicio de acciones rescisorias concursales contra acuerdos de refinanciación no homologados corresponde a la administración concursal acreditar que el acuerdo no reúne los requisitos establecidos en esta ley. Por tanto se excluye al acreedor de la legitimidad para instarlo.

En cuanto al fondo, se ha de estar a las circunstancias concretas de cada caso, atendiendo a razones temporales, valor concreto de las transacciones, imagen global de los diversos negocios jurídicos entre las partes, etc. En este sentido resulta esclarecedora la STS, Sala de lo Civil, Sección primera, de 18 mayo de 2018⁶⁶⁵.

sociedades, el de la sociedad dominante; y que el acuerdo se haya formalizado en instrumento público por todos los que lo hubieran suscrito.

⁶⁶⁵ ECLI: ES:TS:2018:1732 (Id. CENDOJ 28079110012018100270). Muy ilustrativo resulta el fundamento jurídico noveno punto séptimo según el cual «*La dación en pago se realizó para pagar unos créditos algunas semanas después de que la cedente, OCASA, hubiera realizado la comunicación del art. 5 bis LC, que conlleva la suspensión de las ejecuciones singulares, y algunos meses antes de que se hubiera declarado su concurso de acreedores. Ligado al hecho de que esta dación en pago no se realizó de forma aislada, sino que en ese periodo (primeros meses de 2013) OCASA cedió plazas garaje ubicadas en Getafe en pago de deudas contraídas con distintos acreedores por un importe global de 4.428.600 euros, y en todas ellas, según declara probado la Audiencia, el valor de las plazas era inferior al importe de los créditos. Las circunstancias temporales en que se realizaron las daciones en pago hubieran podido ser muy relevantes si el importe de los créditos hubiera sido equivalente o inferior al valor de los derechos cedidos y si hubieran concurrido circunstancias excepcionales respecto de la naturaleza del crédito o la condición de su acreedor, que hubieran determinado la naturaleza injustificada de la diferencia de trato, como fue el caso objeto de la sentencia 487/2013, de 10 de julio Pero en nuestro caso la regla general ha sido que la cesión supuso que el acreedor cesionario recibió en pago de sus créditos unos derechos que valían menos de la mitad del importe de esos créditos. Y no se aprecian circunstancias excepcionales*

II.3.- Disfunciones del régimen dual entre créditos privilegiados especiales y deuda originaria. Propuestas de mejora.

Como se ha podido apreciar del análisis realizado sobre estas líneas, la reforma del régimen de los créditos garantizados mediante hipoteca inmobiliaria —y otras garantías reales— que propició que sólo una parte de los mismos se reconocieran con la calificación de créditos privilegiados especiales implica una serie de disfunciones, que no contribuyen a nuestro juicio a que el desenvolvimiento del concurso de acreedores resulte más ágil ni a que se tutele de manera más efectiva a acreedores o al propio deudor.

En primer lugar entendemos que se ha producido un incremento de los costes por cuanto en muchas ocasiones se ha de producir un avalúo *ad hoc* de los bienes integrantes de la masa activa gravados con hipotecas inmobiliarias a través de entidades de tasación homologadas. Esta tasación constituye el valor razonable del bien y es fundamento del valor de la garantía, pero puede chocar con el avalúo que haga la AC en relación al valor de la explotación en escenarios de convenio y de liquidación y con la delimitación y valoración del perímetro que integra las unidades productivas. Este incremento de costes además no siempre tiene aplicación práctica por cuanto en concursos de acreedores con liquidación inicial o muy temprana nunca llevan a operar ya que sólo actúan en supuestos de convenio o de acuerdos de refinanciación, por lo que parte de la doctrina aboga por no exigir en estos casos la operación de calcular el valor razonable del bien y la garantía⁶⁶⁶.

respecto de la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor. Es más, consta que hubo un ofrecimiento por parte de la deudora a una generalidad de acreedores para realizar la dación en pago en estas condiciones, de modo que no se trató de una operación aislada sino que estuvo acompañada de otras realizadas con otros acreedores y en similares condiciones, con las que se extinguieron deudas por importe de 4.428.600 euros. / Bajo estas condiciones, es difícil apreciar la concurrencia del sacrificio patrimonial injustificado, que como ya apuntábamos no puede quedar reducido a que unos créditos hubieran sido pagados en detrimento de aquellos otros que no se beneficiaron de la cesión de pagos.»

⁶⁶⁶ En este sentido PICAZO MENÉNDEZ, *op. cit.* ed. digital. El fundamento es claro, siendo una fuente de conflictos y una merma de recursos, si la finalidad que está llamada a cumplir no puede darse por imposibilidad procesal no debe ser exigido. Entendemos y compartimos este planteamiento, dado que si no hay posibilidad de que entre en funcionamiento la norma resulta ineficiente exigir este trámite. Trámite que por otra parte entendemos que debería ceñirse a los supuestos de acuerdo de refinanciación, no así a los de convenio, como se desarrollará más adelante.

La intención del legislador ha sido, como hemos podido apreciar, no reconocer créditos que superen el valor razonable de los bienes con la calificación de créditos privilegiados especiales. No obstante, dicho reconocimiento con tal calificación sólo tiene incidencia en la fase de convenio para conferir, de facto, una mayor posibilidad de votar los convenios a los acreedores hipotecarios, ya que para casos de adjudicación dentro o fuera del concurso lo que prima es la deuda originaria, no el crédito privilegiado especial reconocido. Por tanto en una eventual adjudicación en pieza separada que se haga respecto de la deuda originaria reconocida rebasándose los créditos privilegiados especiales y con cargo a créditos ordinarios va a romper la *par conditio creditorum*, ya que hará que se salden estos con preferencia a otros créditos contra la masa y créditos concursales privilegiados generales, así como al resto de los créditos ordinarios que no serán minorados a prorrata salvo en casos de masa activa suficiente, que son los menos.

Por otro lado, la consideración de parte de los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria voluntaria como créditos ordinarios—sin que le afecte a los mismos su percepción en casos de ejecución separada, ya que ésta se hará según la deuda originaria—dentro de la fase de convenio supone introducir parte de los créditos hipotecarios en el *quórum* de la junta de acreedores sin necesidad de renuncia a su privilegio, lo que puede ir en detrimento de otros acreedores ordinarios que pueden tener intereses contrapuestos como es el caso de los acreedores comerciales. Estructuralmente supondrá también cambiar las obligaciones de pago existentes por cuanto que siendo un crédito privilegiado especial la parte vencida sí debería ser objeto de abono contra la masa conforme al art. 430.2 TRLC para reanudar en su vigencia el contrato subyacente en los términos de dicho artículo—con la obligación de satisfacer las cuotas por vencer al término pactado—pero propiciaría la introducción en el plan de pagos de los créditos ordinarios en pie de igualdad de otros de la misma naturaleza, lo que podría llevar a soluciones gravosas para el deudor.

Igualmente la falta de definición en forma del concepto deuda originaria lo convierte en un concepto jurídico indeterminado lo que no es adecuado para la seguridad jurídica, siendo perentorio a nuestro juicio introducir una definición del concepto, proponiendo como se ha dicho *ut supra* la deuda garantizada no satisfecha en la medida que las partidas se hayan devengado.

Por todo ello resulta necesario operar cambios sustanciales en el tenor literal de los arts. 272 y 430.3 TRLC tendentes a solventar las disfunciones detectadas, logrando así dotar al sistema de una mayor

seguridad jurídica que, consecuentemente, determinará una mayor eficiencia económica. Se propone el siguiente articulado:

Art. 272 TRLC. Créditos con privilegio especial.

El privilegio especial alcanzará a la parte del crédito pendiente de pago desglosada por los conceptos en que se estructure que no exceda del valor de la respectiva garantía inscrita en los registros públicos, siendo considerado su importe a los efectos de esta ley, y en especial a lo dispuesto en el art. 155 de la presente Ley como deuda originaria.

Art. 430.3 TRLC.

El importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria, *entendiendo como tal el crédito pendiente de pago, desglosado por los conceptos en que se estructure, que no exceda del valor de la respectiva garantía inscrita en los registros públicos*. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda.

En cambio, en lo que se refiere a los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, entendemos que el régimen de vincular el importe de los créditos que se reconozcan a consecuencia de dichos acuerdos homologados al valor razonable de la garantía —y ésta a su vez respecto del valor razonable de los bienes— sí puede resultar adecuado a nuestro juicio en tanto no se haya producido una declaración de concurso posterior, puesto que no existe un reconocimiento que pueda ser dispar respecto de los créditos al no haber una AC designada. Ello no obstante debería claudicar ante posibles incumplimientos del acuerdo homologado judicialmente que provoquen una ulterior declaración de concurso de acreedores, debiéndose aplicar la normativa concursal.

CAPÍTULO III.

EL DEUDOR HIPOTECARIO SOMETIDO AL CONCURSO:

ESCENARIOS CONCURSALES Y ALTERNATIVAS.

CAPÍTULO III. EL DEUDOR HIPOTECARIO SOMETIDO AL CONCURSO: ESCENARIOS CONCURSALES Y ALTERNATIVAS.-

III.1.- Fijación de cuatro escenarios concursales en liquidación: delimitación de los supuestos de hecho.

En los dos primeros capítulos de la Tesis se ha hecho un recorrido de la incidencia de la hipoteca inmobiliaria voluntaria y los procedimientos concursales en el patrimonio del deudor insolvente, en especial las posibilidades de ejecutar separadamente la garantía y la imputación del producto obtenido mediante la exacción del inmueble hipotecado a los créditos reconocidos dentro del concurso o a la deuda originaria en su caso.

El presente capítulo tiene por objeto delimitar los efectos de las instituciones analizadas según la naturaleza del patrimonio sometido al concurso, ya que las implicaciones difieren si se trata de una persona natural y de una persona jurídica, como también lo hace si se trata de un operador en el mercado que destina los bienes sujetos a la hipoteca a una actividad productiva o no.

Así, los dos escenarios iniciales que se van a analizar serán los del concurso de una persona natural consumidora en liquidación centrándonos en el supuesto más común, esto es que el bien hipotecado sea su vivienda habitual⁶⁶⁷; y el de la persona jurídica en liquidación concursal, con distinción entre bienes hipotecados productivos⁶⁶⁸ y no productivos, con una mención especial a la enajenación de la unidad productiva⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Empleando la terminología que se impone a partir de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En concreto en su exposición de motivos hace referencia a este concepto, sin que ni en dicha exposición de motivos, ni en el cuerpo de la Ley se defina qué haya de entenderse por tal, por lo que se deberá delimitar respecto de otras figuras como son la residencia habitual, residencia familiar, domicilio familiar, *inter alia*.

⁶⁶⁸ Partiendo de una somera definición de los mismos como aquellos susceptibles de producir frutos naturales o civiles en el sentido del art. 451 y concordantes CC, bien de manera directa, bien mediante su transformación a través de industria, comercio u otra prestación de servicio y entroncando con el carácter de bien necesario que se ha tratado a lo largo del tercer epígrafe del primer capítulo de la Tesis.

⁶⁶⁹ Entendiendo por tal un conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica o accesoria, según se deduce tanto del art. 200.2 TRLC como del art. 44 del EdT en sede de sucesión de empresas.

Por último propondremos dos escenarios secundarios con notas extraídas de los dos escenarios primarios analizados: la persona física con actividad empresarial⁶⁷⁰ que constituye hipoteca respecto de los bienes específicamente destinados a dicha actividad o respecto de su vivienda; y la persona jurídica patrimonial, cuyos bienes sujetos a hipoteca no responden a una actividad productiva propia, sino que son disfrutados por sus socios o terceros sin contraprestación aparente.

En relación a los supuestos de análisis elegidos somos conscientes que la realidad social a la que deben ser aplicadas nuestras normas excede con mucho los supuestos analizados. En especial se ha optado por no estudiar la incidencia que el apremio de hipotecas voluntarias inmobiliarias dentro de liquidaciones concursales pudiera tener en cuanto a patrimonios conexos —en especial régimen económico matrimonial, régimen de afianzamientos, situaciones de solidaridad en cuanto a deudas, grupos de sociedades *inter alios*—o en figuras que, pese a que puedan llegar a ser susceptibles de ser objeto de concurso de acreedores, no responden a los supuestos más comunes, por lo que tampoco serán objeto de estudio las implicaciones que pudieran existir respecto de hipotecas inmobiliarias voluntarias constituidas sobre bienes englobados en una comunidad de bienes, en una herencia yacente, en una sociedad civil, sociedad irregular mercantil, o en general en cualquier patrimonio carente de personalidad jurídica adscrito a un fin concreto, o que resulte ser sujeto de derechos y obligaciones.

La exigencia de abordar este estudio la impone, una vez más, la falta de un régimen armónico entre las posibilidades de ejecutar una hipoteca dentro y fuera del concurso de acreedores, la falta de claridad de las normas que regulan del reconocimiento de créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria dentro del concurso, y la falta de seguridad jurídica que—en definitiva—es clave para tener un sistema justo y eficiente.

⁶⁷⁰ Tomando como base la aproximación al concepto de empresario que hace el propio TRLC al abordar el acuerdo extrajudicial de pagos, en concreto en su art. 638.4 según el cual «*A los efectos de lo establecido en este título, serán consideradas empresarios no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos.*»

III.2.- El concurso de acreedores de la persona natural no empresaria en liquidación.

La persona natural como sujeto de derechos y obligaciones no está exenta de caer en situación de insolvencia. En especial en momentos como los actuales, en los que la economía se encuentra en una fase recesiva, es habitual que las familias atraviesen problemas de liquidez que puedan derivar en situaciones de difícil solución. Tal vez el caso más determinante es el de la persona física insolvente cuyos ingresos en principio regulares procedentes de rentas del trabajo le hayan conducido a contraer deudas a largo plazo—caso de préstamos o, en menor medida, créditos—y ello con el objeto de adquirir su vivienda habitual, constituyendo para su financiación hipoteca inmobiliaria voluntaria.

Bajo estas líneas trataremos la procedencia de acudir al concurso de acreedores como obligación legal impuesta al deudor insolvente; estableceremos la premisa general de los créditos que deberán ser reconocidos dentro del concurso; entraremos en la compatibilidad de la ejecución singular de la vivienda con el proceso concursal; y analizaremos el escenario concursal más beneficioso: la liquidación concursal con exoneración del pasivo insatisfecho. Por último confrontaremos las conclusiones que se han extraído con un escenario no concursal: la aplicabilidad del código de buenas prácticas bancarias.

Como se ha dicho anteriormente, el concurso de acreedores es un procedimiento universal por el que cualquier deudor puede solicitar del órgano jurisdiccional investido de jurisdicción para ello⁶⁷¹ que se proceda al llamamiento de sus acreedores para lograr satisfacer de la mejor manera posible a los mismos mediante soluciones de convenio —con novación de obligaciones—o de liquidación concursal. Este mecanismo no es exclusivo de las sociedades mercantiles ya que —como se ha visto—puede ser empleado por cualquier persona física o jurídica, lo que incluye al consumidor persona natural no empresario, si bien y a lo largo de nuestra tradición legislativa podemos afirmar

⁶⁷¹ A partir de la entrada en vigor el 1 de Octubre de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (BOE 22 de Julio), son competentes los juzgados de primera instancia para ello, en detrimento de los juzgados de lo mercantil.

con CUENA CASAS⁶⁷² que el legislador y hasta épocas muy recientes no ha restado especial atención a las singularidades de la insolvencia del consumidor.

Así y como acertadamente nos indica HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁶⁷³ «*la ley concursal prevé el procedimiento concursal para el deudor persona física en el cual concurra el presupuesto objetivo del concurso, con indiferencia de que desarrolle una actividad empresarial o profesional, pudiendo declararse en concurso tanto al deudor comerciante como el deudor no comerciante.*» Esta afirmación no obstante, cabe sostener que la totalidad de los efectos del concurso de acreedores no gozarán de plena eficacia en el concurso del consumidor persona natural no empresario, y ello en especial en cuanto a liquidación concursal se refiere⁶⁷⁴.

Una vez se ha decidido acudir al concurso de acreedores, y tras emplazar a estos a la insinuar sus créditos, nos encontramos que los créditos garantizados con hipoteca tienen un tratamiento que se aleja de la *par conditio creditorum* por una serie de motivos, tanto formales como sustantivos.

Entre los motivos formales es de destacar, como ha sido objeto de tratamiento en el capítulo II de la Tesis, que los créditos contenidos en escritura pública han debido ser necesariamente reconocidos por la AC nombrada incluso si no han sido insinuados o lo han sido de manera tardía, sin que puedan por tal incidencia ser considerados subordinados, y ello por imperativo de los arts. 260.1 y 281.1.1 TRLC. Eso sí conforme al art. 271 TRLC la hipoteca deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, por tanto se ha de analizar caso por caso.

⁶⁷² CUENA CASAS, M. «Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de la persona física. La persona física insolvente, de nuevo olvidada.» Revista *CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 11 año 2014. Págs- 168-185. Concluía la citada autora ya en 2014 que resultaba «*necesario modernizar las leyes e instituciones nacionales para que puedan hacer frente con eficacia y eficiencia a los riesgos de endeudamiento de los particulares. Esta es la asignatura pendiente del legislador español.*» En los años acaecidos desde entonces se han dado pasos importantes pero a nuestro juicio insuficientes, como se verá en el presente Capítulo de la Tesis.

⁶⁷³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op cit.* «La solicitud... pág. 522.

⁶⁷⁴ Así, es claro y evidente que un mecanismo previsto en esencia para procurar que una actividad productiva resulte viable mediante quitas o espera, o en su defecto se liquide ordenadamente un patrimonio es bastante atípica cuando nos encontramos ante el supuesto de un consumidor persona física cuyo bien más valioso, su vivienda habitual sometida a cargas reales, no estará afecto a actividad económica alguna y precisamente el crédito que subyace a la garantía real será el principal pasivo que habrá de afrontar a través de su vivienda y, en principio, del resto de su patrimonio presente y futuro..

Desde el punto de vista material, podremos apreciar que los créditos garantizados con hipoteca han debido ser calificados principalmente pero sólo en parte como privilegiados especiales en los términos del art. 270.1 TRLC. Esto hace que se extienda esta calificación a la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 275 TRLC, que prevé la exacción de una décima parte del valor razonable del bien así como el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien o sobre el mismo derecho, valor que deberá ser calculado según la casuística que disponen los artículos precedentes.⁶⁷⁵

Por último, y a caballo entre los aspectos adjetivos y sustantivos, encontramos la coexistencia de ejecuciones singulares respecto de bienes hipotecados con el procedimiento concursal, seguidos éstos bien ante el Juez del concurso, bien ante el juzgado ordinariamente competente, bien incluso ante el Notario que proceda caso de venta extrajudicial. En efecto, y como ha sido objeto de tratamiento en el capítulo I de la presente Tesis, el TRLC como antes la LECO, rompen con la norma general que proscribía las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales contra el patrimonio del deudor una vez declarado en concurso y permite que las ejecuciones de garantías reales tengan su tratamiento específico, que va a permitir tanto la reanudación como la incoación de ejecuciones hipotecarias separadas, que en materia de la vivienda habitual del consumidor van a suponer que –bien el juzgado de primera instancia que conoció originariamente por su reanudación—bien el juzgado de primera instancia que conoce del concurso del consumidor persona física no empresario, excluyan de las normas del concurso su apremio excepto en lo que se refiera a la imputación de pagos que será atendida a la deuda originaria, no a los créditos reconocidos.

Como ha sido objeto de tratamiento en el capítulo I de la Tesis, la ejecución hipotecaria separada dentro del concurso de acreedores gira en torno al concepto de bien necesario⁶⁷⁶ para el desarrollo de una actividad profesional, en la definición jurisprudencial dada, según la cual por bien necesario se ha de tener aquel que si desaparece, conlleva la extinción de la actividad.

⁶⁷⁵ A tal efecto nos remitimos a lo tratado en el capítulo II en relación al valor razonable del bien y de la garantía real.

⁶⁷⁶ Desaparecida ya como ha sido objeto de tratamiento *ut supra* desde la reforma propiciada por el RD Ley 11/2014 la categoría de bien afecto, lo que ha simplificado notablemente la casuística.

A pesar de la dificultad de establecer generalidades en torno al carácter necesario de la finca hipotecada, ya que la jurisprudencia citada especifica que el carácter necesario predicable respecto de un bien no se trata de un concepto o cualidad abstracta, sino de una cuestión de hecho y se ha de estar al caso concreto. Sentado que no puede hablarse de bien necesario si no existe una actividad concreta, lo que implica la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial, y que el mero hecho de ocupar una vivienda habitual no es considerado actividad, podemos afirmar que—fuera de supuestos que puedan bordear el fraude de ley—no será susceptible de incardinarse el domicilio del deudor persona natural no empresaria dentro de la categoría de los bienes necesarios.

En cuanto al concepto del domicilio del deudor, siguiendo en este punto a DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES⁶⁷⁷, la terminología legal—ya con anterioridad al RD Ley 11/2014—era diversa puesto que el art. 693.3 LEC habla de vivienda familiar, como lo hace en los arts. 771.2 y 774.4 LEC en referencia a procesos matrimoniales; la normativa fiscal⁶⁷⁸ determina qué haya de entenderse como vivienda habitual; la regulación administrativa⁶⁷⁹ protege el domicilio habitual y permanente. Igualmente encontramos la problemática de la protección que se debe dar a la vivienda familiar de un tercero distinto al deudor que sea el propietario sin que habite la misma—como consecuencia de procedimientos de familia o violencia de género principalmente. Definiendo en cualquier caso y siguiendo a los citados autores la vivienda familiar como aquella en que el deudor tiene su residencia habitual y que coincidirá en la mayoría de los casos con el domicilio familiar—aunque no resulte necesario que en la vivienda habite una familia—dicha vivienda posee un régimen de protección en nuestras normas de enjuiciamiento muy superior a nuestro juicio al que

⁶⁷⁷ DOMINGUEZ LUELMO, A y TORIBIOS FUENTES, F. *Ejecución hipotecaria de vivienda*. Lex Nova, Valladolid 2000, págs. 63 y ss.

⁶⁷⁸ Así la DA vigésimo tercera de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre del Impuesto sobre la renta de las personas físicas opta por considerar a ciertos efectos la residencia continuada, permanente y efectiva por tres años « *A los efectos previstos en los artículos 7.t), 33.4.b), y 38 de esta Ley se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas. / Cuando la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y permanente por el contribuyente en el plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras, el plazo de tres años previsto en el párrafo anterior se computará desde esta última fecha. »*

⁶⁷⁹ Así RD 3148/1978 de 10 de noviembre sobre viviendas de protección oficial, y RD 2066/2008 de 12 de diciembre por el que se regula el plan estatal de vivienda y rehabilitación. Igualmente numerosa normativa autonómica.

se confiere en la normativa concursal, ya que difícilmente se tratará de un bien necesario para la actividad del deudor sometido a concurso.

Así, y con el límite de la apertura de la fase de liquidación⁶⁸⁰, no tratándose la residencia habitual de un deudor por lo general de un bien necesario para una actividad, el acreedor podrá reanudar las ejecuciones que tuviera en trámite que se vieron suspendidas ante los juzgados de primera instancia⁶⁸¹, o incluso promover nuevas ejecuciones hipotecarias, que en ambos casos se seguirán por sus normas propias, y ello conforme a los arts. 145 y 146 TRLC

Por tanto, abierta la liquidación, aquellas ejecuciones en trámite deberán proseguir por sus normas propias y no quedarán vinculadas por el plan de liquidación hasta que se hubiera agotado la garantía real y por las cantidades restantes. *Sensu contrario*, en supuestos en que no se haya dado inicio a la ejecución separada, sí quedará vinculado el apremio de la vivienda habitual del deudor persona natural no empresario por lo que se acuerde en el plan de liquidación o reglas legales, si bien las cantidades que se obtengan se satisfarán en primer lugar en relación a la deuda originaria reconocida.

Esto supone que, para supuestos de liquidación concursal, la variable principal que ha de ser ponderada será discernir si se ha ejecutado singularmente la hipoteca voluntaria inmobiliaria constituida sobre la vivienda habitual del consumidor no empresario antes de la apertura de la liquidación o no.

En el caso de que el concurso conduzca a una solución de convenio, el elemento que deberá ser ponderado en primer lugar será apreciar si el acreedor quedaría o no vinculado por el mismo. Vinculación que tiene que ver estrictamente con los créditos que tenga reconocidos en textos definitivos de informe.

Así, la extensión de la aplicabilidad del convenio a los acreedores que tuvieran a su favor créditos con privilegio especial protegidos o no con garantías reales depende sola y exclusivamente de su

⁶⁸⁰ Conforme al art. 149 TRLC, que en casos de concurso consecutivo de persona natural no empresario será aplicable desde el mismo momento de la declaración de concurso.

⁶⁸¹ Mediante incorporación al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ex art. 146 TRLC.

mera voluntad, manifestada en tiempo y forma⁶⁸². Nótese que el acento no lo sitúa el TRLC en la garantía real, sino en tener reconocido un crédito privilegiado, por lo que a aquellos acreedores con garantías reales cuyos créditos hubieran sido calificados de forma anómala como subordinados, o en lo que exceda del valor de la garantía como ordinarios, les afectaría el contenido del convenio respecto de dichos créditos.

Por lo expuesto, un escenario de convenio sólo afectaría con su quita y su espera a los créditos que no fueran privilegiados, lo que excluye al grueso de los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria en lo que no rebase el valor de la garantía y, en especial, a los créditos o préstamos de consumidores para adquisición de su vivienda que, en supuestos de concesión de hipoteca dentro de los parámetros del art. 5 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril⁶⁸³, permanecerían inalterados y que podrían ser objeto de ejecución separada en cualquier momento. Sí quedarían afectadas las cantidades no cubiertas en un eventual apremio por vía separada que quedaran reconocidas como créditos ordinarios o subordinados. Esto implica que al momento de cesar los efectos del concurso por la aprobación de un convenio comenzarían de nuevo a generarse intereses moratorios y incrementándose la deuda que no revestiría carácter de deuda concursal afectada por la quita y espera, sino que sería exigible conforme a lo pactado y que probablemente conduciría a un nuevo estado de insolvencia. Esto hace que a nuestro juicio y salvo supuestos en los que la deuda sea escasa no resulte una vía adecuada, en especial porque excluye necesariamente la redención del pasivo insatisfecho en las condiciones que la liquidación concursal permite.

⁶⁸² En este sentido se ha de recordar que el régimen primario que confiere el art.397 TRLC pasa por establecer que los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta, si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable, con la posibilidad incluso de adherirse a posteriori antes de la declaración judicial de cumplimiento de convenio, en cuyo caso quedarán vinculados por el convenio aprobado, o si se ven arrastrados por las mayorías a que hace referencia el art. 397.2 TRLC que oscilan entre el 60 y el 75% de los créditos de idéntica clasificación dentro de la calificación concreta según lo gravoso que sea el convenio aprobado.

⁶⁸³ Según el cual, y salvo excepciones que pasan por incrementos de garantías, el préstamo o crédito garantizado no podrá exceder del 60% del valor de tasación del bien hipotecado, salvo para la financiación de la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda, en las que podrá alcanzar el 80% de aquel valor. En el supuesto de hecho analizado en este escenario y sin garantías adicionales habrá de ser un límite del 80 % de préstamo para la adquisición de vivienda frente a un 90% de valoración de la garantía.

III.2.1.- La exoneración de deudas a través de la liquidación concursal.

La exoneración de deudas a través de la liquidación concursal supone una excepción al principio de responsabilidad patrimonial que consagra el art. 1911 CC cuya introducción había sido reclamada por la doctrina⁶⁸⁴, y la sociedad civil⁶⁸⁵ que exigía el reconocimiento como derecho la llamada

⁶⁸⁴ En este sentido SENENT MARTÍNEZ destacaba en 2011 la necesidad de dotar a la persona natural de mecanismos que permitieran solventar situaciones de sobreendeudamiento, si bien indicando acertadamente que emplear sin más los modelos de países anglosajones, en especial las disposiciones del *US Code* no resultan una solución aceptable ya que el modelo socioeconómico del que parte no es equivalente. Así indicaba al respecto que «a la hora de estudiar los mecanismos de protección que para el deudor en situación de concurso se establecen en el *U.S. Code*, conviene recordar que las condiciones económicas y sociales que justifican tal regulación no son equivalentes ni extrapolables en su totalidad a otros países, sobre todo del ámbito europeo. Sin embargo, las instituciones que se vienen aplicando en Estados Unidos pueden servir de guía a una posible reforma de nuestro Derecho, tendente a introducir sistemas de liberación de deudas de los particulares, sobre todo si se tiene en cuenta que dichos sistemas aparecen recogidos en otras normas o iniciativas internacionales. En esta línea se pueden citar las Reglas UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, o diversas iniciativas adoptadas en el ámbito de la Unión Europea como son el Informe de la Comisión CEE sobre aplicación de la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de Crédito al Consumo, de 11 de mayo de 1995» SENENT MARTÍNEZ, S. *Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del Derecho norteamericano y español*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil Facultad de Derecho universidad Complutense de Madrid N°. 47, 2012 pág. 22.

⁶⁸⁵ Así, la exposición de motivos del RD Ley 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social es especialmente enriquecedora al afirmar que «Puede afirmarse que el principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital está en buena medida en el origen del desarrollo económico de los tres últimos siglos. En el fondo, este principio de limitación de la responsabilidad se configuró como un incentivo a la actividad empresarial y a la inversión. El legislador incentivaba la puesta en riesgo de determinados capitales garantizando que dichos capitales serían la pérdida máxima del inversor, sin posibilidad de contagio a su patrimonio personal. Pero la limitación de responsabilidad es una limitación de responsabilidad de los socios, que no de la sociedad, la cual habrá de responder de sus deudas con todo su patrimonio presente y futuro. La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Si en el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil. Además, muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe coherenciarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace. Introducidas de este modo las premisas del problema a resolver acerca del alcance y eventual limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código civil, no está de más acudir a los antecedentes históricos de dicho precepto, así como al contexto legislativo del mismo. La inteligencia completa de este artículo había de completarse con otros dos preceptos del mismo Código Civil ubicados sistemáticamente en el mismo capítulo. Nos referimos a los hoy derogados artículos 1919 y 1920 del citado cuerpo legal que señalaban respectivamente lo siguiente:

segunda oportunidad o *fresh start*⁶⁸⁶, y que había sido objeto de pronunciamiento por algunos juzgados de lo mercantil desde el dictado del Auto de 26 de octubre de 2010 del JMC núm. 3 de Barcelona, ponente Ilmo. Sr. D. José María FERNÁNDEZ SEIJO⁶⁸⁷ en el que se acordaba, además de aprobar la rendición de cuentas «*la conclusión del procedimiento concursal por inexistencia de bienes o derechos realizables de los concursados, debiendo tener por extinguidas las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso.*» Por tanto se lograba por vía jurisprudencial soslayar la hasta ahora monolítica responsabilidad patrimonial universal de nuestro derecho codificado.

Esta institución sin embargo, y siguiendo en este punto a RODRÍGUEZ ROSADO⁶⁸⁸, no resultaba ajena a nuestro derecho ya que los sistemas legales previos al movimiento codificador contemplaban el llamado beneficio de la competencia, proveniente del Derecho romano y denominado de tal manera desde la edad media. Dicha institución consistía en que el deudor insolvente de buena fe —entendiendo por tal el que no ocultaba su situación—liberarse de sus

“Si el deudor cumpliere el convenio, quedarán extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo; pero, si dejare de cumplirlo en todo o en parte, renacerá el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubiesen percibido de su crédito primitivo, y podrá cualquiera de ellos pedir la declaración o continuación del concurso” y “No mediando pacto expreso en contrario entre deudor y acreedores, conservarán éstos su derecho, terminado el concurso, para cobrar, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte de crédito no realizada”. Aparecían según estos dos preceptos dos ideas principales: la exoneración de pasivo ligada a un convenio entre deudor y acreedores y a su cumplimiento, así como el principio de limitación de la exoneración en caso de venir el deudor a mejor fortuna, pero también circunscrito al devenir del propio convenio. Pero paradójicamente no parecía haber ninguna previsión relativa a la exoneración del deudor en el caso de que este hubiese liquidado su patrimonio es decir en el caso de que, simple y llanamente, lo hubiese perdido todo.»

⁶⁸⁶ En este sentido CUENA CASAS «Fresh Start y mercado crediticio.» Revista *InDret* 3/2011. Especial mención a la magistral distinción entre el sistema germano, o de rehabilitación, basado el sometimiento de un periodo de prueba; y el anglosajón que consiste en la liquidación definitiva del patrimonio no inembargable del deudor con condonación de las deudas restantes. Sistema germano que apuesta por el *pacta sunt servanda*, frente al anglosajón que, en palabras de la citada autora, «*tiene como fundamentos la responsabilidad limitada del deudor, la división del riesgo con los acreedores y la necesidad de recuperar lo más rápidamente posible al deudor para la actividad económica y el consumo, además de una clara voluntad de no estigmatizar a la persona sobre endeudada.*» (*op cit.* págs. 5 y 6)

⁶⁸⁷ ECLI: ES:JMB:2010:20A (Id. CENDOJ 08019470032010200001). En dicho Auto se razonaba que imponer al deudor, concluida la liquidación por falta de bienes y persistiendo la situación de insolvencia, la obligación legal de volver a instar su declaración de concurso sería comparable al castigo divino impuesto en la mitología griega a Sísifo, cuya condena —a la que hemos hecho referencia como advocación al inicio de la Tesis—le obligaba a subir una y otra vez una descomunal piedra por una montaña, ya que al hacer cima, volvía a caer por la ladera.

⁶⁸⁸ RODRÍGUEZ ROSADO, B. «El régimen de segunda oportunidad: posibilidades y alternativas.» Capítulo incluido en la obra colectiva *Vivienda, préstamo y ejecución*. Dir. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M y MURGA FERNÁNDEZ, JP. Ed. Thomson-Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 1000.

deudas haciendo entrega de sus bienes a los acreedores que procedían a una liquidación ordenada de su patrimonio. Dicha institución se encontraba recogida en las Partidas (5,15, 1-3)⁶⁸⁹ si bien no sobrevivió a la codificación⁶⁹⁰, quedando eliminada del CC y de los sucesivos CdC.

En este escenario, con el precursor remoto de nuestro derecho histórico, la acuciante necesidad de armonizar nuestra legislación a la de nuestro entorno, y diversas iniciativas incompletas cristalizó el primer antecedente relativo a la segunda oportunidad en el régimen dispuesto por la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores que propició la redacción del art. 178.2 LECO que estuvo vigente entre el 18 de octubre de 2013 y el 1 de marzo de 2015.

Dicho precepto establecía que la resolución judicial que declarase la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal, en lo sucesivo CP, o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hubieran sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

Se añadía igualmente que, si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podría obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.

⁶⁸⁹ «El desamparamiento que hace el deudor de sus bienes (...) ha tal fuerza que después non puede ser el deudor emplazado, nin es tenido de responder en juyzio a aquellos a quien deuiesse algo: fueras ende si oviesses fecho tan gran ganancia, que podría pagar los debdos todos, o parte dellos, e que fincasse a el de que podiesses vivir.»

⁶⁹⁰ Por el contrario, el art. 1920 CC que derogó la LECO resultaba tajante al afirmar que «No mediando pacto expreso en contrario entre deudor y acreedores, conservarán éstos su derecho, terminado el concurso, para cobrar, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte de crédito no realizada.» En este sentido y en el comentario al art. 1920 CC afirmaba MANRESA que «Esta disposición criticada por algunos por dejar en lo incierto los derechos del deudor derivados del convenio, resulta, sin embargo, en extremo justa, si se tienen en cuenta las razones y los motivos, en virtud de los que se autoriza al deudor para celebrar convenios con los acreedores dentro o fuera del juicio de concurso (...) en consideración a las difíciles circunstancias en que se encuentra el que por carecer de bienes bastantes a cubrir su pasivo (...) no puede satisfacer puntualmente todas sus obligaciones; (...) nada extraño tiene (...) que desapareciendo dicha razón por haber cesado las dificultades (...) venga obligado el deudor a satisfacer la parte de crédito no realizada por sus acreedores». Y continuaba el mismo autor señalando que con ello se había conseguido disipar «las dudas que a los intérpretes de nuestro antiguo derecho sugería la inteligencia de la ley 3ª del título 15º de la Partida 5ª.» *op.cit.* Tomo XII págs. 672 y 673.

La supeditación de la aplicación de este régimen al intento de un acuerdo extrajudicial de pagos, predicable en dicho momento exclusivamente del deudor empresario persona física dejaba fuera del ámbito de la segunda oportunidad a los consumidores⁶⁹¹. Este primer antecedente normativo actual de la segunda oportunidad tuvo poco predicamento, como acertadamente adelantaba RODRÍGUEZ ROSADO⁶⁹², pero su principal función fue la de abrir el paso a las sucesivas reformas.

En apenas año y medio desde la entrada en vigor de la Ley 14/2013 se dictó el R.D.-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social que propició la reforma del art. 178.2 LECO e introdujo el artículo 178 bis de la LECO⁶⁹³. Así, el régimen general habría de ser el de la persistencia de deudas y la excepción, su exoneración: *«Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.»*

Con la entrada en vigor del TRLC se perfecciona la sistemática respecto de la tramitación de la exoneración del pasivo insatisfecho, como acertadamente indicaba DIEGUEZ OLIVA en relación al proyecto que en este aspecto procesal ha resultado inalterado respecto al régimen precedente⁶⁹⁴,

⁶⁹¹ Y ello visto el tenor literal del art. 231 LECO en la redacción entonces vigente según la cual *«El empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que aportando el correspondiente balance, justifique que su pasivo no supera los cinco millones de euros. / A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.»*

⁶⁹² RODRÍGUEZ ROSADO, B. *op cit.* pág. 1002.

⁶⁹³ Igualmente amplió el ámbito subjetivo al acuerdo extrajudicial de pagos mediante la reforma del art. 231 LECO y ulterior incorporación al TRLC pasando a englobar a cualquier deudor persona natural: *«El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance.»*

⁶⁹⁴ DIEGUEZ OLIVA, R. «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Especial referencia a los créditos públicos.» *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 50, 2019.

estableciendo dos cauces procesales uno general regulado en los arts. 489 y 490 TRLC aplicable a deudores con cierta capacidad económica y otro especial previsto en los arts. 493 y siguientes que será el procedente en casos de carencia total de capacidad económica⁶⁹⁵.

En todos estos supuestos, y sin perjuicio de una importante línea jurisprudencial, se parte de la premisa del pago de los créditos privilegiados, lo que supone salvo en supuestos de reconocimiento anómalo o de efectivo apremio de la garantía, que los créditos garantizados por hipoteca incluso la vivienda del deudor han de resultar satisfechos. También parte de la total enajenación del patrimonio con contenido económico, lo que salvo en supuestos de que carezca de valor presupone la enajenación de la vivienda.

Tres serán los elementos que deberán ponderarse a la hora de obtener la exoneración del pasivo insatisfecho: en primer lugar, la buena fe del deudor. En segundo lugar, la naturaleza de las deudas a extinguir. Y por último una serie de factores adjetivos.

⁶⁹⁵ Así y siguiendo a la citada autora, si bien en referencia al PTRLC ya su numeración original, la actual dicción ofrece mayor claridad con relación a este extremo, estableciendo un régimen que califica como general, y otro especial, con una correlación en artículos entre presupuestos y extensión de la exoneración. Precisa DIÉGUEZ OLIVA que «El régimen general vendría dado por el deudor del núm. 4 del art. 178 bis 3 LC, aquel que señalamos que como aún tenía cierta capacidad económica y que había podido satisfacer en su integridad los créditos contra la masa, provenientes de deuda privada o pública; los créditos concursales privilegiados y hubiera celebrado o intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Si no lo hubiera intentado, además se le exige que hubiera satisfecho el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios (art. 487 PTRLC). Su ámbito de exoneración, su correlativo, lo tenemos en el art. 490 PTRLC: el beneficio se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, si hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos; y si no lo hubiere intentado, al setenta y cinco por ciento de los créditos concursales ordinarios, a la totalidad de los subordinados. En uno y otro caso, se entiende incluidos los créditos de derecho público. No se distingue entre acreedores privados o públicos. El régimen especial de exoneración parte de un deudor de buena fe pero que, al carecer de capacidad económica, no ha podido satisfacer los créditos enumerados en el art. 487 PTRLC. Este deudor podrá solicitar la exoneración pero se le exige que acompañe una propuesta de plan de pagos de los siguientes créditos que no ha podido satisfacer: los créditos contra la masa, los concursales privilegiados, los créditos por alimentos, los ordinarios, y los de derecho público. En caso de plan de pagos, el beneficio de exoneración se regula en el art. 496 PTRLC: queda exonerado de los créditos ordinarios y los subordinados pendientes, aunque no hubieras sido comunicados, a excepción de los de derecho público y por alimentos. Nuevamente la PTRLC hace la misma salvedad que el art. 178 bis 6 LC: “respecto de los créditos públicos, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica”». DIÉGUEZ OLIVA, *op cit.* «El beneficio... pág. 6.

III.2.1.1.- La buena fe del deudor en la redención del pasivo.

La segunda oportunidad, en los términos que la concibe el Capítulo II del Título XI del Libro I del TRLC, permite al deudor persona física de buena fe solicitar la exoneración de deudas en el trámite concedido en sede de dictado del auto de conclusión del concurso por liquidación. Por deudor de buena fe define el TRLC que ha de entenderse aquel que cumpla los requisitos previstos en su art. 487.2 y que se apartan, como se verá *infra*, de la concepción clásica de buena fe⁶⁹⁶.

Con carácter general, y siguiendo en este punto a MIQUEL GONZÁLEZ⁶⁹⁷ podemos distinguir entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva, entendiendo que la primera se refiere a un estado mental y la segunda, a un patrón de conducta⁶⁹⁸. Forma parte el concepto de buena fe de las llamadas cláusulas generales que el antes citado autor⁶⁹⁹ define como aquellas disposiciones jurídicas que en relación al contexto normativo contienen conceptos muy generales que además podrá ser según el caso muy indeterminados y que se refieren a supuestos de hecho que son muy generales o muy abstractos. Se distinguen, afirma MIQUEL, de los principios generales del derecho que necesitan estar reconocidas en la ley y se trata de figuras metódicas auxiliares del legislador⁷⁰⁰. En nuestro Código Civil se introdujo a través del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, la actual dicción del art. 7 CC que en su primer párrafo establece con carácter general que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, cláusula general que con anterioridad no tenía ese reconocimiento expreso si bien se infería tal carácter al estar incorporada a una

⁶⁹⁶ «1.º *Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso./ 2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme. »*

⁶⁹⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, JM. «La buena fe (I): la buena fe subjetiva.» publicación digital. *Almacén del Derecho*, noviembre 2017. URL <https://almacenederecho.org/la-buena-fe-subjetiva> (última consulta diciembre de 2020).

⁶⁹⁸ Así, concluye el citado autor que la buena fe subjetiva puede hacer regular un supuesto de hecho irregular y la falta de buena fe objetiva puede hacer irregular un comportamiento aparentemente regular. *Op cit.* ed. digital.

⁶⁹⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, JM. «Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho.» *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pág. 304.

⁷⁰⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, JM. *op cit.* «Cláusulas... pág. 306.

generalidad de instituciones y predicarse el mismo en diversas normas positivas⁷⁰¹.

Continuando con el concepto de buena fe que analiza MIQUEL podemos distinguir la buena fe como parte de un supuesto de hecho delimitado por el legislador y la buena fe como criterio valorativo que contribuye a construir normas nuevas o a alterar de algún modo los supuestos de hecho y consecuencias de las ya existentes⁷⁰². En este caso la buena fe a los efectos de acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho entra dentro del primer grupo al revestir un carácter objetivo que le acerca a la institución alemana del *Treu und Glauben*⁷⁰³ más que a la *bona fides* en el concepto tradicional romano⁷⁰⁴.

Siguiendo en este punto a DE VIVERO DE PORRAS⁷⁰⁵ el legislador se ha amparado en el concepto de deudor honesto, considerando que el mismo ha de ser el deudor de buena fe entendiendo por tal aquel en que concurren los requisitos legales. El órgano que ha de evaluar esta buena fe, al contrario que en otros países de nuestro entorno⁷⁰⁶, es el Juez del concurso con base en los parámetros referidos en el articulado del TRLC, tratándose en nuestra opinión de un supuesto de buena fe objetiva casi pura por cuanto los elementos a valorar se encuentran claramente identificados y no admiten más que un ligero margen en cuanto a la apreciación de ciertas

⁷⁰¹ En este sentido vid. MIQUEL GONZÁLEZ, JM Comentario al art. 7 del Código Civil incluido en *Comentario del Código Civil*. Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON y otros. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1991. págs. 39 y 40.

⁷⁰² MIQUEL GONZÁLEZ, JM. «Observaciones en torno a la buena fe.» incluido en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Servicio de publicaciones de la universidad de Murcia, Murcia 1989. pág 498.

⁷⁰³ Conforme al parágrafo 242 del BGB «*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*» que puede ser traducido como «*El deudor está obligado a efectuar la ejecución según se requiera de buena fe con el debido respeto a la costumbre.*»

⁷⁰⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, JM. *op. cit.* «Observaciones... págs. 499 y 500.

⁷⁰⁵ DE VIVERO DE PORRAS, C *Ley de segunda oportunidad: dejar atrás las deudas para volver a empezar*. Ed. Ley 57. Málaga, 2019, pág 179. En un sentido semejante FERNÁNDEZ SEIJO afirma que que nuestra normativa concursal con el concepto de buena fe que puede predicarse de otras instituciones civiles y mercantiles, ya que lejos de presumirse debe ser probada por el deudor y está sometida al cumplimiento de una serie de requisitos y a la prosecución de objetivos. FERNÁNDEZ SEIJO, JM. *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*» Ed. Bosh, segunda edición. Barcelona, 2015. pág. 208 y ss. Véase también al respecto SANJUÁN Y MUÑOZ en su análisis de la STS de 2 de julio de 2019 (381/2019) nuestro Alto Tribunal interpreta definitivamente (modulados por la heterogeneidad) los requisitos que allí se recogen en relación a la buena fe entendiendo que «*La referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del art. 7.1 CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC, cuya naturaleza es heterogénea.*» SANJUÁN Y MUÑOZ, E. «Buena fe y exoneración de deudas.» Incluido en *Reflexiones mercantiles*. Ed. Ley 57. Málaga, 2020, págs. 306 y ss.

⁷⁰⁶ Así, FERNÁNDEZ SEIJO cita que en Francia el control de esta buena fe lo realiza un órgano de naturaleza administrativa. FERNÁNDEZ SEIJO, *op.cit.* *La reestructuración...* pág. 208.

conductas que hacen que el concurso hubiera debidos ser declarado culpable en su sección sexta, especialmente en supuestos de solicitud tardía de concurso.

En primer lugar exige como condición que el concurso no haya sido declarado culpable⁷⁰⁷. En esta dicción literal parece incluirse tanto los supuestos en que haya habido declaración de concurso fortuito, como en aquellos concursos en los que no se haya llegado a tramitar la sección sexta al haber concluido en fases tempranas por insuficiencia de masa⁷⁰⁸.

En cualquier caso y tramitada que fuera la aprobación de un plan de liquidación se exigía que la calificación del concurso fuera en definitiva fortuita. Sin embargo a partir de la Ley 25/2015, de 28 de julio se matizó esta condición permitiendo que si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del entonces vigente art. 165.1.1.º LECO —esto es por incumplimiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso—el Juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor. Por tanto un mero incumplimiento formal de solicitud de la declaración de concurso en el término previsto en la entonces vigente LECO durante el interregno que medió entre la vigencia del precepto en la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero y la citada Ley 25/2015, de 28 de julio hacía que cualquier declaración de concurso culpable vedara la posibilidad de considerar al deudor de buena fe, y por tanto de acudir a la exoneración del pasivo insatisfecho. La actual dicción que ha pasado en términos generales al TRLC permite, a decir de FERNÁNDEZ SEIJO⁷⁰⁹ un gran margen de decisión al Juez del concurso pese a la ambigüedad de su tenor literal.

Otro requisito preceptivo para que el deudor pueda ser considerado de buena fe será el no haber sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera

⁷⁰⁷ Dejando fuera del ámbito de la norma la posibilidad de que el deudor hubiera sido declarado culpable como afectado o cómplice en otro concurso de acreedores, como pudiera ser el caso del concurso de una sociedad que administra de hecho o de derecho, conductas que pueden resultar igualmente merecedoras de reproche para la no concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. FERNÁNDEZ SEIJO, *op.cit. La reestructuración...* pág. 236.

⁷⁰⁸ En este sentido FERNÁNDEZ SEIJO, *op.cit. La reestructuración...* págs. 209 y 210. Incide en que si la sección sexta no obstante se encuentra abierta por haberse aprobado plan de liquidación u optado por las reglas legales, ha de concluir en su tramitación la misma.

⁷⁰⁹ FERNÁNDEZ SEIJO, *op.cit. La reestructuración...* pág. 234.

un proceso penal pendiente, se establece que el Juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme. La elección de los tipos penales en concreto se hace con respecto a la relevancia económica de conductas nocivas, lo que puede dar lugar a situaciones que a decir de FERNÁNDEZ SEIJO⁷¹⁰ pueden resultar disfuncionales, como aquella que el citado autor alude según la cual a un condenado por sentencia firme por un delito leve de daños –que lleva aparejada una pena de multa de 6 a 24 meses—se le cierre la puerta de la segunda oportunidad y que se le abra a un condenado por delitos cuyo reproche penal es superior pero que no se encuentran incardinados en los tipos penales elegidos. Por último hace referencia el citado autor que el legislador no ha contemplado expresamente la posibilidad que el condenado por sentencia firme haya visto remitida su condena y cancelados los antecedentes penales por vía del art. 136 CP. En estos supuestos se inclina el citado autor por hacer aplicable la consideración de deudor de buena fe.

Igualmente se exige que el deudor haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. Es evidente que si el acuerdo extrajudicial de pagos hubiera sido aprobado y cumplido difícilmente podríamos hablar de exoneración de pasivo insatisfecho, ya que todo el pasivo –afectado por la quita y espera aceptada por los acreedores—hubiera sido objeto de satisfacción extraconcursal, por lo que se exige que el acuerdo extrajudicial de pagos no haya sido aprobado o haya sido incumplido. A estos supuestos hemos de añadir –y por esta tesis se decanta FERNÁNDEZ SEIJO⁷¹¹—a aquellos otros supuestos donde se ha acudido por el deudor a los mecanismos de mediación preconcursal y éstos no han llegado a desplegar plenamente sus efectos, como es el caso paradigmático de la falta de aceptación de sucesivos mediadores concursales. A este respecto la consulta de la DGSJFP evacuada a requerimiento del Ilustre Colegio de Notarios de Madrid fechada a 14 de mayo de 2019 concluía que *«si transcurre el plazo de dos meses a contar desde el primer intento de designación de mediador concursal, sin que se produzca la aceptación de ninguno de los mediadores designados por el procedimiento secuencial previsto en el artículo 233 LC, el Notario podrá cerrar el expediente, debiendo hacer constar en la diligencia de cierre que el mismo se produce por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación de los mediadores concursales sucesivamente designados durante el plazo de*

⁷¹⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, *op.cit.* La reestructuración... pág. 240.

⁷¹¹ FERNÁNDEZ SEIJO, *op.cit.* La reestructuración... págs. 242 y 243.

dos meses, facilitándose copia al deudor requirente a fin de que pueda instar, en su caso, el concurso consecutivo ante el juzgado competente.» Por tanto la DGSJFP parece avalar esta tesis.

Por último, se exige un concepto agravado de buena fe para el caso de que el deudor opte por redimir su pasivo insatisfecho acudiendo a la aprobación de un plan de pagos, como será objeto de tratamiento *infra*.

III.2.1.2.- Tramitación y alcance de la exoneración de pasivo insatisfecho.

Con carácter previo a analizar el alcance de la remisión de las deudas y su incidencia directa en los créditos garantizados por hipoteca inmobiliaria hemos entrado en la perspectiva procesal en cuanto al cauce a seguir para exonerar el pasivo insatisfecho, ya que va a determinar, en parte, el alcance de la exoneración. La regulación original del art. 178 *bis* LECO fijaba un escueto marco procesal para la tramitación de la exoneración del pasivo insatisfecho, que ha venido detallado en los actuales arts. 489, 490 y 492 TRLC para el cauce general y 493 a 499 TRLC para el régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos, que pasaremos sucintamente a analizar.

Así, se prevé que se solicite ante el juez del concurso—que será en ese supuesto y salvo supuestos de acumulación el juez de primera instancia—la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso. De dicha solicitud del deudor se ha de dar traslado por el Letrado de la Administración de Justicia a la AC y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que puedan alegar cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio. Seguidamente se dará nuevo trámite al deudor a fin de que, dentro del plazo que al efecto le conceda, manifieste si mantiene la solicitud inicial o si, desistiendo del régimen legal general para la exoneración, opta por exoneración mediante la aprobación judicial de un plan de pagos. Si no manifestara lo contrario, se entenderá que el deudor mantiene la solicitud inicial. Si optara por esta posibilidad, deberá acompañar propuesta de plan de pagos, tramitándose la solicitud conforme a lo establecido *ad hoc* para dicho supuesto. A continuación, si la AC y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el Juez del concurso concederá previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley, concederá el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución en la que declare la conclusión del concurso, precisándose que la oposición—que se tramitará por el cauce del

incidente concursal—solo podrá fundarse en la falta de alguno de los presupuestos y requisitos establecidos y que no podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente concediendo o denegando el beneficio solicitado.

Por último se precisa que cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso, mediante el trámite del juicio verbal, la revocación de la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho si, durante los cinco años siguientes a su concesión, se constatare que el deudor ha ocultado la existencia de bienes o derechos o de ingresos, salvo que fueran inembargables según la LEC. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperarán la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

Cuando se emplee el cauce específico que exige el sometimiento a un plan de pagos, como acertadamente apuntaba DIEGUEZ en relación al PTRLC⁷¹², la concesión de la exoneración de pasivo insatisfecho en un primer momento procesal será acordada con carácter provisional, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

Respecto del contenido del plan de pagos se precisa que será comprensivo de los créditos contra la masa, de los créditos concursales privilegiados, de los créditos por alimentos y de la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan. En lo que toca a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por su normativa específica. Igualmente la propuesta de plan de pagos deberá incluir expresamente el deudor el calendario de pagos de los créditos que, según esa propuesta, no queden exonerados. El pago de estos créditos deberá realizarse dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tengan un vencimiento posterior y sin que los créditos incluidos en la propuesta de plan de pagos no podrán devengar interés. Se prevé posteriormente un trámite de traslado⁷¹³ y eventuales alegaciones que permite al deudor modificar el plan de pagos al amparo de las mismas y que concluye mediante resolución del juez del concurso que acuerde la conclusión del concurso, conceda provisionalmente el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho y apruebe el plan

⁷¹² DIEGUEZ OLIVA, R. *op cit.* «El beneficio... págs. 6 y 7.

⁷¹³ En lo que ha supuesto una notable mejora respecto del régimen del 178 *bis* 6 LECO que escuetamente hablaba de un traslado a las partes y aprobación por auto. En este sentido MUÑOZ PAREDES. A. *op. cit.* pág. 168.

de pagos en los términos de la propuesta o con las modificaciones que estime oportunas, sin que en ningún caso el periodo de cumplimiento pueda ser superior a cinco años.

Seguidamente se regula la posibilidad de revocación del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho provisional para el caso de que el deudor incumpliera el plan de pagos; mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que, sin detrimento de la obligación de satisfacer alimentos, pudiera pagar todos los créditos exonerados; o si el deudor incurriese en causa que hubiera impedido la concesión del beneficio por falta de los requisitos establecidos para poder ser considerado deudor de buena fe.

Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor, dictará auto⁷¹⁴ concediendo la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho en el concurso⁷¹⁵.

Igualmente y aunque el deudor no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, el juez, previa audiencia de los acreedores, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

Fijados cuáles hayan de ser los cauces procesales, y para el caso de que hubiera de ser considerado deudor de buena fe, se deberá analizar qué deudas pueden ser susceptibles de exoneración y cuáles no lo son. Dependiendo del cauce procesal podemos encontrar tres posibilidades.

⁷¹⁴ Auto no susceptible de recurso por lo que formalmente es firme, pero susceptible de revocación si se constata ocultación de bienes en los términos de la concesión provisional.

⁷¹⁵ Lo que nos acerca más a un sistema germano que al anglosajón, siguiendo con la clasificación de CUENA CASAS, *op cit.* «Fresh start... ed. digital.

En primer lugar y con carácter general se ha de aplicar el art. 491.1 TRLC que prevé que si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo y hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, será exonerado del resto de pasivo no satisfecho, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos en lo que constituye una reforma que por parte de la jurisprudencia y de la doctrina se ha considerado que excede de la mera refundición⁷¹⁶. Caso de que no hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados⁷¹⁷.

Por tanto y partiendo de la premisa que la parte nuclear de los créditos garantizados por hipoteca inmobiliaria en función del valor de la garantía serán créditos privilegiados especiales, éstos no

⁷¹⁶ En este sentido SANCHO GARGALLO «El artículo 491.1 del texto refundido prescribe que en esos casos “el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.” No cabe entender, como sí hace el dictamen del Consejo de Estado, que la inclusión de estas excepciones constituya “una adecuada armonización, en la medida en que tal acotación se hace en el artículo 178 bis.5-1.o de la Ley Concursal (art. 497.1-1.o TR) en los casos de exoneración por la aprobación de un plan de pagos”. Dejando al margen la interpretación que del artículo 178.bis.5-1.o de la Ley Concursal hace la jurisprudencia (sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769)), lo que estaba claro es que bajo la regulación de la Ley Concursal la opción por la exoneración inmediata del ordinal 4.o del artículo 178 bis.3, cumplidos los requisitos mencionados, daba lugar a la exoneración de todos los restantes créditos ordinarios y subordinados, incluidos los créditos de derecho público y por alimentos. La introducción de estas excepciones donde no existían, no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la ley para la concesión de este beneficio, mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado. No cabe invocar una armonización de normas cuando se altera gravemente el equilibrio de intereses y derechos, esto es, cuando se alteran respecto de la situación anterior las reglas que configuraban la par condicio creditorum al acudir a la exoneración inmediata.» SANCHO GARGALLO I, «Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia.» *Anuario de Derecho Concursal* núm. 51 (septiembre-diciembre 2020)

⁷¹⁷ Por tanto y traducido en los créditos que, como se ha dicho *ut supra*, serán privilegiados especiales en su mayoría implica necesariamente que aquel consumidor que vea liquidado su patrimonio sólo obtendrá remisión de deudas una vez agotada la garantía real sobre su vivienda –bien según el plan, bien por ejecución separada– y los beneficios de exoneración alcanzarán solamente a la cantidad no cubierta y en un máximo de un 75%. Esto nos lleva que un premio en liquidación sobre una vivienda valorada en 200.000 Euros, que se adjudica en ejecución separada por 120.000 y que deja una cantidad no cubierta de 80.000 Euros va a suponer que se deban satisfacer necesariamente otros 20.000 € para alcanzar la exoneración a los 60.000 restantes con pérdida necesaria del inmueble. Cálculo que a nuestro juicio es una falacia toda vez que los intereses remuneratorios se siguen generando hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria a pesar del concurso de acreedores y que nos llevaría a posiciones más gravosas para el deudor que la reestructuración de la deuda, la posible quita o la dación en pago dentro del código de buenas prácticas, como se verá.

serán redimidos. Sí lo serán los créditos ordinarios—en todo o en el 25 por cien caso de que no se hubiera acudido a un acuerdo extrajudicial de pagos—y subordinados reconocidos con base en el mismo título bien por exceder del valor de la garantía, bien por haber sido reconocido de manera anómala con tal calificación. No obstante y como se ha dicho *ut supra*, con carácter general y a salvo de jurisprudencia menor, se exige la total liquidación del patrimonio del deudor, lo que incluye la vivienda hipotecada sea por vía del plan de liquidación sea por ejecución separada. Esto necesariamente conlleva que se habrá saldado el crédito privilegiado especial en todo o en parte, y la parte de dicho crédito privilegiado no satisfecha pase a ser considerada crédito ordinario, por lo que pasaría a ser redimido en todo o en su 25 por cien según el supuesto.

En el segundo supuesto, que exige el sometimiento a un plan de pagos cumplido, se prevé la exoneración de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, con la consabida excepción de los créditos de derecho público y por alimentos, así como en relación los créditos privilegiados especiales la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado. Esto es se exoneran todos los créditos salvo los créditos contra la masa, privilegiados o—cualquiera que sea su calificación, los créditos de derecho público y por alimentos. La diferencia respecto del supuesto anterior será que pese a que no se hubiera acudido a un acuerdo extrajudicial de pagos no se deberá satisfacer el 25 por cien del crédito ordinario reconocido lo que incluye los créditos reconocidos respecto del negocio subyacente a la hipoteca inmobiliaria constituida sobre la vivienda del deudor, bien por exceder del valor de la garantía, bien por haber sido reconocido de manera anómala con tal calificación.

Encontraríamos un tercer supuesto en el cual el plan de pagos no hubiera sido cumplido pero se hubiera acordado judicialmente la redención del pasivo insatisfecho por el empleo de los recursos económicos a que se refiere el art. 499.2 TRLC. En este caso se permite redimir créditos incluidos en el plan de pagos, que conforme al art. 495.1 TRLC serán los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados, los créditos por alimentos y de la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan. En este supuesto y en aquellos casos en que subsistieran los créditos privilegiados especiales respecto de la vivienda hipotecada o se hubieran rehabilitado contra la masa los mismos resultarían—a mi juicio—exonerados. Esto exigiría no obstante que no se hubiera producido la enajenación de la vivienda, lo que choca con la necesidad procesal de la totalidad de la masa activa

enajenable, por lo que se daría sólo en supuestos en los que se hubiera excluido de la masa enajenable la vivienda bien por carecer de valor económico real, bien por haberlo dispuesto una resolución judicial expresamente. No obstante, y pese que entendemos que debe ser la vía que debe explorar el legislador, ha de ser un supuesto prácticamente de laboratorio y de escasa aplicación.

En cualquiera de los casos expuestos, agotada por vía de apremio singular o colectivo la garantía hipotecaria mediante la realización del bien, ésta desaparecería siendo procedente ordenar la cancelación registral de la misma.

III.2.2.- Alternativas extraconcursales y su tratamiento: el Código de Buenas Prácticas Bancarias.

Analizadas en su ámbito de actuación las normas estrictamente concursales, en nuestra opinión la aplicación de las mismas no obsta la aplicación de otras, en lo que resulte compatible en lo que no contradiga las normas de derecho imperativo, en especial las de procedimiento. Afirmamos que resulta posible y se ha de mencionar—aunque su análisis nos apartaría en exceso del objeto de la presente Tesis aunque no descartamos su tratamiento en futuros trabajos de investigación—que el Juez del concurso pueda adoptar, incluso de oficio, mejoras en los planes de liquidación a este respecto. Nótese que, con base en la reciente jurisprudencia del TJUE el carácter de consumidor puede ser apreciado de oficio por el juzgador⁷¹⁸, lo que incluye al Juez del concurso como nos indica DE VIVERO DE PORRAS⁷¹⁹, y que este asimismo debe interpretar la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en el sentido de que,

⁷¹⁸ Sentencia TJUE (Sala primera) de 4 de junio de 2015 (Asunto 497/13, ECLI:EU:C:2015:357), si bien referido a la interpretación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁷¹⁹ DE VIVERO DE PORRAS, C «Abusividad y situaciones de insolvencia.» Incluido en la obra colectiva *La Abusividad en la doctrina del tribunal de Justicia de la Unión europea*. Dir. SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Sepin. Madrid, 2019. Págs. 125 a 128. Hace la citada autora una exégesis de la Sentencia TJUE (Sala tercera) de 21 de abril de 2016 (Asunto 377/2014, ECLI:EU:C:2016:283) en el que el TJUE analiza un crédito al consumo. Concluye el alto Tribunal en el punto segundo de su fallo que «El artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que impone al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relativo a unos derechos de crédito derivados de un contrato de crédito, en el sentido de esta Directiva, la obligación de examinar de oficio si se cumple la obligación de información establecida en dicha disposición y de deducir las consecuencias previstas en el Derecho nacional para el incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones respeten las exigencias del artículo 23 de la misma Directiva.» En nuestra opinión, nada impide extrapolar este razonamiento a las operaciones de crédito con garantías reales y ello aun más cuando se debe apreciar de oficio la nulidad del clausulado.

constatado que haya sido el carácter abusivo de una cláusula de un contrato entre un consumidor y un profesional puede, independientemente de que se haya llegado a aplicar o no, deducir todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión⁷²⁰. Por ello, en el seno de un plan de liquidación, nada obstaría a que se consideraran nulas de pleno derecho cláusulas abusivas que desdibujaran la inicial situación patrimonial del consumidor, aunque la práctica jurisdiccional se inclina por su control preferente a través del incidente concursal, sea este tanto en vía de impugnación de créditos por vía del art. 300 TRLC, o por incumplimiento contractual según lo dispuesto en los arts. 160 y ss. TRLC⁷²¹.

Hecha la anterior reflexión hemos de centrar nuestro estudio en la aplicación del Código de Buenas Prácticas Bancarias como alternativa extraconcursal a la liquidación concursal del deudor. La justificación de hacer un estudio de esta institución y su alcance resulta una exigencia por cuanto que entendemos que un adecuado y generalizado uso de la misma propiciaría que una parte considerable de la sociedad obtuviera una reestructuración de su deuda, lo que provocaría la no entrada en situación de insolvencia y, por tanto, evitaría el costoso y tortuoso concurso de acreedores como mecanismo para obtener, en el mejor de los casos, una segunda oportunidad que tiene como premisa mayor la liquidación de su patrimonio.

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y la modificación de los Préstamos Hipotecarios, dictada en un contexto de crisis no equivalente pero en ciertos aspectos comparable al actual, regula con criterio de novedad⁷²² y pese al régimen general del 1.211 CC—siguiendo en este punto a CHICO Y ORTIZ⁷²³—en nuestro ordenamiento mecanismos hábiles para que el entonces significativo descenso de los tipos de interés pudiera permitir operar novaciones –

⁷²⁰ Parágrafo 54 y punto segundo de la parte dispositiva del Auto del Tribunal de Justicia de la Unión (Sala sexta) de 11 de Junio de 2015 (Asunto C-602/13, ECLI:EU:C:2015:397).

⁷²¹ Sin entrar por apartarse del objeto de estudio de la presente Tesis en su estudio pormenorizado. A este respecto *vid.* COHEN BENCHETRIT, A. «Deber de controlar de oficio las cláusulas abusivas en contratos celebrados en el seno del concurso de acreedores.» Revista *Lex Mercatoria*, RLM núm. 5, 2017. págs. 15 a 20.

⁷²² En este sentido CAÑIZARES LASO destaca que la citada norma esgrimía como razón argumentadora el descenso generalizado de los tipos de interés al momento de su vigencia y respondía al mandato parlamentario de habilitar los mecanismos para que los consumidores en aplicación de los arts. 1.211 y concordantes pudieran subrogar las hipotecas—añadimos los créditos subyacentes—a favor de otros acreedores. CAÑIZARES LASO, A. *El pago con subrogación*. Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 149 y 150.

⁷²³ CHICO Y ORTIZ *op. cit.* pág. 1577.

objetivas y subjetivas—que facilitaran al comprador de una vivienda cambiar de entidad acreedora o hacer menos gravosas sus condiciones, incluyendo rebajas arancelarias y que comparativamente pueden resultar más beneficiosas que la exoneración como se verá en el apartado 3.2.5. con motivo de las conclusiones parciales.

Estas posibilidades, que exigían en cualquier caso concurso de oferta y aceptación por tanto de naturaleza negocial, podían ser instrumentos válidos para lograr aliviar la situación de la parte más débil, *prima facie*, de la relación: el consumidor. Con este antecedente normativo, que a mi juicio y faltando consecuencias jurídicas ante el incumplimiento o el cumplimiento tardío por la entidad de crédito, resulta poco más que una mera declaración de intenciones, se hacía acuciante dotar al sistema hipotecario de que pudieran convertirse en un marco de tutela adecuado, que resultara vinculante para el prestamista una vez aceptado, y facultativo en cuanto a su solicitud para el deudor: el código de buenas prácticas bancarias.

El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos introdujo una serie de instrumentos jurídicos para lograr paliar la situación de un segmento cada vez más creciente de la sociedad, tales como la suspensión de los lanzamientos judiciales y, en su artículo quinto, el llamado «*Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual*»⁷²⁴. Reformado severamente por la Ley 1/2013 y por el RD-Ley 1/2015, este código permite que el deudor que se encuentra en su ámbito de aplicación pueda acudir a los mecanismos de reestructuración de deuda si está catalogado como situado en el umbral de exclusión, la vivienda que adquirió no superó una serie de valores, y la entidad con la que suscribió el préstamo o crédito se encuentra adherida al código de buenas prácticas.

Los beneficios que puede suponer para el consumidor la aplicación del Código de Buenas Prácticas Bancarias consisten en medidas que van desde la reestructuración de la deuda —posibilitando incluso la reunificación de deudas—mediante ampliación del plazo y bonificaciones del tipo de

⁷²⁴ En lo que se refiere a su naturaleza y notas distintivas del mismo vid. ALONSO PÉREZ MT. «El código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares.» *Revista de Derecho Civil*. vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015) págs. 31-67. Concluye la citada autora que no siendo de aplicación obligatoria no constituye un código de conducta *strictu sensu*.

interés; el establecimiento de periodos de carencia de hasta cinco años en la modalidad más ventajosa; posibles quitas –con la aquiescencia del acreedor hipotecario y en tres escenarios posibles que pueden suponer desde la reducción de un 25% del capital pendiente, reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas o reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo; hasta llegar –como última ratio y si fallan las medidas de reestructuración de la deuda en término de 12 meses—a la posibilidad de una dación en pago de la vivienda con la obligación de constituir un alquiler social en función al 3 por cien anual de la deuda pendiente, con duración mínima de dos años. Con la última versión del código se deja sin efecto la eventual cláusula suelo que estuviera siendo aplicada.

A diferencia de la exoneración de deudas mediante la liquidación concursal, acudir a estos mecanismos no implica en todo caso la salida del patrimonio del consumidor de la vivienda, e incluso en caso de que ésta salida se produzca, puede el consumidor asumir un alquiler social de la misma.

El primer requisito que ha de ponderarse a los efectos de determinar la aplicabilidad es de carácter subjetivo: el deudor debe estar ínsito en el denominado umbral de exclusión. Siguiendo a ALONSO PÉREZ⁷²⁵ el requisito subjetivo nos lo da aquel deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual vigentes a la fecha de entrada en vigor del el RD-ley 6/2012 lo que excluye tanto los contratos que ya han sido ejecutados en su totalidad como los que se concierten con posterioridad, y que manifieste su voluntad de que se aplique dicho código, así como sus fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión.

Por deudor situado en el umbral de exclusión hemos de entender aquel cuyas circunstancias familiares respondan a los requisitos marcados por cada uno de los textos vigentes de código de buenas prácticas.

⁷²⁵ ALONSO PÉREZ, M. *op cit.*

El concepto de umbral de exclusión nos lo da la propia exposición de motivos del RD-Ley 6/2012 al definir su ámbito de aplicación y manifestar que el mismo va dirigido a *«personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia.»* Atendiendo, eso sí a circunstancias familiares y a parámetros objetivos como el IPREM⁷²⁶, franjas de edades y categorías como familia numerosa o monoparental. Así y en las dos modalidades vigentes de código de buenas prácticas se pormenoriza el umbral de exclusión como sigue:

Aquellas entidades que permanecen adheridas conforme a la modalidad implementada por la Ley 1/2013 deberán considerar en el umbral de exclusión a sus deudores cuyos ingresos familiares no superen en tres veces el IPREM en cómputo de doce pagas —que se incrementa a cuatro o cinco veces para los supuestos de convivientes aquejados de discapacidades en mayor o menor grado—y que bien hayan sufrido en los cuatro últimos años alteración de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

Alteración de las circunstancias económicas ha de entenderse que se dará cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5 salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

La sobrevenida de circunstancias familiares de especial vulnerabilidad la fija el código de buenas prácticas en los términos dados de la Ley 1/2013 en la consideración de familia numerosa; de familia monoparental con dos hijos convivientes; la unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años; o la unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente para realizar una actividad laboral.

⁷²⁶ Acrónimo de Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, publicado en la Ley de Presupuestos.

Adicionalmente la cuota hipotecaria ha de resultar superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, o al 40 por cien por motivo de convivientes con discapacidad.

Por último y para la aplicación de las quitas y la dación en pago previstas en el código de buenas prácticas se exige que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma; que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; y que en el supuesto de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar reúnan los requisitos anteriores.

Aquellas otras entidades que se rigen conforme a la modalidad introducida por El RD-Ley 1/2015 ven ampliado el límite de ingresos al IPREM en catorce pagas, y se amplía como circunstancia de especial vulnerabilidad el deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar.

El segundo elemento a valorar a los efectos de poder aplicar el código de buenas prácticas bancarias será de carácter eminentemente objetivo y consiste en la ponderación del precio de adquisición de la vivienda del consumidor. Así, la redacción original dada al código de buenas prácticas por el Real Decreto-ley 6/2012, limitaba a efectos de aplicación del código de buenas prácticas bancarias a aquellas viviendas cuyo valor de adquisición no rebasara los 180.000 Euros en ciudades de entre 500.000 y 1.000.000 habitantes, cantidad que se incrementaba a 200.000 Euros para el caso de superar esa población⁷²⁷. Estos valores se elevaron por la Ley 1/13 a 225.000 Euros en ciudades de entre 500.000 y 1.000.000 y, en adelante, a 250.000 Euros⁷²⁸, con posibilidad de incrementar

⁷²⁷ Los valores concretos según el Real Decreto-ley 6/2012 eran: a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros; b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros; c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros; d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

⁷²⁸ En concreto a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 50.000 euros adicionales por cada persona a cargo,

significativamente este valor por habitante adicional a dos y hasta un máximo de tres personas a cargo—entre 45.000 y 50.000 Euros en los dos supuestos contemplados respectivamente. Tras la entrada en vigor del RD-Ley 1/2015 el límite del precio de adquisición se fija en el resultado de aplicar un 20% al importe que resultaría de multiplicar la superficie del inmueble por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento, para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicada dicho bien, con un límite absoluto de 300.000 euros y de 250.000€ para acogerse a dación en pago prevista en el art. 3 del Código de Buenas Prácticas. Esta modificación—como acertadamente apunta CORDERO LOBATO⁷²⁹— que se intentado transmitir como una mera modificación del sistema de cálculo ha supuesto un agravamiento del requisito en algunos casos ya que, siguiendo a la citada autora, «*un índice que tenía una finalidad estadística y que no distingue entre capital de provincia y otros municipios ha pasado a ser el parámetro para calcular el límite infranqueable a la hora de solicitar la aplicación del Código de Buenas Prácticas, lo que supone sin duda una importante limitación adicional para tener derecho a la aplicación de las medidas allí previstas*⁷³⁰» A esta consideración hay que añadir que la eliminación de la posibilidad de aumento del umbral del valor de adquisición de la vivienda por persona conviviente y su sustitución por la superficie de la vivienda puede llegar a que colectivos como familias numerosas⁷³¹ vean reducidas sus posibilidades de acceder al Código de Buenas Prácticas, en especial en grandes ciudades y capitales de provincia.

hasta un máximo de tres; b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 225.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 45.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres; c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 37.500 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres; d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 30.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.

⁷²⁹ CORDERO LOBATO, E. «Novedades en el régimen de suspensión de lanzamientos y en las medidas de reestructuración del Código de Buenas Prácticas, comprendida la dación en pago (RDL 1/2015).» *Centro de estudios de consumo*. Universidad de Castilla la Mancha. <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/23.pdf> (En su versión consultada en diciembre 2020).

⁷³⁰ CORDERO LOBATO *op cit.* pág. 5.

⁷³¹ Nótese que el caso de una familia integrada por cinco miembros que adquiere una vivienda de superficie reducida por un precio inferior a lo que hubiera abonado por otra de mayor tamaño es posible que esté penalizada por su decisión, cosa que con la redacción de la Ley 1/2013 no sucedía.

Como último requisito a analizar, encontramos otro de carácter subjetivo centrado en que la entidad prestataria ha de estar adherida al Código de Buenas Prácticas ⁷³². A fecha de febrero de 2021 se encuentran adheridos al Código de Buenas Prácticas Bancarias la práctica totalidad de los bancos españoles ⁷³³ según se desprende de Resolución de 24 de enero de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual ⁷³⁴ (B.O.E. 5 de febrero de 2020). De estas la inmensa mayoría se encuentra adherida a la modalidad dispuesta por el RD-Ley 1/2015, lo que deja un ámbito de aplicación muy residual para aquellas entidades que han declinado adherirse a esta modalidad, si bien en ciertos sectores geográficos pueden ser significativos ⁷³⁵.

En el escenario descrito, podemos apreciar como en su evolución legislativa en la corta vigencia del código de buenas prácticas bancarias se ha ido ampliando paulatinamente la consideración del umbral de exclusión, hasta fijarlo en las cantidades que el RD-Ley 1/2015 fija; pero que el valor de adquisición de vivienda se hace depender de una casuística que no hace homogénea la aplicación del código de buenas prácticas bancarias. Así las cosas y partiendo de que la mayoría de las entidades se encuentra adherida al código, un gran segmento de la población podría acogerse al mismo y aliviar su carga financiera, si bien en la práctica no sucede con la asiduidad que se debería esperar, si bien los datos disponibles no son fiables en cuanto a la vigencia del RD-Ley 1/2015 ⁷³⁶.

⁷³² Respecto de la incidencia de la cesión del préstamo a otra entidad con personalidad o su aportación a fondos *vid.* DIEGUEZ OLIVA, R. *op. cit.* «La cesión... págs.78 a 81.

⁷³³ En concreto las contenidas en el Resolución de 26 de julio de 2019, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual. Lo que no incluye entidades financieras como UCI o CREDIFIMO que, pese a estar participadas por Banco Santander y CAIXABANK respectivamente –entidades adheridas– no han asumido ninguna de las modalidades del código de buenas prácticas bancarias.

⁷³⁴ <http://www.boe.es/boe/dias/2015/04/28/pdfs/BOE-A-2015-4657.pdf>

⁷³⁵ En concreto Caja Rural de Salamanca, Sociedad Cooperativa de Crédito.

⁷³⁶ Sí existen estudios concienzudos de los primeros momentos de aplicación del código de buenas prácticas como el de GARCÍA MONTORO, L Para el *Centro de Estudios de Consumo, de la Universidad de Castilla la Mancha* <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2012/BuenasPracticasBancarias.pdf> (En su versión consultada en febrero 2021).

En segmentos temporales anteriores hemos de destacar como la última referencia fiable en el informe del ministerio de economía y competitividad del segundo semestre de 2019⁷³⁷ cuyo resumen de datos nos apunta a que la tendencia, inicialmente elevada a solicitar la aplicación del código, es ahora muy a la baja. Así lo muestra el citado informe en su Tabla Primera⁷³⁸ que reproducimos:

	1S 2017	2S 2017	1S 2018	2S 2018	1S 2019	2S 2019
Solicitudes recibidas	8.169	5.742	4.698	3.421	3.148	2.883
Operaciones realizadas	3.686	3.025	2.437	1.481	1.611	657
Reestructuración deuda	3.447	2.630	2.199	1.390	1.379	588
Dación en pago	239	393	237	90	101	68
Quitas	-	2	1	1	2	1

FUENTE: MINISTERIO DE ECONOMÍA.

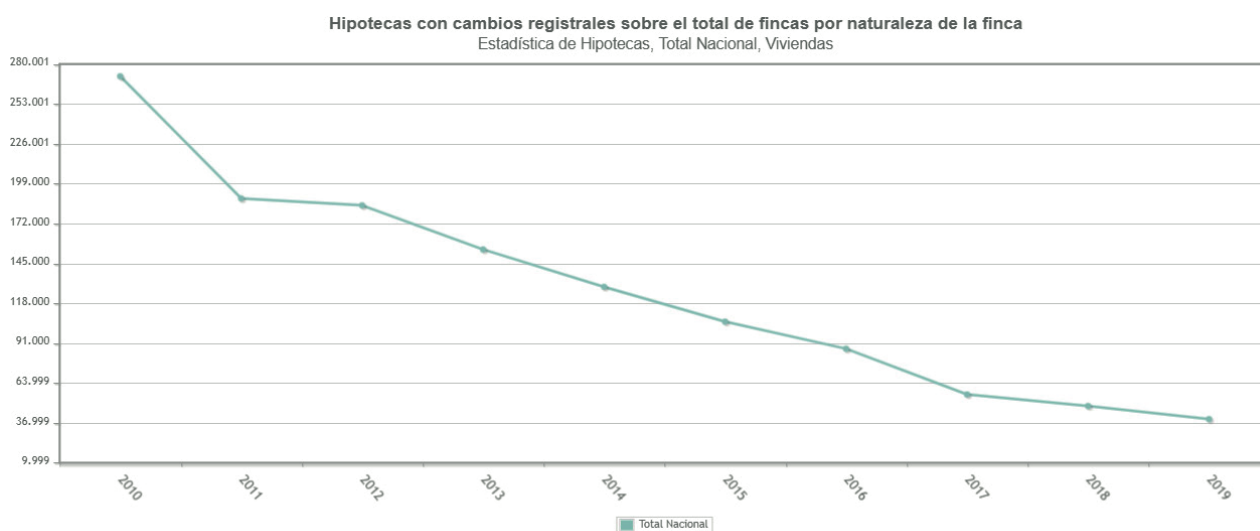
En cuanto al resumen de datos y a modo de conclusión nos arroja los siguientes resultados «*Como conclusión, los datos arrojados tras este informe semestral, y desde que se aprobó en 2012 la primera norma de protección a deudores hipotecarios especialmente vulnerables, son los siguientes: se han recibido 118.358 solicitudes; se han realizado un total de 58.542 operaciones, de las cuales, 50.184 finalizaron con una reestructuración de la deuda pendiente, 14 con una quita y en 8.215 casos se acordó la dación en pago.*» Lo que nos deja que desde la vigencia del código más de la mitad de las solicitudes de aplicación no han obtenido respuesta.

Otro indicio de la escasa aplicación lo encontramos en la estadística del Instituto Nacional de Estadística, en concreto en lo que se refiere a la serie de modificaciones de hipotecas según constancia registral, que deja al margen –no obstante—las alteraciones que las partes lleven a cabo en documento público no elevado o en documento privado.

⁷³⁷ https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/economia/ficheros/pdf/XV_Informe_Cumplimiento_CB_P1.pdf (en su versión consultada en febrero 2021). No existen datos publicados a fecha de depósito en relación con el año 2020 si bien la situación de la pandemia puede desvirtuar el valor econométrico del periodo.

⁷³⁸ Perteneciente al informe citado.

Así, según datos del Instituto Nacional de Estadística⁷³⁹ y exclusivamente hablando de viviendas, un indicio lo podemos encontrar en la serie hipotecas con cambios registrales sobre el total de fincas por naturaleza de la finca. Esta serie acotada a las novaciones modificativas y prescindiendo de las novaciones experimenta una caída desde 2010, por lo que se confirma que la tendencia es claramente descendente⁷⁴⁰.



FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA

Los obstáculos que el código de buenas prácticas bancarias entraña no son tanto, como hemos visto, de carácter normativo, sino más bien de naturaleza aplicativa. Pese a que se trate de un código que —una vez ha sido libremente aceptado por la entidad— resulta coercible en su aplicación, fallan los mecanismos para hacer exigible al consumidor su aplicación.

En cuanto al control administrativo por parte del BdE, ya que la aplicación del código de buenas prácticas tiene la condición de normativa de transparencia de operaciones y protección de la clientela, conforme a lo previsto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que derogó la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito es de destacar que la comisión ejecutiva de la citada entidad supervisora aprobó el pasado 18 de marzo de 2015 el primer programa supervisor anual elaborado

⁷³⁹ <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3226#!tabs-tabla> (en su versión consultada en febrero 2021).

⁷⁴⁰ Ello no obstante los datos por meses de 2020 aun provisionales suponen un repunte al alza de las novaciones desde octubre de 2020 como puede observarse en los datos puestos de manifiesto por el INE <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3205#!tabs-tabla>.

por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones⁷⁴¹, dentro de cuyo ámbito de prioridades está el control de la aplicación del Código de Buenas Prácticas para la protección de deudores hipotecarios sin recursos. En cualquier caso no existen en la actualidad datos accesibles referentes a dicha actividad supervisora fuera de la información facilitada en las memorias anuales, siendo la última disponible la referente a datos de 2019⁷⁴². En conclusión y nuevamente, habrá que esperar a conocer si estos mecanismos administrativos resultan más eficaces que los judiciales.

Igualmente resulta de incidencia lo dispuesto en la LCI en relación a las normas de transparencia y en especial lo previsto en su DA undécima que incrementa el espectro de las entidades plenamente adheridas al Código de buenas prácticas bancarias⁷⁴³.

Por último, el control jurisdiccional de la aplicación del código de buenas prácticas bancarias ha sido escaso y con casi inexistente acervo jurisprudencial. Cabe destacar no obstante el Auto del Juzgado de primera instancia de Bilbao de 16 de septiembre de 2014, ponente Ilma. Sra. D^a María de la Cruz APARICIO ARREDONDO⁷⁴⁴ en el que, con articulación mediante un incidente de

⁷⁴¹ Según nota de prensa de 25 de marzo de 2015 «Entre las prioridades figuran la adecuada comercialización de los productos bancarios (previéndose dedicar una singular atención a los préstamos hipotecarios), el control de la aplicación del Código de Buenas Prácticas para la protección de deudores hipotecarios sin recursos (establecido mediante el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo) y la verificación del funcionamiento de los servicios de atención al cliente o defensores del cliente de las entidades.» http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/15/Arc/Fic/presbe2015_13.pdf (en su versión consultada en diciembre 2020.)

⁷⁴² <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/19/Documentocompleto.pdf> (en su versión consultada en febrero 2021)

⁷⁴³ Dispone la citada disposición adicional que «1. Todas las entidades que a la entrada en vigor de esta Ley se encontrasen adheridas al «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual», regulado en el anexo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de conformidad con la redacción vigente en el momento de su adhesión, se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en esta Ley, salvo que en el plazo de un mes desde su entrada en vigor comuniquen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de la versión previa que corresponda. / 2. En los diez días siguientes al transcurso del plazo de un mes establecido en el apartado anterior, la Secretaria de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional y en el «Boletín Oficial del Estado». Las posteriores variaciones se publicarán trimestralmente en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional y en el «Boletín Oficial del Estado», salvo que no hubiera modificación alguna.»

⁷⁴⁴ Resolución que a fecha de depósito de la Tesis no obra en la base de datos del CENDOJ. El fundamento del referido Auto es que la ejecutada solicitó a su entidad financiera, ejecutante en los autos de que dimana el incidente de oposición, la aplicación del código de buenas prácticas bancarias para lograr la reestructuración viable de las deudas contraídas sin que obtuviera respuesta, lo que es reconocido por la entidad financiera ejecutante.

oposición a la ejecución hipotecaria, acuerda la suspensión del procedimiento ejecutivo en tanto no se acredite el cumplimiento del código de buenas prácticas bancarias.

Por tanto y a nuestro juicio la falta de un mecanismo rápido para imponer a la entidad adherida la aplicación del código de buenas prácticas constituye la principal dificultad a la hora de valorar la eficacia de su aplicación, debiéndose a nuestro juicio establecer un sistema de carácter administrativo que analizara los requisitos del solicitante y sus circunstancias y si estas hacen procedente la aplicación del código imponer un término estricto y breve a la entidad adherida para su aplicación, quedando sometido a control judicial en caso de que fuera desestimado para el ciudadano así como su eventual impugnación en caso de concesión para la entidad prestamista.

III.2.3.- Deficiencias del sistema, confrontación de resultados, y propuestas de mejora.

Hecho el anterior análisis, pasaremos a continuación a examinar la casuística ponderando la aplicación de vías concursales o extraconcursoales dependiendo del estado en que se encuentre el préstamo o crédito solicitado por un consumidor para la adquisición de su vivienda habitual y atendido el resultado final tanto en orden a exoneración de créditos como de conservación en el patrimonio del deudor de la vivienda.

Así, en el caso de que el préstamo o crédito se encuentre en mora y esté siendo ejecutado ante los tribunales de orden civil a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, fuera de vías circunstanciales como el caso de formulación de oposición a dicha ejecución –como la resolución comentada—no existe una procesal para reclamar la aplicación del código de buenas prácticas bancarias fuera del juicio declarativo, que por imperativo del art. 698 LEC no podrá *sic. «producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento»*.

Sin embargo, el código de buenas prácticas permite que la mayoría de las actuaciones, tales como la reestructuración de la deuda o la dación en pago se den hasta que se haya producido el anuncio de la subasta de la ejecución hipotecaria; y la quita –en cualquiera de sus variantes—podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta e incluso podrá serlo por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca, por lo que deberán intentar agotarse estas vías

antes de, con mal asesoramiento, optar por vías concursales que no afectarán sino a las cantidades no cubiertas por la ejecución en trámite.

Si el negocio subyacente se encuentra en mora pero no está siendo ejecutado pudiera pensarse que acudir a vías preconcursales puede suponer un camino para evitar la ejecución hipotecaria de la vivienda del consumidor en insolvencia ya que el art. 591.2 TRLC pese a permitir la ejecución separada por vía hipotecaria en situaciones preconcursales determina que si la garantía recayera sobre la vivienda habitual del deudor, una vez iniciado el procedimiento, la ejecución sobre esos bienes o derechos se suspenderá por el juez que estuviere conociendo de las mismas hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores o dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario. Este breve lapso podrá servir como preparatorio para soluciones más duraderas sean concursales o extraconcursales.

Para el caso de que el préstamo o crédito se encuentre al corriente, aunque una acuciante disminución de los recursos avoque a su inminente mora, la política que hipotéticamente podría beneficiar al consumidor sería acudir tempranamente a los mecanismos de reestructuración de deuda.

En cualquiera de estos dos supuestos antes mencionados podría el consumidor acudir bien asesorado al concurso de acreedores con solicitud inicial de liquidación, en el bien entendido que no servirá esta vía, con la aplicación de la norma mayoritariamente aceptada por los Tribunales, para salvar y retener la propiedad de su domicilio⁷⁴⁵, pero en casos concretos podrá suponer un

⁷⁴⁵ Sin embargo existen resoluciones que amparan esta posibilidad. Así Auto de 11 de diciembre de 2019 del JMC de Oviedo número 1 (Ponente Ilmo. Sr. MUÑOZ PAREDES, son que conste a fecha de hoy la resolución en la colección del CENDOJ) razona lo siguiente: «Respecto de los (créditos) privilegiados, el único potencial que nos consta sería el hipotecario que recae sobre la vivienda que el concursado tiene en propiedad, pero en régimen de alquiler, que se halla al corriente de pago. Es criterio de este juzgador que la concesión del BEPI no resulta incompatible con el mantenimiento de un bien inmueble en el patrimonio del deudor, sin necesidad de total liquidación, ya disponga del mismo como vivienda habitual, ya como aquí, para alquiler, siempre que: a) se halle la hipoteca al corriente de pago; b) el valor venal del bien sea inferior a la deuda hipotecaria viva. En tal coyuntura, vender el bien a nadie beneficia: ni al deudor, que obviamente pierde el bien; el banco acreedor, que aspira al mantenimiento del contrato de préstamo; ni, en fin, a los acreedores ordinarios o subordinados, que no pueden esperar sobrante.» Dicha resolución ha sido objeto de comentario por el propio ponente en el artículo «El arte de (no) pagar las deudas.» La Ley, ed. digital 21 de febrero de 2020. En dicho artículo se hace igualmente referencia a un Seminario de los Jueces de lo mercantil de Barcelona en cuya duodécima conclusión acordaron que «Se podrá valorar que

tratamiento más benévolo que el código de buenas prácticas sólo si soluciones distintas a la dación en pago no resultan viables, ya que por lo general una reestructuración de la deuda con alguna de las modalidades de quita propuestas serán económicamente más ventajosas que una exoneración del pasivo que implica, como se ha dicho, la pérdida del domicilio.

Así y a nuestro juicio podemos afirmar que el concurso de acreedores no resulta un mecanismo eficaz para combatir las ejecuciones hipotecarias frente a la vivienda habitual de los consumidores con el resultado de que esta continúe en su patrimonio, toda vez que la liquidación concursal acabará con la enajenación de todos los bienes de contenido económico, como sí puede llegar a serlo acudir a la reestructuración de la deuda con base en el código de buenas prácticas bancarias.

Como propuesta entendemos que resulta imprescindible a nuestro juicio establecer un sistema de carácter administrativo que analice los requisitos del solicitante y sus circunstancias y si estas hacen procedente la aplicación del código imponer un término estricto y breve a la entidad adherida para su aplicación, quedando sometido a control judicial en caso de que fuera desestimado para el ciudadano así como su eventual impugnación en caso de concesión para la entidad prestamista. El organismo que debiera conocer de estas solicitudes debería estar integrado de forma paritaria por entidades adheridas al órgano y autoridades administrativas en materia de consumo de las correspondientes Comunidades Autónomas. El procedimiento a seguir debe ser análogo al previsto en la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita, en especial en lo que se refiere a la posibilidad de impugnar sus decisiones ante los Tribunales conforme al art. 20⁷⁴⁶ de dicha norma,

no sea necesario, para acordar la exoneración, que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía.» Más técnico que las anteriores resolución y conclusiones resulta a mi juicio la SAP Barcelona Sección 15ª de 29 de marzo de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:2967 Id CENDOJ: 08019370152019100592) que admite que en aquellos casos en que el valor de la garantía exceda del valor del bien o resulte previsible que la enajenación en ningún caso cubrirá el crédito hipotecario y siempre que el préstamo no se haya dado por vencido y las cuotas se estén abonando puntualmente el juez podrá autorizar, previo traslado al titular del crédito y a los demás acreedores personados, que el bien no salga a subasta. Esta parece ser, afirma MUÑOZ PAREDES, la línea de la Directiva de segunda oportunidad que prevé en su art. 23 la posibilidad de que no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente en concurso.

⁷⁴⁶ «1. Quienes sean titulares de un derecho o de un interés legítimo podrán impugnar las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan, revoquen o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita./ Tal impugnación, para la que no será preceptiva la intervención de abogado, habrá de realizarse por escrito y de forma motivada, en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución o desde que haya sido conocida por cualquiera de los legitimados para interponerla, ante el secretario de la Comisión de

con plazos breves, tiempos de respuesta cortos, mediante resolución judicial dictada en única instancia pero sin efectos de cosa juzgada material para el caso de que varíen las circunstancias o se demuestre la no certeza de las mismas⁷⁴⁷.

III.3.- El concurso de acreedores de la sociedad mercantil en liquidación: tratamiento de la hipoteca inmobiliaria voluntaria y los créditos que garantiza.

Como se ha visto en el capítulo I de la presente Tesis, es una característica esencial en nuestro sistema concursal que los mismos cauces procesales deban ser empleados para obtener una declaración de insolvencia sea el deudor una persona natural o jurídica, desempeñe una actividad productiva o no. Por ello resulta crucial para el análisis de este supuesto poner en consideración las especialidades procesales y sustantivas que se dan en los distintos casos a los efectos de ponderar en relación a los créditos garantizados mediante hipoteca inmobiliaria voluntaria su incidencia en cuanto a la ejecución separada principalmente y en especial en cuanto al plazo de espera para iniciar o reanudar la misma, ya que a salvo de terceros obligados se extinguirá una vez objeto de apremio el bien hipotecado, el crédito total reconocido.

Cuando se trata de personas jurídicas privadas que desarrollan una actividad productiva lo más habitual será hablar de sociedades civiles o mercantiles, constituidas mediante el contrato de sociedad, e inscritas—en su caso—en los registros correspondientes. En estos casos la apertura de la

Asistencia Jurídica Gratuita. Este remitirá el escrito de impugnación, junto con el expediente correspondiente a la resolución impugnada y una certificación de ésta, al juzgado o tribunal competente o al Juez Decano para su reparto, si el procedimiento no se hubiera iniciado./ 2. Recibido el escrito de impugnación y los documentos y certificación a que alude el párrafo anterior, el secretario judicial requerirá a las partes y al Abogado del Estado o al Letrado de la Comunidad Autónoma correspondiente cuando de ella dependa la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, para que en el plazo de cinco días presenten por escrito las alegaciones y pruebas que estimen oportunas./ El juez o tribunal podrá acordar mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, la celebración de una comparecencia si la impugnación no pudiese resolverse con los documentos y pruebas aportados. El secretario judicial señalará día y hora para que tenga lugar dentro de los diez días siguientes./ 3. Recibidas las alegaciones o finalizada la comparecencia, en su caso, el juez o tribunal resolverá sin más trámites mediante auto en el plazo de cinco días, manteniendo o revocando la resolución impugnada, con imposición de una sanción pecuniaria de 30 a 300 euros a quien hubiere promovido la impugnación de manera temeraria o con abuso de derecho./ Contra el auto dictado por el juez o el tribunal no cabrá recurso alguno.»

⁷⁴⁷ Vid. al respecto el art. 19 de la Ley de asistencia jurídica gratuita que establece que la declaración errónea, el falseamiento u ocultación de datos por los solicitantes de asistencia jurídica gratuita, que hayan sido determinantes para el reconocimiento del derecho, darán lugar, en todo caso, previa audiencia del interesado, a su revocación por parte de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, mediante resolución motivada, que, a estos fines, tendrá potestades de revisión de oficio.

liquidación concursal supondrá la disolución de la sociedad si no estuviese previamente acordada, ex art. 413.3 TRLC⁷⁴⁸ lo que conlleva su extinción.

Siguiendo en este punto a ALFARO ÁGUILA-REAL⁷⁴⁹ podemos afirmar que la extinción de la sociedad—que entra dentro de la esfera de lo contractual—y la extinción de la personalidad—cuyo efecto es puramente patrimonial—han de producirse necesariamente, si bien no tienen por qué darse en momentos coetáneos⁷⁵⁰. Así determina el citado autor que cuando una sociedad se disuelve comienza un proceso cuya finalidad es extinguir el patrimonio separado que hasta ahora integraba, con extinción de sus obligaciones y enajenación de sus bienes y derechos, desapareciendo la titularidad colectiva de los socios y de tal punto que —en tanto queden créditos, deudas o bienes por liquidar—no puede afirmarse que el patrimonio separado se haya extinguido, al menos en tanto deban practicarse las operaciones liquidacionales⁷⁵¹. Cuando se trata de sociedades mercantiles o civiles objeto de inscripción, entendemos con ALFARO que la cancelación registral de los asientos de una sociedad no debería suponer un cambio determinante, subsistiendo el patrimonio liquidado⁷⁵². Cancelación registral que además de su oponibilidad por el mero hecho de la

⁷⁴⁸ «Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos a todos los efectos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquellos en representación de la concursada en el procedimiento concursal y en los incidentes en los que sea parte.» Esta premisa padece de la insuficiencia de masa activa suficiente para el pago de los créditos concursales y contra la masa, si bien en supuestos en que se liquide por cuantía superior existiría una conclusión del concurso por pago del pasivo y no tendría por qué extinguirse la personalidad. En este sentido *vid.* GUTIÉRREZ ROBLEDO *op. cit.* págs. 234 y 235.

⁷⁴⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL J. «Disolución y liquidación societaria: la extinción de la personalidad jurídica y la terminación del contrato de sociedad.» Post contenido en el blog *Almacén de Derecho*. Julio 2017. URL <https://almacenederecho.org/disolucion-liquidacion-societaria-la-extincion-la-personalidad-juridica-la-terminacion-del-contrato-sociedad/uridico> (Última consulta marzo 2021)

⁷⁵⁰ Así precisa el citado autor que «La sociedad – el contrato – puede haberse terminado pero el patrimonio separado, subsistir. Si sucede lo contrario, estaríamos ante una sociedad sin patrimonio, esto es, ante la sociedad como mero vínculo (la *societas romana*) o, en terminología moderna, ante una sociedad interna.» ALFARO ÁGUILA-REAL J *op cit.*

⁷⁵¹ En este sentido *vid.* EMBID IRUJO, JM. *Derecho de sociedades de capital*. Marcial Pons, Barcelona 2016, págs. 433 y ss.

⁷⁵² En este sentido la Sentencia del TS del pleno de la Sala de lo Civil de 24 de mayo de 2017 ECLI: ES:TS:2017:1991 (Id. CENDOJ 28079119912017100010) citando a su vez la doctrina de la DGSJFP, en concreto en su Resolución de 14 de diciembre de 2016 «Aunque con carácter general suele afirmarse que las sociedades de capital adquieren su personalidad jurídica con la inscripción de la escritura de constitución y la pierden con la inscripción de la escritura de extinción, esto no es del todo exacto. En el caso de las sociedades de capital, anónimas y limitadas, tanto bajo la actual Ley de Sociedades de Capital, como bajo las anteriores leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución es y era necesaria para adquirir la personalidad jurídica propia del tipo social elegido. En este sentido se expresa el actual art. 33 LSC,

inscripción en el registro mercantil bien del acuerdo disolutorio, bien del testimonio de la resolución judicial dictada al efecto exige una publicidad adicional cual es la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil manteniéndose incluso la personalidad de la sociedad⁷⁵³.

Como puede extraerse de la doctrina de los Tribunales y de la DGSJFP que ha sido objeto de análisis en el capítulo II, resulta crucial catalogar los activos gravados por la constitución de un derecho real de hipoteca inmobiliaria voluntaria dentro del concepto de bien necesario para una actividad, y ello como premisa menor a la hora de discernir si se despliega en su totalidad la esfera de protección frente a la ejecución separada que confiere el TRLC a los bienes necesarios integrados en patrimonios sometidos a concurso, que constituiría la premisa mayor en un silogismo clásico.

Pues bien, en esta clase de personas jurídicas, esto es las que tienen un objeto definido susceptible de englobar bienes gravados con hipotecas voluntarias que puedan ser incardinados en una –o varias– actividades comprendidas en dicho objeto social, la esfera de protección despliega sus efectos durante un término, en ocasiones algo breve, y que a nuestro juicio se antoja a veces incierto

cuando regula los efectos de la inscripción, y antes lo hacía el art. 7.1 LSA. Pero la falta de inscripción de la escritura de constitución no priva de personalidad jurídica a la sociedad, sin perjuicio de cuál sea el régimen legal aplicable en función de si se trata de una sociedad en formación o irregular. En uno y en otro caso, tienen personalidad jurídica, y consiguientemente gozan de capacidad para ser parte conforme al art. 6.1.3º LEC. Sin perjuicio, además, de los supuestos previstos en el art. 6.2 LEC en los que se reconoce capacidad para ser demandadas a «las entidades que, no habiendo cumplido con los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado». Por otra parte, aunque la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica, en cuanto que no puede operar en el mercado como tal, conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación. A estos efectos, relacionados con la liquidación de la sociedad, esta sigue teniendo personalidad, y por ello capacidad para ser parte demandada. En otros términos, empleados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, «después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular» (Resolución de 14 de diciembre de 2016).»

⁷⁵³ En este sentido vid. BATALLER GRAU, J. «La disolución.» incluido en *La liquidación de las sociedades mercantiles*. Dir. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Coord. CAMPUZANO LAGUILLO, A. III ed. València 2016. pág. 85.

para el acreedor⁷⁵⁴ para poder demostrar la viabilidad de la actividad y así soslayar las posibilidades de ejecución separada.

En este punto hemos de destacar una de las cuestiones que más dificultan, a nuestro juicio, establecer un equilibrio entre los intereses de la masa concursal en general y el acreedor hipotecario en particular y es el del término de espera máximo de un año para ejecutar separadamente—plazo que no obstante puede verse reducido por la apertura de la liquidación o la aprobación de un convenio vinculante. Se ha optado por un término cierto independientemente de las circunstancias que permitirá en algunos supuestos llegar a vislumbrar la viabilidad de la empresa, si bien en otros muchos casos y por diversos factores de toda índole—lentitud del proceso, existencia de incidentes concursales de dilatada tramitación, admisión de recursos con efectos suspensivos, principalmente—no lo hará. Por el contrario entendemos que dada la configuración del proceso concursal encontramos un término que, si bien es incierto si es perfectamente computable, que resultaría óptimo para computar la espera del acreedor hipotecario a los efectos de ponderar adecuadamente la viabilidad de la empresa: con el elemento esencial para discernir la viabilidad de la empresa. Nos referimos a la finalización de la fase común, como se apuntó en el capítulo I de la presente Tesis toda vez que es entonces cuando se posee una imagen fiel de la situación económica de la empresa y que permite evaluar fundadamente su viabilidad.

Así es posible que, declarado el concurso, y partiendo de un término razonable fijado en la finalización de la fase común—crucial para determinar el total del activo y el pasivo lo que necesariamente determinará, junto con la posibilidad de generar nuevos recursos, la viabilidad de la empresa—es posible que esta viabilidad quede comprometida por la ejecución aislada de los elementos productivos gravados con hipoteca voluntaria inmobiliaria y se precipite precisamente la falta de viabilidad de la empresa que podría resultar competitiva objetivamente hablando.

⁷⁵⁴ A nuestro juicio se da esta circunstancia así puesto que el lapso del año a que hace referencia el art 148 TRLC puede verse acortado por la aprobación de un convenio que le vincule—con las peculiaridades expuestas en el Capítulo II—al acreedor hipotecario, que supondrá el conocimiento de los acreedores en general —lo que ha de entenderse que se producirá el efectivo conocimiento del acreedor hipotecario—pero también puede verse el referido término concluido por la apertura de la liquidación, que —como se ha analizado en el Capítulo I se produce a instancias de la deudora concursada o de la AC pero sólo para supuestos en que existe cese de actividad acordado judicialmente. Es por ello que una apertura de liquidación a instancias de la concursada dentro del año desde la declaración del concurso puede conllevar la interdicción de la posibilidad de ejecutar separadamente por el acreedor hipotecario.

También es posible que, ante la proximidad del transcurso del plazo del año pueda precipitarse a instancias del deudor o incluso de la AC una apertura de liquidación para evitar, precisamente, esta ejecución separada, ya que la alternativa de asumir la deuda hipotecaria contra la masa que prevé el art. 430.2 TRLC al efecto de regularizar el crédito vencido⁷⁵⁵ raramente es viable económicamente hablando ya que supone la asunción de créditos concursales como créditos contra la masa, detrayendo activos que pueden resultar necesarios para el pago corriente de las obligaciones contraídas con posterioridad a la declaración de concurso y, por tanto, prededucibles, que deben ser asumidas contra la masa.

De la misma manera, resulta llamativo que la limitación del devengo de intereses remuneratorios al límite de la garantía hipotecaria impuesto por el art. 152.2 TRLC del que se ha dado oportuna cuenta en el capítulo II incentiva que se produzca una ejecución singular antes de que dicho límite haya sido rebasado, ya que pese a que se trata de un procedimiento esencialmente sencillo como ha quedado patente en el capítulo I no se han de desdeñar los tiempos en los juzgados y en especial dadas las posibilidades de oposición ordinaria y extraordinaria a la ejecución hipotecaria. No obstante el propio art. 320 TRLC prevé expresamente que cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. Igualmente se desprende del referido artículo que para el caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional, lo que impediría el enriquecimiento injusto del

⁷⁵⁵ Dicho precepto, que a continuación se transcribe, parte de salvaguardar el contrato subyacente mediante su rehabilitación pese al incumplimiento satisfaciendo contra la masa lo adeudado y los nuevos vencimientos hasta el límite del valor de la garantía. «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto se encuentren paralizadas las ejecuciones de garantías reales y el ejercicio de acciones de recuperación asimiladas o subsista la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.» Para el caso de incumplimiento se precisa que el importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda.

deudor en el caso—poco probable—de que los bienes fueran objeto de enajenación por cantidad superior a todos los conceptos de pasivo que debe satisfacer el deudor concursado, ya que pese a que el citado artículo sólo hace referencia a los créditos concursales, deberán satisfacerse igualmente los créditos contra la masa⁷⁵⁶.

Otro elemento a tener en cuenta es que con la diferenciación entre deuda originaria —relevante para la liquidación concursal y para la ejecución separada según las corrientes mayoritarias de las que se ha dado oportuna cuenta en el capítulo II—y el crédito privilegiado especial que supone que una parte no desdeñable del crédito hipotecario pueda ser reconocido como crédito ordinario pueden ser las entidades financieras—como acreedores hipotecarios más frecuentes—las que tengan la llave de aprobar convenios con este crédito ordinario, que en definitiva será saldado con la exacción de los bienes respecto de los que recae la hipoteca voluntaria. Por ello difícilmente supondrá un acicate para apoyar los convenios y ello pese a la posibilidad analizada de la ejecución singular ante el incumplimiento del convenio⁷⁵⁷.

Estos elementos en su conjunto provocan que—ante la posibilidad de que la fase común se pueda prolongar en el tiempo, principalmente debido a la interposición y sustanciación de incidentes concursales impugnatorios de los textos provisionales de informe de la AC—la propia deudora solicite en plazo anterior al transcurso del año la apertura de la liquidación concursal con el fin de evitar la enajenación individualizada de activos, lo que se dará con mayor motivo si éstos se encontraran dentro del perímetro de unidades productivas, cuestión que será objeto de especial tratamiento.

⁷⁵⁶ Así ex art. 429 TRLC según el cual «Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta.»

⁷⁵⁷ Reconocida en el art. 404.2 TRLC.

III.3.1.- Especialidades en el concurso de acreedores de la persona jurídica cuyo objeto social engloba la enajenación de bienes sujetos a hipoteca voluntaria inmobiliaria.

Dada su influencia en el tejido económico y empresarial de nuestra economía; el elevado número de procedimientos de insolvencia respecto de las mismas; y el tratamiento singular de las enajenaciones dentro del concurso de algunos de sus activos resulta imprescindible hacer una especial mención al concurso de acreedores de empresas promotoras, constructoras y comercializadoras de inmuebles, centrándonos como objeto de estudio en personas jurídicas cuyo objeto social⁷⁵⁸ engloba la enajenación de bienes inmuebles, y centrándonos en el supuesto de que dichos inmuebles a enajenar se encuentren gravados con hipoteca.

Así, resulta habitual dentro del tráfico jurídico que tanto con carácter inicial o fundacional, como de manera sobrevenida por modificación –ampliación en la mayoría de los supuestos—del objeto social un buen número de sociedades mercantiles incorporen en el mismo la venta de bienes inmuebles en general, aparejada o no a la promoción, construcción o edificación de dichos activos.

A la dificultad del proceso constructivo como actividad económica hemos de añadir una serie de elementos que incrementan dicha complejidad. En este sentido, SANJUÁN Y MUÑOZ distingue dos aspectos que incrementan respecto de otras actividades su complejidad, como son lo prolijo de la normativa a tratar⁷⁵⁹ y las posibles implicaciones de carácter concursal que se pueden dar, ya que

⁷⁵⁸ El objeto social de una sociedad puede ser definido conforme a lo dispuesto en los arts. 116 CdC y 1665 CC como la actividad o empresa para la que se constituye la sociedad. Dicho objeto, como contrato que es, deberá ser lícito y posible conforme obligan los arts. 1171 y 1172 CC excluyéndose los bienes *extra commercia* pero incluyéndose en términos generales los bienes futuros.

⁷⁵⁹ En este sentido SANJUÁN Y MUÑOZ cita, dejando a un lado la normativa técnica, hasta un total de 23 normas imperativas o cuerpos legales que tienen cabida en el proceso constructivo la mayoría de los cuales desde la publicación de la citada obra a la actualidad han sido derogados o seriamente afectados: el CC, en especial sus Arts. 1124, 1.594 y 1.597; el CdC; la normativa societaria; la normativa hipotecaria; la Ley 57/1967 y la normativa que la desarrolla—hoy derogada y sustituido su régimen por el contemplado en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras; la Orden Ministerial de 6 de mayo de 1988, hoy sustituida por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras; el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su texto vigente dado por Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; el Decreto 2530/1970 por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos; El Estatuto de los Trabajadores, en lo sucesivo EdT, en la actualidad el aprobado por Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia

los diversos intereses de los operadores que concurren gozan de especial protección dentro del concurso. Así el comprador de vivienda deberá situarse como acreedor y dependiendo o no de la continuidad o no de la actividad podrá optar a que le sea entregada la vivienda o ver reconocido su crédito con carácter dinerario⁷⁶⁰; el trabajador que verá afectada su situación laboral en relación a la continuidad empresarial; el contratista y los subcontratistas⁷⁶¹ que estarán al albur de la continuidad o no de las obras iniciadas y que deberá velar por el reconocimiento de sus créditos concursales y la satisfacción de los créditos masa independientes de los anteriores;⁷⁶² y a estos hemos de añadir al financiador, que deberá velar por el reconocimiento de sus créditos concursales, y que en la medida que goce de garantías reales será susceptible en abstracto de acabar siendo el dueño de la obra por lo que deberá velar por la conclusión de la misma.

En estos supuestos—fuera de aquellos procesos productivos que se hagan empleando exclusivamente recursos propios de la sociedad—en los cuales se financie la adquisición de los bienes inmuebles

de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; la Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la actualidad Ley 23/2015, de 21 de julio; la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; el Convenio Colectivo general del sector de la construcción, actualmente el registrado y publicado por Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo; Ley general de las telecomunicaciones, actualmente Ley 9/2014 de 9 de mayo; Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales; Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción; Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción; Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo; Resolución de 11 de abril de 2006, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación y normas de desarrollo; Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios; Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles; Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. SANJUÁN Y MUÑOZ. E *Concurso de acreedores en el sector de la construcción. Promotoras y constructoras. Afectaciones y peculiaridades*. Ed. Tirant lo Blanch. València 2008, págs.43 a 45.

⁷⁶⁰ Crédito que en el ámbito de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras que deroga el régimen de la Ley 57/1968 podrá llegar incluso a ser satisfecho por entidades financieras o aseguradoras que se subrogarán en la posición del comprador dentro del concurso.

⁷⁶¹ Hemos optado por dejar fuera del ámbito de tratamiento de la presente Tesis los supuestos de ejercicio de la acción directa del subcontratista del 1.597 CC en supuestos de concurso del contratista principal por apartarnos del objeto principal de la Tesis. Al respecto *vid.* CAÑIZARES LASO, A. «La acción directa y el concurso de acreedores del contratista.» Capítulo incluido en *Estudios sobre derecho de la edificación*. Dir. CAÑIZARES LASO, A. Ed. Civitas Cizur Menor, 2010, págs. 137 a 168.

⁷⁶² SANJUÁN Y MUÑOZ. E *op. cit.* *Concurso ...* págs. 45 y 46.

cuya venta constituye objeto social—sea mediante la compra del producto ya terminado, sea mediante la actividad de promoción o construcción—con la suscripción de contratos tendentes a obtener capital de un tercero—sea mediante préstamo, sea mediante contrato de crédito, o sea mediante contratos *sui generis*⁷⁶³—y que dichos negocios subyacentes resulten garantizados mediante constitución de hipoteca voluntaria inmobiliaria.

Cuando el objeto social parte de la adquisición de un suelo para desarrollarlo, promover la construcción, edificar y vender el producto concluido es habitual que se realice una primera operación crediticia —denominada usualmente como préstamo para la adquisición de suelo o préstamo suelo—que será objeto de novación por medio de un préstamo o crédito promotor —que irá librando cantidades concretas contra certificaciones de obra—y que a su vez, concluido el producto y producida —en su caso—una división horizontal será objeto de división, pasando de gravar la finca matriz a gravar cada una de las fincas en que la misma se ha dividido.

En supuestos como el que nos ocupa es evidente que el objeto social encarnado en la venta del producto terminado objeto de hipoteca puede verse obstaculizado en la medida que sea de aplicación el régimen previsto en los arts. 209 a 213 y 430 TRLC en general y en especial en cuanto a la realización que debería ser primariamente hecha mediante subasta pública. Otro escollo con el que nos encontraremos será el de la necesaria aquiescencia⁷⁶⁴ del acreedor hipotecario para enajenar el bien siempre que no se salde totalmente la deuda, lo que presume en todo caso que la enajenación deba ser siempre libre de cargas⁷⁶⁵ cuando lo usual en el comercio es transmitir con la carga hipotecaria que será objeto de subrogación, circunstancia que se prevé en el art. 212 TRLC.

⁷⁶³ Incluyendo contratos de permuta en los que el precio o parte de él respecto de la adquisición de suelo se pagará mediante la entrega de bienes inmuebles ya terminados, incluyéndose en estos casos de manera frecuente condiciones resolutorias

⁷⁶⁴ Que de hecho se puede traducir en una posibilidad de veto, *ex* arts. 209.2 y 210.2 TRLC como herederos del art. 155.4 LECO en su párrafo segundo.

⁷⁶⁵ Por el contrario el art. 214 TRLC prevé que si se trata de bienes incluidos en establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto se puedan transmitir con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. Se impone no obstante la obligación —ciertamente difícil de reglar—de que el juez vele por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.

Igualmente, y a diferencia de otras actividades productivas en las que los bienes necesarios serán aquellos que sirvan para la producción de bienes o prestación de servicios susceptibles de generar actividad económica, en estos supuestos los bienes producidos en si son los gravados mediante la hipoteca voluntaria inmobiliaria y deben ser—por su naturaleza—enajenados para cumplir el objeto social que no es otro que lograr la transmisión del producto objeto de la actividad de la promoción, construcción o edificación.

Reviste en sí el producto concluido tras la transformación operada por las actividades la promoción, edificación o construcción el carácter de existencias y no de inmovilizado material o de inversiones inmobiliarias, siguiendo en este punto a MUÑOZ JIMÉNEZ⁷⁶⁶ y su, a nuestro juicio, muy acertada proposición de un balance concursal ajustado a las normas contables y concursales. Por lo que imponer las mismas reglas que las previstas para la enajenación de las referidas inversiones inmobiliarias o inmovilizado material resulta a nuestro juicio ineficaz—sea obteniendo autorizaciones judiciales *ad hoc* para enajenar cada producto terminado, como procediendo a la venta de las existencias por subasta—y, en nuestra opinión, antieconómico.

Resulta ineficaz porque tanto la obtención de una autorización judicial por los trámites del art. 155.3 LECO antes transcrito al pie exige autorización expresa previa audiencia a los interesados – que podrán llegar a serlo la totalidad de los acreedores o, al menos el o los acreedores privilegiado—y a instancias de la AC independientemente de si nos hallamos ante una sustitución de facultades o una mera intervención, lo que hace que el trámite y los tiempo de resolución no estén ajustados a la volatilidad del mercado inmobiliario. Como tampoco lo estarían en el caso de subasta que—salvo que se arbitraran subastas privadas de mayor celeridad—los trámites que contemplan la LEC o la LJVol no son breves. Resulta asimismo a nuestro juicio antieconómico puesto que pese a que pueda obtenerse una gran difusión, se pierde el *know how* de la propia deudora cuyo objeto social sería suplantado por trámites procesales por lo que difícilmente el precio obtenido será superior. Por tanto y ante la falta de previsión expresa de mecanismo legal se imponen autorizaciones genéricas o de marco respecto de las existencias, a este respecto la

⁷⁶⁶ MUÑOZ JIMÉNEZ, JM. *Fiscalidad y contabilidad del concurso de acreedores*. Ed. Sepín. Madrid 2018. págs. 80 y 81.

autorización general dictada por Auto de 18 de noviembre de 2009⁷⁶⁷ del JMC número 1 de Málaga –ponente Ilmo. Sr. D. Antonio FUENTES BUJALANCE—en sede del procedimiento concursal 947/2009 cuya deudora es una importante empresa promotora.

Otra importante consecuencia de considerar existencias al producto terminado en la actividad de promoción, construcción o edificación será el de considerar siempre dichos bienes como necesarios para la actividad, si bien el TRLC carece de otro trámite que el descrito en el Capítulo I de la presente Tesis de la declaración de necesidad, por lo que deberá ser en cada caso el Juez del concurso el que lo determine, previas las audiencias necesarias y a instancias de parte legitimada dicho carácter.

Así y a modo de recapitulación en la casuística descrita, puede darse el supuesto que la adquisición del producto terminado se verifique –sea mediante autorización judicial específica o genérica o mediante subasta—con cancelación de las cargas hipotecarias –sea porque el comprador lo ha financiado con recursos propios, sea porque lo va a hacer con recursos ajenos pero que no precisen subrogación en la hipoteca constituida—o mediante subrogación en la hipoteca constituida, en todo

⁷⁶⁷ ECLI: ES:JMMA:2009:70A (Id. CENDOJ 29067470012009200007) Razona el último párrafo del fundamento jurídico primero de la meritada resolución que «(...) bajo la idea expuesta, y ciñéndonos a la concreta petición que aquí nos ocupa, no sería necesario que este juzgador autorizase a la administración concursal a realizar lo que esta solicita, pues que una promotora venda inmuebles no puede ser más del objeto social de la concursada, no obstante, pues lo que abunda no daña, se otorgará dicha autorización, debiéndose no obstante advertir que esta autorización no supone ni mucho menos una "cláusula de inimputabilidad" a favor de la administración concursal ante actuaciones desviadas de lo que le es exigible, ya que simplemente se trata de un refrendo protocolario, perfectamente prescindible, debiéndose por otro lado destacarse, que desde luego, las imposiciones de terceros en cuanto a la necesidad de la autorización judicial para concluir determinadas operaciones, no pueden modificar por la vía de hecho una posibilidad legal, sin perjuicio de que para no perjudicar precisamente la actividad empresarial este titular decida otorgar el refrendo, autorización, convalidación, o como quiera denominarse, repito, absolutamente innecesaria.» Para establecer una serie de patrones según los cuales en su parte dispositiva concluye autorizando de manera general a la administración concursal para que pueda otorgar escrituras públicas de venta respecto de los inmuebles que previamente hayan sido objeto de venta mediante contrato privado, para lo cual la administración podrá designar, al objeto de facilitar la actividad de la misma, uno sólo de sus miembros para que realice las operaciones escriturales necesarias, sin que ello suponga una mayor retribución. Se precisa igualmente que el otorgamiento de las escrituras deberá contar inexorablemente con la autorización escrita de todos los acreedores con privilegio especial sobre los bienes objeto de escritura.

o en parte, que subsistiría mediante una novación subjetiva y, en caso de alteración de circunstancias, objetiva⁷⁶⁸.

III.3.2.- Especialidades en supuestos de enajenación de unidades productivas: tratamiento jurisprudencial.

Hasta aquí se ha tratado la enajenación unitaria de activos gravados con hipoteca inmobiliaria bien de manera aislada, bien a través de la formación de lotes homogéneos. Ello no obstante resulta habitual en sede concursal la enajenación de elementos no homogéneos entendiendo por tales aquellos que poseen naturaleza distinta y concurriendo los que se encuentran sometidos a garantías reales con otros que no lo están, teniendo todos ellos como elemento común la integración de los mismos en una unidad productiva.

Esta posibilidad de enajenación de unidades productivas incide directamente con la existencia de bienes gravados con hipoteca inmobiliaria voluntaria por cuanto que en el precio alzado por el que se transmitirá la unidad productiva deberá fijarse la cuota que supondrán los elementos gravados respecto del resto a los efectos de percepción del precio y, como veremos a continuación, las posibilidades de que la conducta favorable de algunos acreedores privilegiados especiales pueda suponer la privación de derechos de veto respecto de los minoritarios en la misma calificación y clasificación.

Al contrario de otros conceptos que el TRLC contempla pero no define, podemos extraer una somera definición de qué haya de entenderse por unidad productiva al amparo de lo contenido en el art. 200.2 TRLC que indica que ha de considerarse unidad productiva el *«el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria.»*

⁷⁶⁸ Circunstancia que a nuestro juicio tiene más difícil encaje cuando se trata de una subasta judicial la que propicia la transmisión, puesto que pese a que pueda —en aplicación supletoria del art. 666 LEC— detraerse el importe de la carga, el decreto de adjudicación que se dicte no podrá hacer otra cosa que dar líneas maestras para la novación hipotecaria.

Esta definición debe ponerse en consideración por sus implicaciones laborales con la contenida en el art. 44 del EdT en sede de sucesión de empresas que tiene un tenor literal análogo, hablándose de que se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad.

En este sentido, el Auto de 13 de junio de 2017 del JMC número 2 Pontevedra⁷⁶⁹ ha hecho hincapié en la necesidad de que existan trabajadores que cimenten la unidad productiva, transmitiéndose elementos patrimoniales y organizativos que la hagan susceptible de aprovechamiento económico. Así en el razonamiento primero hace la ponente, Ilma. Sra. D^a Nuria FACHAL NOGUER un, a nuestro juicio, un muy exhaustivo compendio de la doctrina y jurisprudencia imperante en la materia:

«El artículo 44.2 ET, al regular los efectos de la sucesión de empresa, dispone que se entiende por unidad productiva “la entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”. El concepto resulta coincidente con el plasmado a nivel comunitario en el artículo 1.1.b de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o centros de actividad. En desarrollo del artículo 44 ET, la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (STS de 3 de diciembre de 2013, AS 2014/365) ha mantenido que para estimar la sucesión entre empresas “no basta con el hecho de que los trabajadores de una entidad empresarial pasen a prestar servicios a otra compañía diferente, pues es todo punto necesario además que se haya producido la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación” (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4224), citada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 2 de febrero de 2.012 (JUR 2012, 120228)).»

Fijado el concepto, entiende la citada juzgadora que no cabe confundir la transmisión de unidades productivas con una venta en globo o transmisión unitaria de los elementos que estuvieron afectos a

⁷⁶⁹ Ponente Ilma. Sra. D^a Nuria FACHAL NOGUER. A fecha de diciembre de 2020, no se halla incorporada esta resolución en la base de datos del CENDOJ.

la actividad, precisando que en el primer caso se exigen trabajadores que den continuidad a la actividad económica, mientras que en el segundo nos hallaríamos ante una venta conjunta de determinados activos, pero que no es apta para la actividad productiva⁷⁷⁰. Entra a continuación la citada juzgadora a verificar un minucioso análisis de la jurisprudencia imperante⁷⁷¹ concluyendo, como apuntábamos anteriormente que para que opere la sucesión de empresa es requisito previo que la unidad productiva transmitida sea susceptible de aprovechamiento económico, circunstancia que exige la transmisión de elementos patrimoniales y organizativos precisos para la continuidad de la empresa⁷⁷².

Así y como conclusión y evitando prácticas que pudieran bordear el fraude de ley entendemos que pueden enajenarse elementos de una unidad productiva extinta, de manera global o por lotes, sin que esto deba considerarse venta de unidad productiva y sin que lleve aparejadas para el adquirente las consecuencias implícitas de la sucesión de empresas, con la consiguiente transmisión de deudas

⁷⁷⁰ Cita a continuación la Sra. Magistrada a la doctrina mayoritaria en concreto RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI E. «Transmisión concursal de unidad productiva, continuidad y existencia de trabajadores.» *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2016. Concluye el citado autor que «(S)i la empresa o unidad productiva no está en funcionamiento, -circunstancia que requiere la existencia de masa laboral-, el régimen jurídico a aplicar no será el de transmisión de empresas o unidades productivas, sino la enajenación de elementos del activo realizada de forma individual, por lotes, o en globalidad.» A nuestro juicio habrá de estarse a la casuística concreta y huyendo de circunstancias que podrían amparar un fraude de ley.

⁷⁷¹ Fº Jº Primero Auto JM Pontevedra número 2, de 13 de junio de 2017 «También la jurisprudencia que interpreta el concepto unidad productiva del artículo 44.2 ET exige la existencia de trabajadores. La STS, Sala 4ª, 5 de marzo de 2013, rec. 3984/2011, RJ 2013/3649], explica en el FJ 4º, que “en cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial: 1) el objeto de la transmisión ha de ser “un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”; 2) dicho objeto “no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial” reduciéndose “en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia” a su mínima expresión”, en tanto en cuanto “la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra”; 3) de lo anterior se desprende que “un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción”; 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa “si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y este asuma un número importante de trabajadores del anterior”; 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida “continúe efectivamente” o que luego “se reanude””. Así lo reiteran las STS de la Sala 4ª de 9 diciembre 2014, rec. 109/2014, y 12 marzo 2015, rec. 1480/2014, enfatizando alguna que es posible que en sectores en que la mano de obra es lo esencial, la simple transmisión de ésta ya supone sucesión (STS Sala 4a 27 abril 2015, rec. 348/2014).»

⁷⁷² En un sentido semejante, ROMERO GARCÍA-MORA, G. «Transmisión de unidades productivas dentro del concurso. En particular la sucesión de empresa a efectos de la seguridad social.» Capítulo incluido en la obra colectiva *Prevención de riesgos e insolvencia de la PYME*. Dir. MARTÍN MOLINA, P. Ed. Fe d'Erratas. Segunda ed. Madrid 2017, págs. 412 a 415.

de naturaleza laboral y pública que sí serían insoslayables en la enajenación como unidad productiva por aplicación de las reglas legales.

En cuanto al momento en el que puede producirse la enajenación de las unidades productivas dentro del concurso—como se ha detallado en el capítulo I de la presente Tesis—el proceso concursal atraviesa por distintas fases que responden a finalidades distintas, según la previsión del legislador. Así entendemos que la fase común tiene por objeto delimitar el patrimonio del deudor mediante la determinación exacta de la masa activa y pasiva al momento de declaración de concurso, por lo que responde a fines conservativos; la fase de convenio persigue la continuación de la actividad haciendo al misma viable desde el punto de vista económico asumiendo los acreedores quitas y espera, por lo que igualmente responderá a la función conservativa; y clásicamente la liquidación — que puede coexistir con la fase común—respondía a la necesidad de enajenar la totalidad del patrimonio del deudor pagando con dicha venta los créditos de los acreedores, sin que hubiera otra actividad económica que la mera enajenación, y respondiendo a una finalidad estrictamente solutoria. Sin embargo, las reformas acaecidas a partir del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre y posterior Ley 9/15 han propiciado que durante la fase de liquidación pueda darse lugar a la continuación de la actividad aun cuando sea a los meros efectos de que la transmisión de la unidad productiva. Venta de la unidad productiva que incluso podrá producirse en momentos distintos a la liquidación, como ahora veremos.

Como antecedente necesario al actual régimen hemos de partir de un análisis somero de lo que disponía al efecto la derogada LECO. Siguiendo en este punto lo dispuesto por Auto de 31 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra⁷⁷³, distinguíamos tres momentos procesales en los que podrá enajenarse una unidad productiva dentro del concurso de acreedores. En primer lugar, podía resultar procedente la enajenación de unidades productivas durante la fase común, por vía del art. 43.2 LECO que tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre introdujo una remisión expresa al régimen de los arts. 146 *bis* y 149 de la entonces vigente LECO en su párrafo cuarto. En segundo lugar, sostiene la ponente de la referida resolución que también podrá enajenarse una unidad productiva por vía de convenio, es decir, mediante la

⁷⁷³ Ponente Ilma. Sra. FACHAL NOGUER. A fecha de diciembre de 2020 no se halla incorporada esta resolución en la base de datos del CENDOJ.

aprobación de los llamados convenios de continuación en los cuales la finalidad es la continuidad del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, bien sea por el propio concursado o por un tercero (convenio de asunción). Así el art. 100.2 LECO entonces vigente en sus dos últimos párrafos incluidos por el número 8 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Y por último, en lo que cuantitativamente será lo más frecuente, podrá enajenarse una unidad productiva por vía liquidación, es decir, cuando la transmisión de la empresa o de la unidad productiva se efectúa en la fase de liquidación del concurso. En esencia los tres momentos procesales conducían a un homogéneo régimen que como veremos se traduce en la aplicación inexorable de los arts. 146 *bis* y 149 LECO en su redacción ya derogada dada por el número 3 del apartado dos del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y por el número 5 del apartado dos del artículo único del citado cuerpo legal.

En la actualidad el TRLC ha cambiado de sistemática y realizado alguna puntualización incorporando tendencias jurisprudenciales⁷⁷⁴ al texto objeto de refundición. Así la subsección tercera incluida dentro del Capítulo III del Título I del TRLC que tiene por objeto regular la conservación de la masa activa del concurso lleva por título *De las especialidades de la enajenación de unidades productivas* teniendo como vocación su aplicación a cualquier momento

⁷⁷⁴ Como puede apreciarse en la sucesión de empresas según dispone el art. 221.2 TRLC que establece, renglón seguido al axioma general que establece que en caso de enajenación de una unidad productiva se ha de considerar, a los efectos laborales y de seguridad social que existe sucesión de empresa, que el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa habrá de ser el juez del concurso. En este sentido vid. PÉREZ BENÍTEZ, J. «La venta de unidades productivas en el concurso en la nueva regulación del Texto Refundido de la Ley Concursal: la sucesión de empresa.» *Boletín Mercantil de Lefebvre*, diciembre 2020. Dicho autor concluye que el actual régimen «(M)odifica notablemente el panorama existente en estos dos aspectos fundamentales: a) atribuye expresamente a la justicia mercantil la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa; y b) limita en tal caso los efectos de la subrogación en los créditos laborales y de Seguridad Social a los devengados por los trabajadores que continúen prestando sus servicios en la empresa (art. 224.3). Pero las dudas subsisten, y preguntamos a nuestros expertos el alcance de la nueva regulación: ¿la competencia del juez del concurso es absoluta o simplemente prejudicial?, ¿se ha optado por seguir la “teoría del perímetro” a todo evento?, ¿estamos ante un supuesto de ultra vires, que pueda resultar desconocido por la jurisdicción social o por las autoridades laborales o administrativas? En los comentarios que siguen podrá hallarse puntos de vista fundados sobre todas estas cuestiones, con el esfuerzo sincero de arrojar luz en la interpretación de las nuevas normas, particularmente necesario en tiempos en los que ya se percibe en el horizonte la polvareda de una nueva reforma de las normas reformadoras.»

procesal del concurso, simplificando las remisiones⁷⁷⁵ de la legislación derogada y que incluye los arts. 215 a 224 TRLC.

Hemos de partir necesariamente de la fijación de lo que el legislador ha definido como perímetro de la unidad productiva⁷⁷⁶. Por su propia naturaleza y salvo casos puntuales estandarizados (franquicias y establecimientos de poca complejidad, principalmente) la determinación del perímetro de las unidades productivas responde a una casuística casi única para cada unidad. Sin embargo es necesario seguir una sistemática para poder delimitar el mismo sin englobar elementos prescindibles y sin dejar atrás otros que en un primer momento han podido pasar desapercibidos. Siguiendo en este punto el primero de los criterios del los «*Acuerdos de los Jueces de lo mercantil y Secretarios Judiciales de Catalunya, seminario de 3 de julio de 2014*» se han de tomar en cuenta los siguientes factores:

- Identificación del establecimiento o establecimientos donde se realiza la actividad empresarial con expresión de si es de propiedad de la empresa, adjuntándose nota registral con las cargas existentes actualizadas. En el supuesto de que se hallase en situación arrendaticia se ha de identificar la parte arrendadora, precio mensual, duración del mismo y si la parte arrendadora ha manifestado su consentimiento a la continuación empresarial con el nuevo adquirente o si existe una oferta firme con las condiciones que se hayan establecido.

⁷⁷⁵ Aun cuando el art. 324.2 TRLC en supuestos de convenio continúa conteniendo tal remisión genérica.

⁷⁷⁶ Perímetro de la unidad productiva que podrá estar grabado con garantías reales en todo o en parte. La principal dificultad estriba en aquellos supuestos donde una parte se encuentra grabada, como puede serlo el lugar donde se realiza la actividad con una hipoteca inmobiliaria voluntaria, y el resto de los elementos no lo están según los textos provisionales y definitivos de informe. En estos casos no se ha de olvidar que la hipoteca se extiende a los bienes muebles y demás elementos a que se refieren los arts. 109 a 113 LH así como el art. 1877 CC, inclusive accesiones y mejoras, excepción hecha de aquellos que necesitan pacto expreso, tales como nuevas agregaciones de terreno voluntarias –distintas a las accesiones naturales– nuevas edificaciones y en especial lo que lleva a conflictos en esta delimitación las excepciones del art. 111 LH consistentes en objetos muebles destinados a industria u ornamento en la finca; frutos cualquiera que sea su situación; y rentas. Ello es así porque se suelen incluir cláusulas generales vagas que no tienen en cuenta la finalidad que la reforma hipotecaria de 1909 que hace reinterpretar el tenor literal del 1877 CC en el sentido de precisar pacto expreso para fomentar el crédito permitiendo pignoraciones de dichos elementos. En este sentido vid. GARCÍA GARCÍA, JM *op cit.* Tomo II, pág. 1911. Igualmente LLOPIS GINER, JM *op. cit.* págs.1334 a 1338.

- Adecuación de la Unidad Productiva a la normativa vigente. (Licencia de Actividad, requisitos medioambientales, normativa urbanística, etc.)
- Identificación del número de puestos de trabajo, categoría, antigüedad, y relación de salarios anuales brutos. En el supuesto de que se hubieran realizado negociaciones con los representantes de los trabajadores se adjuntará en su caso la conformidad de los mismos a la oferta realizada.
- Identificación de los contratos de Leasing y Renting de la empresa, que estuvieran en vigor y fueren necesarios para continuar con la actividad empresarial, con identificación de las partes y en su caso voto positivo a la oferta de compra realizada⁷⁷⁷.
- Identificación exhaustiva de los activos intangibles y ello para evitar futuros procedimientos judiciales entre el nuevo adquirente de la empresa y en su caso los legítimos titulares, en la identificación de la unidad productiva es necesario la identificación de las invenciones (patentes y modelos de utilidad), los signos distintivos (marca y nombre comercial) y el diseño industrial.

Fijado qué ha de entenderse por el perímetro de la unidad productiva, cabe preguntarse dónde se ha de fijar el mismo y cuantificar su importe. Volviendo a los anteriores criterios se han de tener en cuenta una serie de datos económicos, principalmente el importe de las ventas de los tres últimos ejercicios; el importe total del activo y pasivo; y el llamado EBITDA⁷⁷⁸—indicador financiero que halla el beneficio bruto de explotación calculado antes de la deducibilidad de los gastos financieros.

⁷⁷⁷ Respecto de la posibilidad de resolver los contratos en el marco del concurso de acreedores y los específicos efectos de la resolución según se trate de contratos con obligaciones recíprocas o no *vid.* CAÑIZARES LASO, A. «La resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso de acreedores.» Capítulo incluido en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*. Dir. BOSH CAPDEVILLA, E. Ed. Bosh, L'Hospitalet de Llobregat, 2012. Puede darse el caso que llegado al momento procesal en que se transmita la unidad productiva haya habido una resolución por incumplimiento de los contratos que hayan de incluirse en la unidad productiva, contratos que a nuestro juicio no podrían rehabilitarse sin la voluntad coincidente de todos los obligados. Es por ello por lo que, al exigirse resolución judicial dentro del concurso para acordar la resolución del contrato y al tener acción tanto el concursado como la AC para instar la conservación del contrato conforme al art. 164 TRLC. *Op cit.* pág. 298.

⁷⁷⁸ Acrónimo de *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization* (beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones).

En este punto resulta esencial asignar valores porcentuales a cada uno de los elementos incluidos, especialmente aquellos que se encuentran gravados con garantías reales o con contratos con un elemento real que pueden llevar aparejado el reconocimiento de créditos con privilegios especiales, identificando los mismos y el valor de la garantía. De tal forma que quede de una manera transparente delimitado cuál es la participación de los elementos gravados respecto de los elementos libres de cargas y hasta dónde responden cada uno de los primeros.

En cuanto al documento procesal y al momento en que debe ser delimitado y cuantificado el avalúo de la unidad productiva, sin perjuicio de que pudiera hacerse de una manera muy temprana en los concursos abreviados en el inventario de la masa activa que debe ser puesto de manifiesto dentro de los quince días a computar desde la aceptación del cargo del administrador concursal⁷⁷⁹, deberá ser sin duda en los textos provisionales de informe. Así el art. 293.2 TRLC incluye como parte imprescindible del mismo la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación. Este precepto fue introducido en la redacción del derogado art. 75 LECO y resulta de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se hubieran presentado los textos definitivos del informe con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre según su disposición transitoria primera—esto es el día 7 del mismo mes y año—cuyo tenor es semejante a la disposición transitoria 1.2 de la Ley 9/2015, en vigor desde el 27 de mayo de 2015.

En aquellos concursos de acreedores en los que por fecha no resultaba obligatorio contener la delimitación del perímetro y valoración de la unidad productiva como tal, entendemos que deberá ser fijado bien en el plan de liquidación —si este no se hubiera puesto de manifiesto, o modificando el mismo con las mismas reglas de transparencia—bien por medio de una autorización de venta *ad hoc*.

La posible impugnación que los acreedores o el propio deudor pudieran hacer de la delimitación del perímetro de la unidad productiva y de su valoración deberá ser hecha por la vía del incidente concursal *ex art. 298 TRLC* que da este cauce procesal para impugnar el inventario de la masa

⁷⁷⁹ *Ex art. 525.1 TRLC «El administrador concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo.»* Resulta difícil, a nuestro juicio, desde el punto de vista práctico y entendemos que excede de la exigencia legal compeler necesariamente a la delimitación del perímetro de una unidad productiva y a su completo avalúo.

activa precisando que *«la impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos.»*

Como se ha dicho anteriormente, toda enajenación de unidad productiva –sea cual sea la fase procesal en que nos encontremos—pasa necesariamente por la aplicación del régimen establecido por los arts. 214 y 215 a 224 TRLC que reemplazan el escueto régimen de la derogada LECO, del que se pasará a analizar las circunstancias que a nuestro juicio inciden directamente

En primer lugar y en cuanto a las implicaciones que para terceros pudiera haber, el art 222 TRLC prevé en consonancia con los apartados primero y segundo del derogado art 146 bis LECO la cesión en bloque de derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la actividad –integrados en el perímetro podríamos decir—cuya resolución no hubiera sido solicitada, sin precisar el consentimiento de la otra parte, excepción hecha de los contratos administrativos que tendrán el régimen que prevé el art. 226 de la Ley de Contratos del sector Público (en lo sucesivo, LCSP). En cuanto a las licencias y autorizaciones no obstante, sí se ceden siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones y salvo lo dispuesto en el art. 223 TRLC que permite la no subrogación del adquirente respecto de aquellas licencias, autorizaciones o contratos no laborales respecto de los que hubiera manifestado su voluntad de no subrogarse.

En segundo lugar el art 221 TRLC y de manera necesaria se ha de considerar que habrá sucesión de empresas en los términos que establece el art. 44 del EdT, si bien y en lo que supone una novedad⁷⁸⁰ respecto del régimen anterior se otorga competencia al juez del concurso para declarar la sucesión de empresa, sucesión que sólo procederá en supuestos en los que existan trabajadores.

Por último se ha de precisar que conforme dispone el art. 224 TRLC la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto para el caso

⁷⁸⁰ Vid. MUÑOZ PAREDES, JM y DÍAZ LLAVONA, C. Comentario a los arts. 215 a 225 TRLC incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Tomo II págs. 208 y 209. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

de subsistencia de gravámenes, quebrando este principio en el supuesto de que nos encontremos ante personas especialmente relacionadas.

Partiendo de estos principios rectores podremos diseñar un mecanismo eficaz para enajenar, mecanismo en el que se podrá valorar tanto la subasta como la venta directa o la realización por persona o entidad especializada, con las peculiaridades que ahora diremos.

El sistema enajenatorio primario que prevé el art. 215 TRLC para las unidades productivas será el de la pública subasta, incluyendo la judicial, la extrajudicial o la electrónica y clarificando así el régimen del art. 149.1.1ª LECO que no especificaba qué había de entenderse por tal. Dentro de estas posibilidades encontramos los siguientes cauces admisibles:

Sin ningún lugar a dudas se ha de incluir de manera necesaria la subasta judicial ejecutiva electrónica, entendiendo por tal la regulada en la LEC; la subasta judicial voluntaria electrónica regulada en la LJVol; y la subasta notarial voluntaria electrónica introducida en la Ley del Notariado por la misma norma que la anterior. Estas tres modalidades de subasta –que comparten el portal del BOE en su publicidad y funcionamiento—van a suponer un despliegue pleno de potencialidades y permiten la venta de cualquier unidad productiva, si bien con la limitación de la cantidad de información que puede albergar el portal y con la peculiaridad de que no pueda establecerse otro criterio que el precio obtenido.

En un segundo grupo, que entendemos ajustado a la letra y al espíritu de la norma siempre que se dote de publicidad, transparencia y seguridad jurídica análoga a las anteriores nos encontramos ante las subasta privadas incluyendo las subastas realizadas por subastas de entidades especializadas. En especial estas últimas deben ser consideradas como subasta a todos los efectos cuando se invoque el art. 110 de la LJVol⁷⁸¹ que permite que la subasta privada pueda ser realizada por medio de entidad especializada, soslayando el portal del BOE.

⁷⁸¹ «En la solicitud podrá pedirse al Letrado de la administración de justicia que acuerde la venta del bien o derecho por persona o entidad especializada. De estimarse procedente, el Letrado de la administración de justicia acordará dicha venta con sujeción a lo establecido en el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto sea compatible con las disposiciones de este Título.»

Por último el establecimiento de reglas que incluyan una suerte de judicial *sui generis* fuera de la operativa del portal del BOE, que entendemos que debe estar también incluido dada la mención expresa a las subastas extrajudiciales que el art. 215 TRLC contiene.

En defecto de subasta o si así se acuerda en cualquier momento por el Juez del concurso, el art. 216 TRLC dispone que procederá la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada, por el trámite previsto para las autorizaciones judiciales y mediante auto frente al que no cabe recurso.

En cualquiera de estos supuestos —sea subasta pública o venta directa, incluyendo la entidad especializada a nuestro juicio— el art. 217 TRLC establece que se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, que deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva, así como la información contenida en el art. 218 TRLC, si bien en supuestos complejos pueden resultar estos requisitos de difícil encaje en interfaz del portal de subastas del BOE:

- a) Identificación del oferente, información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición.
- b) Designación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta.
- c) Precio ofrecido, modalidades de pago y garantías aportadas. En caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías.
- d) Incidencia de la oferta sobre los trabajadores.

Cumplidos estos requisitos queda determinar a qué licitado ha de venderse la unidad enajenada. Nos encontraremos con tres parámetros fundamentales, contemplados en la norma imperativa, que serán el del precio; el del análisis de la solvencia del adquirente; y el de la protección de los trabajadores y acreedores. El parámetro del precio es claro, ya que es evidente que a mayor precio mejor

satisfacción de los créditos. Sin embargo este parámetro primario se modifica por los otros dos ya que en el caso de que exista una transmisión con subsistencia de cargas el art. 214.2ª TRLC impone al Juez del concurso una responsabilidad in vigilando respecto de la solvencia del adquirente: «*El juez velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.*» Por último encontramos el parámetro de la protección de los trabajadores y acreedores a contemplar en supuestos de subasta⁷⁸² que dispone el art. 219 TRLC: «*En caso de subasta, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores.*» Con estos tres elementos de juicio deberá el Juez del concurso determinar a quién se enajena la unidad productiva por medio de Auto y sin ulterior recurso. En este sentido resulta enriquecedor y reciente el Auto de 10 de noviembre de 2020 del JMC número 2 Pontevedra⁷⁸³ en el que se trata la adquisición de una unidad productiva con subsistencia de gravamen hipotecario y cancelación de cargas anteriores.

En cuanto al destino de las cantidades percibidas el art. 214 TRLC distingue entre dos grandes supuestos, según si se hubiera hecho la enajenación con o sin subsistencia de garantías, principalmente hipotecarias:

- a) Si se hubiera acordado una transmisión sin subsistencia de garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global: Si el

⁷⁸² MUÑOZ PAREDES y DÍAZ LLAVONA plantean dos posibles interpretaciones a esta limitación de que haya de operar este elemento de juicio para supuestos de subasta, una amplia que deba aplicarse a medios concurrenciales incluso la realización por persona especializada y otra estricta que deba ser subasta en cualquiera de sus modalidades, abogando por esta interpretación estricta. MUÑOZ PAREDES y DÍAZ LLAVONA *op cit.* Tomo II pág.194.

⁷⁸³ ECLI: ES:JMPO:2020:66A (Id. CENDOJ 36038470022020200003). En su fundamento jurídico primero valora que la AC se ha decantado por una oferta concreta porque implica una garantía de continuidad de la empresa, mediante la realización de una inversión a considerar, que ha sido garantizada mediante aval bancario, y supone la conservación inicial de la plantilla actual de trabajadores de la concursada.

precio es inferior a la garantía se exige la conformidad expresa⁷⁸⁴ de los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada⁷⁸⁵, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, con el consiguiente reconocimiento de lo no cubierto como crédito concursal según proceda. Por el contrario, si el precio fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

b) Si se transmitiesen con subsistencia de la garantía, operará una subrogación en la con la mencionada posición de garante respecto de la solvencia del Juez del concurso⁷⁸⁶ y sin que resulte preceptivo el consentimiento del acreedor privilegiado.

Todo ello salvo cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social dotados de garantías reales, en este caso de hipotecas unilaterales convencionales o de hipotecas legales, que no quedarían afectados por la norma transcrita.

Recientemente el TS se ha pronunciado en STS de 29 de diciembre de 2020⁷⁸⁷ respecto de la posibilidad de que, afectada la calificación de un crédito inicialmente no reconocido como privilegiado especial, pero sí con posterioridad sea necesario recabar la conformidad de dicho acreedor. En este sentido establece que aunque el reconocimiento final del privilegio especial se hubiera realizado con posterioridad a la adquisición de la unidad productiva, resulta oponible al adquirente en cuanto que su adquisición no podía realizarse sin subsistencia de las garantías si no se cumplía la exigencia del consentimiento de los acreedores pignoraticios a los que se refiere el supuesto concreto, hecho que podemos extrapolar a los hipotecarios en el caso de la presente Tesis ya que idéntica naturaleza tienen.

⁷⁸⁴ Este derecho de veto es algo menos estricto que el que reconocía el art. 155.4 LECO, pero puede y debe ser objeto de calificación por los registros de la propiedad en su caso, como se deduce de la STS de la Sala I de 21 de noviembre de 2017. En este sentido VILLATA MENADAS *op. cit.* Tomo II págs. 160 y 161.

⁷⁸⁵ No precisa la LECO qué haya de entenderse por tales, puesto que llegados a la apertura de la liquidación los acreedores que no hubiesen hecho uso de su derecho a ejecutar separadamente lo pierden, como fue objeto de análisis en el capítulo I de la presente Tesis.

⁷⁸⁶ Sin que precise medios que haya de valerse. Entendemos que como mínimo resultaría preceptivo un informe de solvencia propiciado por la propia AC, así como emplear los medios al alcance del juzgado a través de acordar una investigación patrimonial completa de la adquirente.

⁷⁸⁷ STS de 29 de diciembre de 2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:2020:4406 (Id. CENDOJ: 28079110012020100657.)

A nuestro juicio el principal elemento que ha de incidir en la enajenación de unidades productivas respecto de las cuales parte de sus elementos estén gravados con hipoteca inmobiliaria voluntaria será la determinación de unos valores ponderados acordes en cuanto al resto de los elementos que delimiten el perímetro de las mismas, habida especial cuenta las normas imperativas en relación a la extensión objetiva de la hipoteca en relación a los elementos que se entienden incluidos por ministerio del art. 110 LH como aquellos que convencionalmente pueden añadirse a resultados de pacto expreso tal y como preceptúa el art. 111 LH, en especial los elementos que no pueden deslindarse sin menoscabo y que debe hacerse extensiva la hipoteca inmobiliaria respecto de los mismos. Igualmente se debe procurar que la delimitación del perímetro en relación a materias primas cuya cantidad resulta oscilante según ciclos productivos se realice de forma dinámica, puesto que pueden alterar el valor final de la unidad.

Por último entendemos que debió el legislador prever la circunstancia de que los elementos hipotecados integrantes de la unidad productiva se encontraran siendo objeto de ejecución hipotecaria, en cuyo caso se deberán arbitrar las prohibiciones de iniciar y proseguir las mismas a que hemos hecho referencia en el capítulo I de la Tesis flexibilizando los plazos previstos y adecuándolos a la posibilidad de la enajenación de la unidad productiva, en especial cuando se acuerda con subsistencia de gravamen que conllevará una suerte de rehabilitación del crédito objeto que constituye la causa de pedir en la acción real ejercitada singularmente.

III.3.3.- Alternativas extraconcursales y su tratamiento: las liquidaciones societarias de sociedades mercantiles.

Es evidente que en un régimen como el español vigente en el que solicitar la declaración de concurso es una obligación legal y no una mera facultad del deudor en estado de insolvencia conocida o que deba serlo, el hecho de acudir a mecanismos extraconcursales para lograr la liquidación de una sociedad de capital puede resultar, cuando menos, una solución inadecuada⁷⁸⁸

⁷⁸⁸ Como así se deduce del art. 363.1 e) del TRLSA según el cual procederá la disolución de la sociedad —como presupuesto necesario para la liquidación societaria— por «*Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.*» Recordemos que, abstracción hecha de la normativa específica introducida con ocasión del COVID-19, el art. 5.1. TRLSA establece que el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, fijando con

por cuanto se estaría incumpliendo la norma imperativa y exponiendo el patrimonio de los socios y administradores en los casos en que resultara prosequible.

Ello no obstante hemos de hacer un análisis de esta posibilidad puesto que en algunos supuestos —en especial en casos de insolvencia inminente o de solvencia relativa en atención a las valoraciones fluctuantes de ciertos activos—podría llegar a ser una alternativa.

En este sentido el art. 371 TRLSC prevé que la apertura del periodo de liquidación societaria se produce mediante el acuerdo de disolución de la sociedad de capital, que conserva su personalidad en dicho periodo y siendo regida por las disposiciones de los estatutos en cuanto a la convocatoria y reunión de las juntas generales de socios, a las que darán cuenta los liquidadores de la marcha de la liquidación para que acuerden lo que convenga al interés común, aplicándose el régimen general legal aplicable a la sociedad en tanto no contradiga las normas propias de la liquidación societaria. A la denominación social se añadirá la expresión «*en liquidación*.» Ello independientemente de la causa de dicha disolución⁷⁸⁹.

Por tanto vemos que el presupuesto de la liquidación societaria es el acuerdo de disolución, por lo que puede darse el caso de que, sin conocer el alcance de las pérdidas o propiciado por procedimientos judiciales de naturaleza contenciosa o incluso voluntaria—como a continuación se verá—se haya obtenido bien un acuerdo de disolución por parte del órgano societario competente, bien un pronunciamiento declarativo de disolución por parte del juzgado de lo mercantil en función de las competencias atribuidas por el art. 286 *bis* LOPJ.

Para el caso de que se trate de un acuerdo societario, el art. 364 del TRLSC establece que la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la junta general adoptado con la mayoría ordinaria

carácter de presunción *iuris tantum* que se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario—esto es, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, o el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor—y si se trata de alguno de los previstos en su párrafo cuarto—referido al incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso, de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades—haya transcurrido el plazo correspondiente.

⁷⁸⁹ En este sentido y respecto de las causas legales y estatutarias vid. BATALLER GRAU *op. cit.* págs. 24 y ss.

establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198 TRLSC⁷⁹⁰, y con el *quórum* de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201 TRLSC a los que hace expresa remisión⁷⁹¹. A continuación el art. 365 TRLSC determina que los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso. Precisa igualmente que cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente. Para concluir que la junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquel o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa.

Para el supuesto que la junta general no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el art. 365 TRLSC, se prevé que cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social con los requisitos previstos en el art. 366 TRLSC y concordantes. Se impone a los administradores la obligación de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

El cauce para obtener dicho pronunciamiento jurisdiccional, y siguiendo en este punto a GARCÍA-VILLARUBIA⁷⁹² ha evolucionado desde la entrada en vigor de la LJVol ya que antes se compelió al empleo del juicio declarativo ordinario, existiendo en la actualidad la posibilidad de acudir al

⁷⁹⁰ Esto es, mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social y sin que se computen los votos emitidos en blanco.

⁷⁹¹ Por tanto constitución válida en primera convocatoria –salvo mención más cualificada en los estatutos– cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto; en segunda convocatoria será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria. El acuerdo de disolución –salvo clausula estatutaria que haga más severo el régimen– será por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado.

⁷⁹² GARCÍA-VILLARUBIA M. «Liquidación societaria y tutela judicial efectiva.» *El Derecho*. Revista de Derecho Mercantil. Núm. 33, 2015. Puede consultarse en la siguiente URL <https://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=4662&pub=Publicacion&tipo=> (En su versión consultada en diciembre de 2019)

expediente de jurisdicción voluntaria previsto en los arts. 125 y siguientes LJVol cuya resolución reside en el Juez de lo mercantil y que siguiendo en este punto a RAFÍ i ROIG y DÍAZ REVORIO⁷⁹³ puede dar lugar a que, coexistiendo con un eventual juicio declarativo con el mismo objeto, pueda dar lugar a sendas resoluciones que tengan acceso al registro mercantil correspondiente.

En cualquiera de los casos, acordada la disolución y abierta la liquidación, si la sociedad se encontraba declarada en concurso de acreedores, el TRLSC determina que el régimen aplicable sería el del TRLC en detrimento del societario⁷⁹⁴. Para el caso de que, acordada la disolución y apreciada la insolvencia de la sociedad de capital, resulte imperativo solicitar la declaración de concurso, esta obligación recaerá en los liquidadores ya que el órgano de administración habrá necesariamente cesado como tal⁷⁹⁵. Para cualquier otro supuesto⁷⁹⁶, las reglas a seguir serán las previstas en los Arts. 383 a 390 TRLSC que prevén la elaboración de un inventario y balance inicial; percibir las deudas de la sociedad; realizar sus bienes; y pagar los créditos de la sociedad. Asimismo, y en cuanto fueran de aplicación, las genéricas de las imputaciones de pagos previstas en los art. 1926 y siguientes del CC.

Por tanto, y a salvo de que el órgano de administración asuma responsabilidad, no será una alternativa acudir a la liquidación societaria, si bien en la casuística se ha empleado tal mecanismo en supuestos en que la insolvencia ha derivado de créditos litigiosos no contemplados en los balances de liquidación. Sin embargo, y en nuestra opinión, nada obsta que los liquidadores

⁷⁹³ RAFÍ i ROIG, X y DÍAZ REVORIO, E. *Jurisdicción voluntaria en materia mercantil*. Ed. Tirant lo Blanch. València 2016, págs. 172 y 173. Fijan los citados autores como momento preclusivo para iniciar cualquiera de ambas opciones el de la inscripción de la resolución firme en el registro mercantil correspondiente.

⁷⁹⁴ Ex art. 372 TRLSC «*En caso de apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la sociedad, la liquidación se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal.*» Sin embargo vemos que la liquidación concursal no prevé la necesaria adopción de un acuerdo de disolución, requisito societario que —no obstante—entendemos necesario para la solicitud de la apertura de la fase de liquidación por parte de la concursada.

⁷⁹⁵ Así, conforme al art. 374.1 TRLSC «*Con la apertura del periodo de liquidación cesarán en su cargo los administradores, extinguiéndose el poder de representación.*»

⁷⁹⁶ Entendemos que incluso para los supuestos de insolvencia no declarada judicialmente, correspondiendo las acciones de responsabilidad a que se refieren los arts. 367 y concordantes TRLSC a los acreedores que no vean satisfechos sus créditos, que verán expuestos los patrimonios de los administradores societarios.

societarios puedan alcanzar acuerdos extintivos de las deudas⁷⁹⁷ por vía distinta al íntegro pago de los mismos con los acreedores de la sociedad pudiéndose convertir, en supuestos de aceptación de los acreedores, en un mecanismo alternativo al concurso, siempre que no exista declaración judicial de insolvencia por vía de concurso, momento en el cual quedará subsumido el régimen en el concursal en su conjunto.

III.3.4.- Deficiencias del sistema, confrontación de resultados, y propuestas de mejora.

Pasando a la problemática que subyace en lo que se refiere al apremio respecto de las hipotecas constituidas sobre bienes inmuebles pertenecientes a sociedades en liquidación, la principal circunstancia a tener en cuenta es que el término dentro del cual puede el acreedor hipotecario instar la ejecución separada puede resultar insatisfactorio tanto para el acreedor como para el deudor según los casos⁷⁹⁸.

En primer lugar puede resultar insatisfactorio para el acreedor ya que una ejecución sobre bienes objeto de garantía hipotecaria inmobiliaria que resulten necesarios a la actividad quedará vedada si se produce la apertura de la liquidación dentro del término del año desde la declaración de concurso. La contrapartida la encontramos en el hecho de conferir el carácter de ordinario a parte de los créditos garantizados mediante la hipoteca inmobiliaria voluntaria que permitirá en muchos casos apoyar convenios cuyo eventual incumplimiento se encuentra protegido por la posibilidad de ejecutar a posteriori la totalidad de la deuda reconocida, sin minorar el crédito objeto de quita ni sujetarse a los plazos de la espera. Sin embargo esta opción resulta de escaso empleo en la práctica procesal.

En segundo lugar no resulta satisfactorio para el deudor puesto que los plazos dentro de los que puede ejecutar separadamente el acreedor hipotecario los bienes necesarios objeto de hipoteca inmobiliaria voluntaria pueden frustrar la viabilidad de la actividad de la empresa, circunstancia que

⁷⁹⁷ Siendo de íntegra aplicación el art. 1156 CC pudiendo haber condonación total o parcial; novación objetiva o subjetiva; o pago por tercero *inter alia*. Se habrá no obstante de contemplar la posibilidad de que estas operaciones resulten rescindibles para el caso de que no se dé completa satisfacción a todos los acreedores.

⁷⁹⁸ Nos posicionamos en este punto con GURREA MARTÍNEZ que nos recuerda la *proeza* que el legislador concursal ha logrado a lo largo de las diversas reformas confeccionando una norma que ni satisfaga los intereses del acreedor, ni del deudor en algunos de sus aspectos y este es, a nuestro juicio, uno de ellos. Véase al respecto GURREA MARTÍNEZ, A *op cit.* págs. 51 y ss.

se agrava en supuestos como aquellos en que las hipotecas garantizan productos ya terminados como es el caso de la actividad de la promoción, edificación o construcción ya que el periodo de conclusión de estos elementos suele rebasar ampliamente del año. Una opción legislativa sería ampliar el término al momento que sea susceptible de finalizar la fase común⁷⁹⁹ a los efectos de determinar la viabilidad de la empresa, cuestión que permitiría tutelar mejor los derechos de los acreedores en su conjunto, incluso del privilegiado, ya que evitaría liquidaciones tempranas sorpresivas, pero esta reforma provocaría que concursos en esencia sencillos pudieran ver postergada su fase común, por lo que debería ser incluido en normas específicas, tales como las dictadas en la actualidad con motivo de la pandemia del COVID-19 o propias del sector de la edificación.

En relación a la enajenación de unidades productivas, entendemos que el principal obstáculo que puede haber para su adquisición se aleja de la esfera de los créditos hipotecarios ya que es la derivación de responsabilidades por créditos laborales y públicos. Aquí nos encontramos ante una figura que en su régimen jurídico actual contempla muchos supuestos en que la jurisprudencia no se encuentra asentada totalmente. Ya concluía ARMIJO PLIEGO⁸⁰⁰ en 2016 que un operador jurídico que adquiriera una unidad productiva debía actuar con suma prudencia, afirmación que en la actualidad sigue resultando, a nuestro juicio, vigente. Esto no obstante al afectar a la viabilidad tiene incidencia notoria en la posibilidad de enajenaciones de elementos gravados incluidos en el perímetro de las unidades productivas. Tampoco resulta certero a nuestro juicio el legislador permitiendo la novación subjetiva en la posición acreedora en los supuestos de venta con subsistencia de cargas de elementos hipotecados sin consentimiento del acreedor pero con una suerte de garantía de solvencia impuesta al juez del concurso. Entendemos que esta garantía de solvencia no posee la solidez necesaria y que hubiera sido mucho más beneficioso establecer un trámite de audiencia al acreedor, si bien sin establecer un veto taxativo.

⁷⁹⁹ Bien porque no hubiera incidentes concursales respecto de los textos provisionales de informe, bien porque estos hubieran sido resueltos en primera instancia, bien porque afecten a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso, pudiendo el juez ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad.

⁸⁰⁰ ARMIJO PLIEGO, A «La derivación de responsabilidad en la venta de unidades productivas en sede concursal.» *Lex Mercatoria. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación* RLM nº3 2016 artículo nº 2 págs. 7 a12 *revistalexmercatoria.umh.es* (última consulta marzo 2021)

Desde el punto de vista del proceso es absolutamente determinante a nuestro juicio que en textos provisionales y definitivos de informe conste la valoración de las unidades productivas, con una fijación clara y valoración ajustada de los elementos que las integran. Se ha de prever igualmente en el plan de liquidación uno o varios mecanismos válidos y eficaces, precisando requisitos y publicidad que encajen con las reglas legales y que resulten admisibles conforme a los tiempos y formas del proceso. Por último en cuanto a la transmisión de unidades productivas respecta, se ha de tener en cuenta que en aquellos concursos anteriores al régimen actual, si no se delimitó la existencia y valoración de las unidades productivas deberá hacerse sometido a un régimen de transparencia y publicidad, bien mediante una solicitud de modificación del plan de liquidación, bien mediante una autorización de venta.

Por último en relación a los procedimientos extrajudiciales de liquidación de sociedades mercantiles entendemos que acudir a los mismos con la actual dicción de las normas de derecho positivo comporta un riesgo para los órganos de administración que sólo resultará asumible en casos en que no existan acreedores discrepantes y no puedan aparecer terceros que revistan esta condición extinguida individualmente las deudas societarias. Por tanto y salvo en supuestos de deuda muy tasada y promesas ciertas de no pedir no constituye una alternativa al concurso de acreedores.

III.4.- Escenarios secundarios: el concurso de acreedores de la persona física empresaria en liquidación y la liquidación concursal de la sociedad patrimonial.

Hecho un análisis de los dos escenarios principales, resulta necesario a nuestro juicio revisar situaciones mixtas en las que se combinan elementos de ambas situaciones. Por un lado el de la persona física empresaria que es susceptible de redención de pasivo insatisfecho pero a su vez es susceptible de aprobar convenios que puedan propiciar el pago de sus deudas con quita y espera en lugar de la liquidación de su patrimonio. Por otro lado hemos de analizar la figura de las sociedades patrimoniales por cuanto que la esfera de protección que el legislador sitúa en los bienes necesarios para la actividad escapa a la función económica y societaria de las mismas, pudiendo sin embargo tener cierta incidencia en supuestos en los que los elementos sean productivos pero para sociedades ínsitas en grupos.

III.4.1.- El concurso de acreedores de la persona física empresaria en liquidación: elementos comunes y diferenciadores con los dos escenarios primarios.

El concepto de empresario a los efectos de lo previsto en la regulación concursal ha experimentado una evolución entre lo dispuesto en la derogada LECO y el tenor literal del TRLC. Así y originariamente, el art. 231 LECO introducido por el art. 21.7 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre en su párrafo segundo apuntaba –si bien a los solos efectos de las consideraciones previstas en el Título X que tenía por objeto la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos—que habría de tenerse por empresarios no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. Sin embargo y siguiendo en este punto a GARCÍA VILLARRUBIA⁸⁰¹ esta definición adolece de dos defectos. En primer lugar, sus efectos son limitados en cuanto a su aplicación directa⁸⁰² ya que se ha de referir sólo al ámbito del Título donde se encuentra ínsita. En segundo lugar, es parcial puesto que no incorpora ninguna referencia concreta a quiénes han de tener la

⁸⁰¹ GARCÍA-VILLARRUBIA, M «Los concursos de persona natural. El concepto de empresario. Supuestos dudosos.» *El Derecho*. Revista de Derecho Mercantil, número 41, 2016. Puede consultarse en la siguiente URL <https://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=4943&pub=Publicacion&tipo=> (En su versión consultada en enero de 2021).

⁸⁰² Sin perjuicio de las posibilidades de emplear este concepto a través de la *analogía legis* o como elemento de interpretación en aquellos supuestos en que resulte admisible.

condición de empresarios conforme a la legislación mercantil, ya que tampoco existe un concepto claramente delimitado de tal.

La actual dicción del art. 44.3 TRLC recae en el mismo error a nuestro juicio ya que se limita, precisamente, a definir un concepto de empresario limitado a los efectos del primer libro, esto es el relativo al concurso de acreedores, especificándose que son empresarios las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil. Ello no obstante hace que no podamos acudir directamente al concepto de comerciante previsto en el art. 1 del CdC ya que es una figura que doctrinalmente ha sido calificada como de dimensión más reducida que la de empresario que se engloba⁸⁰³ —parcialmente, a nuestro juicio— en la misma.

Sin embargo podemos emplear para delimitar la figura de empresario conceptos afines como el de emprendedor que nos da la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización en su artículo tercero que los define como *«aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley»*. Como también resulta relevante el concepto de operador económico recogido en el anexo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado que lo define como *«cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España.»*

Igualmente, prosigue el citado autor, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil⁸⁰⁴ (art. 1.- II-1, II-2), se refiere a las personas físicas que ostentan la condición de empresario como aquellas personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.

⁸⁰³ Así en URÍA, R y MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*. Ed. Civitas, Madrid 1999. Volumen I pág. 59.

⁸⁰⁴ En el texto que aparece como más reciente en la URL alojada en el portal de la transparencia de la Administración General del Estado (En su versión consultada en enero de 2021) http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_esp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%86og%A3%91

Concluye el referido autor en el sentido de tomar la definición que hace ROJO⁸⁰⁵ como «*la persona natural o jurídica que, por sí o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad.*»

Definido el concepto de empresario, aquellos de sus bienes que resulten productivos tendrán un régimen enajenatorio semejante al de los bienes productivos de las personas jurídicas, por cuanto podrán gozar de la protección preconcursal y concursal que a los bienes necesarios confieren los arts. 583 y 145 y siguientes TRLC respectivamente.

Sin embargo y respecto de los bienes que no son productivos se ha de tener en cuenta la figura del emprendedor de responsabilidad limitada prevista en el Capítulo II del Título I de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Según dispone dicho cuerpo legal en su art. 8 y por excepción de lo que disponen el art. 1.911 del CC y el art. 6 del CdC, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance a su vivienda habitual siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil, con posibilidad de aplicar un coeficiente del 1,5 para el caso de localidades con más de un millón de habitantes.

Se basa esta protección en una doble inscripción. Por un lado la condición de emprendedor de responsabilidad limitada se adquirirá mediante la inscripción del acta notarial que se levante al efecto en la hoja abierta al mismo en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio, inscripción⁸⁰⁶ que tiene carácter constitutivo. Por otro lado deberá inscribirse tal condición en la

⁸⁰⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad» (págs. 59-60) incluido en *Lecciones de Derecho mercantil*. Volumen I Thomson-Cívitas, Madrid 2014.

⁸⁰⁶ En la terminología de la Ley 14/2013, inmatricular la condición de emprendedor de responsabilidad limitada. Así en su art. 9.1 in fine del citado cuerpo legal «*Será título para inmatricular al emprendedor de responsabilidad limitada el acta notarial que se presentará obligatoriamente por el notario de manera telemática en el mismo día o siguiente hábil al de su autorización en el Registro Mercantil o la instancia suscrita con la firma electrónica reconocida del empresario y remitida telemáticamente a dicho Registro.*» Igualmente en el art. 10.2 de la referida norma «*Inmatriculado el emprendedor de responsabilidad limitada, el Registrador Mercantil expedirá certificación y la remitirá telemáticamente al Registrador de la Propiedad de forma inmediata, siempre dentro del mismo día hábil, para su constancia en el asiento de*

finca que salvaguarda a fin de resultar oponible a terceros. Así establece el art. 10.3 de la Ley 14/2013 que practicada la inscripción ante el Registro de la Propiedad en la finca concreta, el Registrador denegará la anotación preventiva del embargo trabado sobre bien no sujeto a menos que del mandamiento resultare que se aseguran deudas no empresariales o profesionales o se tratase de deudas empresariales o profesionales contraídas con anterioridad a la inscripción de limitación de responsabilidad, o de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social. Igualmente se precisa que en el caso de enajenación a un tercero de los bienes no sujetos se extinguirá respecto de ellos la no vinculación a las resultas del tráfico pudiéndose trasladar la no afección a los bienes subrogados por nueva declaración de alta del interesado.

Esta figura carece de tratamiento específico en la legislación concursal, de tal punto que DE VIVERO DE PORRAS trata la figura como una alternativa al acogimiento por parte del deudor a la segunda oportunidad⁸⁰⁷.

En relación a los créditos que puedan verse afectados por la constancia registral de la figura, hemos de precisar que el tenor de la norma se refiere a embargos y no a hipotecas, con una mención específica a la falta de vinculación en lo que se refiere a embargos de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social. Así, en el caso de hipotecas a favor de los citados organismos puede darse el caso que una derivación de responsabilidad aplazada y garantizada mediante constitución de hipoteca voluntaria, que obre garantizada *ex lege* por hipoteca legal, pueda acabar haciendo devenir ineficaz la figura, que sólo tendrá un efecto protector limitado a los créditos de naturaleza privada.

Igualmente y siendo personas naturales entran dentro del ámbito de aplicación de la segunda oportunidad, con la peculiaridad de que no necesariamente en caso de concurso consecutivo habrá de principiarse el mismo con apertura de la fase de liquidación, ya que no le es de aplicación lo dispuesto en el art. 737.3 TRLC.

*inscripción de la vivienda habitual de aquel emprendedor.» En nuestra opinión debió hacer constar el legislador el verbo inscribir, por cuanto la inmatriculación tradicionalmente hace referencia a la primera inscripción de una finca. Vid. al respecto LACRUZ BERDEJO *op. cit.* pág 406 que define inmatriculación como el ingreso de una finca en el registro que en nuestro sistema acaece con la primera inscripción de dominio. En este sentido LASARTE ÁLVAREZ insiste en que es un requisito indispensable para la inscripción de derechos limitativos de la propiedad como es realmente la condición de emprendedor de responsabilidad limitada precisamente. LASARTE ÁLVAREZ, C. *op. cit.* págs. 320 y 321.*

⁸⁰⁷ DE VIVERO DE PORRAS, C *op cit.* *Ley de...* págs. 211 a 213.

Por lo demás y no obstante el régimen de segunda oportunidad aplicable es sustancialmente idéntico al de los consumidores, con la agravante que los créditos de naturaleza laboral y pública serán de más difícil exoneración dada la actual dicción de la norma.

No obstante resulta previsible a corto plazo que se adopten medidas específicas en materia de protección de los empresarios personas naturales con ocasión de la inminente transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 que establece en su exposición de motivos la necesidad de que los empresarios personas físicas no vean mermadas sus posibilidades de redimir deudas respecto de los consumidores⁸⁰⁸.

En este sentido el art. 20 de la citada Directiva, aun en no transpuesta, que carece por tanto de efecto directo si bien constituye un elemento interpretativo que a mi juicio ha de ser tenido en cuenta, establece que los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la citada Directiva, permitiendo que la legislación interna de cada Estado pueda, en su caso, exigir que haya cesado la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con que estén relacionadas las deudas de los empresarios insolventes⁸⁰⁹.

Se prevé igualmente en el citado artículo de la Directiva (UE) 2019/1023 que la obligación de obligación de reembolso a la que deba –o pueda– estar supeditada la exoneración de pasivo insatisfecho se base en la situación individual del empresario y, en particular, sea proporcionada a

⁸⁰⁸ Así en su punto vigésimo primero establece que *«El sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social y está estrechamente relacionado con la reducción del exceso de deudas. Además, a menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario derivadas de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y aquellas en que haya incurrido fuera del marco de esas actividades. Los empresarios no disfrutarían efectivamente de una segunda oportunidad si tuviesen que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de exoneración, para obtener la exoneración de sus deudas empresariales y de sus otras deudas fuera del marco de su actividad empresarial. Por tales razones, aunque la presente Directiva no incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, conviene recomendar a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la presente Directiva en materia de exoneración de deudas.»*

⁸⁰⁹ Por tanto se podría permitir una compatibilidad entre soluciones de convenio y exoneración de pasivo insatisfecho, hasta ahora vedada por nuestra legislación concursal.

los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores, velando los Estados miembros por que los empresarios que obtengan la exoneración de sus deudas puedan disfrutar del apoyo empresarial que los marcos nacionales existentes ofrecen a los empresarios, incluido el acceso a información pertinente y actualizada sobre tales marcos. Esta circunstancia, a nuestro juicio, puede dar carta de naturaleza al reconocimiento concursal de la figura del empresario de responsabilidad limitada, a la que se ha hecho referencia *ut supra*.

Una de las circunstancias que habrá de transformar la transposición de la directiva respecto del actual régimen será la de la duración del plan de pagos en particular y al de someter a un máximo de duración los procesos concursales puesto que el art. 21 de la Directiva (UE) 2019/1023 determina que los Estados miembros garantizarán que el plazo tras el cual los empresarios insolventes pueden obtener la plena exoneración de sus deudas no sea superior a tres años computando en el caso de los procedimientos que incluyan un plan de pagos, la fecha de la decisión de una autoridad judicial o administrativa de confirmar el plan o el inicio de la aplicación del plan y en los demás supuestos desde la fecha de la decisión de la autoridad judicial o administrativa de abrir el procedimiento, o la fecha en que se determine la masa concursal del deudor.

Sin embargo y dentro del capítulo de las excepciones el art 23.3 de Directiva (UE) 2019/1023 permite que, como excepción a lo dispuesto en el art. 21 del citado cuerpo legal, los Estados miembros podrán prever unos plazos de exoneración más largos en los casos en que una autoridad judicial o administrativa apruebe u ordene medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario pueda continuar su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia⁸¹⁰. Estos supuestos deberán ser puestos en consideración con la posibilidad de que esta residencia o vivienda principal esté sometida a inmobiliaria hipoteca voluntaria, debiéndose establecer mecanismos novatorios reforzados que permitan adaptar un plan de pagos a la satisfacción del crédito hipotecario.

⁸¹⁰ Lo que implícitamente conlleva que pueda permitirse la exoneración de deudas empresariales con salvaguarda de patrimonio extra empresarial, siendo el paradigma la vivienda del deudor o su familia.

Por último el art. 24 de Directiva (UE) 2019/1023 establece que los Estados miembros han de velar por que, cuando un empresario insolvente tenga deudas profesionales contraídas en el ejercicio de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como deudas personales contraídas fuera del marco de esas actividades, que no puedan separarse de modo razonable, dichas deudas, si son susceptibles de exoneración, se traten en un procedimiento único a efectos de la obtención de la plena exoneración de deudas. Igualmente dispone que los Estados miembros podrán disponer que, cuando puedan separarse las deudas personales de las profesionales, dichas deudas se traten, a los efectos de obtener la plena exoneración de deudas, bien en procedimientos separados aunque coordinados, bien en el mismo procedimiento⁸¹¹.

III.4.2.- La liquidación concursal de la sociedad patrimonial: elementos comunes y diferenciadores con los dos escenarios primarios.

El escenario descrito en el punto segundo de este capítulo III viene referido a aquellas personas jurídicas –cualquiera que sea su forma– que desempeñan una actividad económica, pudiendo entender por tal⁸¹² la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Dichas personas jurídicas pueden tener integrado su patrimonio por bienes productivos

⁸¹¹ Esta disposición resulta a nuestro juicio de difícil encaje con la diferente competencia objetiva para tramitar los concursos de persona física no empresaria atribuidos a los juzgados de primera instancia y a los mercantiles en cuanto se refiera a empresarios, con las dificultades que los criterios de origen de la deuda conllevan y que han sido objeto de prolija jurisprudencia menor. En este sentido MORENO GARCÍA nos marca supuestos controvertidos como aquellos en que el deudor es garante de deudas empresariales pero no he de ser considerado como empresario (cita a tal efecto el Auto de 2 de julio de 2018 de la Audiencia Provincial de Valencia, Secc. IX ECLI: ES:APV:2018:3229^a Id. CENDOJ 46250370092018200375, que no considera empresaria a la persona física que había constituido avales a favor de una sociedad mercantil, de la que, además, fue en su día administrador social; en un sentido semejante la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. XXVIII, en Auto de 13 de julio de 2018 ECLI: ES:APM:2018:4570A (Id. CENDOJ 28079370282018200086), estableciendo que la deudora no ha tenido la condición de empresaria y el hecho de que su situación de insolvencia provenga de los avales prestados a una sociedad mercantil no convierte a aquella en empresario, ni determina que hayan de considerarse competentes para conocer de la solicitud de concurso consecutivo los Juzgados de lo Mercantil). Igualmente en supuestos en que el empresario ha cesado en su actividad distinguiendo en torno a si, en tales casos, ha de atenderse únicamente a la condición del solicitante –criterio puramente subjetivo, entre las que cita la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección V), en Auto de 25 de mayo de 2018 ECLI: ES:APZ:2018:1490A Id. CENDOJ 50297370052018200039 – o a la naturaleza del volumen principal del pasivo –criterio que se puede considerar cuantitativo, en la que destaca el antes citado Auto de 2 de julio de 2018 de la Audiencia Provincial de Valencia. MORENO GARCÍA, L «La problemática competencial del juez del concurso.» *Anuario Derecho Concursal*. Núm. 48, octubre 2019.

⁸¹² Empleando la definición que incorpora el art. 5.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en lo sucesivo LIS.

o bienes no productivos, siéndoles de aplicación a los mismos en el caso de que fueran declarados necesarios el régimen de protección que a los bienes necesarios confieren los arts. 583 y 145 y siguientes TRLC respectivamente. Sin embargo podemos encontrar sociedades que no desempeñen como tal una actividad productiva y que por tanto carezcan de la posibilidad de tener bienes necesarios, como es el caso de las sociedades patrimoniales.

Una primera aproximación al concepto de sociedad patrimonial la podemos hacer atendiendo nuevamente a criterios fiscales, en este caso a los dispuestos en el art. 5 de la LIS que define como tal aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto a una actividad económica. Precisa el citado artículo que el valor del activo, de los valores y de los elementos patrimoniales no afectos a una actividad económica será el que se deduzca de la media de los balances trimestrales del ejercicio de la entidad o, en caso de que sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del CdC, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, de los balances consolidados. A continuación excluye del concepto de valores a estos efectos diversas figuras⁸¹³.

Esta consideración meramente fiscal supone un fuerte indicio para determinar que el ámbito de protección que pueda darse en relación a la interdicción de ejecuciones hipotecarias basadas en la necesidad de bienes respecto de actividades concretas va a resultar vano en cuanto se trate de sociedades meramente patrimoniales.

Sin embargo, el TRLC no hace más que una somera mención en relación a las mismas, en concreto para excluir del ámbito de necesidad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en

⁸¹³ Ex art. 5.2 LIS in fine «A estos efectos no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o valores a los que se refiere el párrafo siguiente, que se haya realizado en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores. A estos efectos, no se computarán como valores: /a) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias./ b) Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas. /c) Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto./ d) Los que otorguen, al menos, el 5 por ciento del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en este apartado. Esta condición se determinará teniendo en cuenta a todas las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.»

exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, limitado en relación a las ejecuciones sobre las mismas que se pudieran tramitar por el cauce específico de bienes hipotecados a que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo⁸¹⁴.

Extrapolando esta mención podemos alcanzar la conclusión de que cuando en lugar de las acciones o participaciones se trate de bienes propios de la mercantil patrimonial que se encuentren incardinados en una actividad concreta de un tercero y resulten necesario para la actividad de ese tercero no podrán ser objeto de protección dentro del concurso de la patrimonial *prima facie*. Sin embargo esta afirmación puede quebrar en relación a la posibilidad de grupos de sociedades y tramitación conjunta de concursos. En estos supuestos y a partir de la entrada en vigor de la LECO se aclara la controversia que hasta la fecha existía⁸¹⁵ sobre el concepto de grupo de sociedades a efectos concursales, quedando claro que el concepto de grupo de sociedades en el concurso es el previsto en el art. 42.1 del CdC⁸¹⁶.

Acudiendo al citado artículo del CdC entendemos que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se establece a continuación una presunción de que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

⁸¹⁴ En este sentido art. 147.2 TRLC.

⁸¹⁵ Véase al respecto CADENAS DE GEA, C. y PEREA ORTEGA, R. «El grupo de sociedades en el ámbito concursal.» capítulo incluido en *El control societario en los grupos de sociedades*. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ J.M. Wolters Kluwer, marzo 2017, págs. 138 a 144.

⁸¹⁶ Así la DA 1ª TRLC se remite expresamente: «A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio.»

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

Siguiendo en este punto a CABA TENA⁸¹⁷ entendemos que en la dicción literal del art. 42.1 CdC parece inferirse que el legislador ha querido abarcar como grupos de sociedades a los efectos concursales exclusivamente los llamados grupos verticales o por subordinación⁸¹⁸, dejando fuera de la casuística los llamados grupos horizontales o por coordinación⁸¹⁹, que sí eran objeto de inclusión por la doctrina jurisprudencial hasta el momento⁸²⁰.

⁸¹⁷ CABA TENA, A. *El concepto de grupo de sociedades*. Ed. Tirant lo Blanch. València 2019, págs. 230 y ss. Respecto a las diversas figuras que pueden subsumirse en el concepto de grupo de sociedades *vid.* EMBID IRUJO *op cit.* págs. 575 a 571. Para un tratamiento más global de la normativa aplicable a grupos de sociedades *vid.* DE ARRIBA FENRÁNDEZ, ML. *Derecho de grupos de sociedades*. Ed. Civitas Madrid 2009. Para su tratamiento dentro del concurso de acreedores, *vid.* DÍAZ REVORIO, E. y BLANCO GARCÍA-LOMAS, L. *El grupo de empresas en situación de insolvencia*. Ed. Fe d'erratas, Madrid 2014.

⁸¹⁸ Definiendo como tales aquellos que se caracterizan por hallarse las sociedades miembros del mismo en una relación jerárquica de dependencia entre sí: las sociedades dominadas o filiales respecto a la sociedad dominante que está en la cúspide y ejerce el control sobre las demás. CABA TENA *op. cit.* págs. 107 y 108.

⁸¹⁹ Que serían aquellos en que existe una estructura paritaria, ya que aun cuando las sociedades miembros puedan estar sujetas a una dirección unitaria, se mantienen independientes y como tales participan en la definición de la política empresarial común. Por tanto concluye el citado autor que la unidad de decisión se alcanza mediante la colaboración—que no subordinación—entre las sociedades vinculadas, sin que haya participaciones cruzadas, ni sociedad dominante sino socios, y en su caso, órganos de administración comunes, siendo estructuras propias de los entramados familiares. CABA TENA *op. cit.* pág. 108.

⁸²⁰ Así, cita y desgrana el referido autor la STS núm. 190/2017 de 14 de marzo. En la misma se pronuncia el alto Tribunal en el sentido de que para que exista un grupo de sociedades no es necesario que quien ostente el control sea una sociedad, pudiendo ser también una persona natural. Entendemos, con el citado autor, que la interpretación extensiva hecha por el alto Tribunal puede ser algo forzada con la actual dicción del art. 42.1 CdC. CABA TENA *op. cit.* págs. 242 y ss. En cualquier caso y como acertadamente a nuestro juicio apunta el citado autor el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil al que se ha hecho referencia *ut supra* en nota al pie parece inclinarse por este parecer al incluir a las personas naturales como susceptibles de estar en la cúspide de la pirámide de control en su art. 291-1. CABA TENA *op. cit.* pág. 136.

En aquellos supuestos en que la sociedad dominante sea patrimonial y que los activos productivos de otras sociedades del grupo no declaradas en concurso –sea de manera directa sea a través de participaciones societarias—sean necesarios para la actividad de estas sociedades –en principio—no insolventes no se podrán desplegar los efectos protectores de la declaración de necesidad del bien⁸²¹.

Por el contrario, y en nuestra opinión, en supuestos en que exista declaración de concurso de ambas sociedades –dominante y dependiente—podrá valorarse la actividad desarrollada de manera independiente a la titularidad de los activos ya que la actividad podrá considerarse en conjunto por virtud de la tramitación coordinada del art. 42 TRLC que procede tanto en supuesto de declaración conjunta como de acumulación de concursos.

En especial hemos de tener en cuenta que, bien sea por motivos de naturaleza fiscal, bien sea de naturaleza organizativa, o de otra índole la actividad en sí es posible que trascienda a los sujetos que la desempeñan y a la propiedad de los activos concretos hipotecados para obtener financiación para la actividad. Así, resulta frecuente que la adquisición, financiación y constitución de garantías respecto de bienes costosos—principalmente inmuebles o maquinaria equiparable—la realice una sociedad expuesta a pocos riesgos –por ejemplo sin trabajadores, y sin realizar las operaciones comerciales propias de la actividad—y que dichos bienes estén adscritos a la actividad de empresas relacionadas, sean grupo o no. A nuestro juicio lo que debe ser objeto de protección es la actividad productiva en sí, no la titularidad concreta de los bienes y las garantías.

⁸²¹ Cuestión distinta sería que se arguyera la pertenencia a la sociedad productiva de los activos a través de una acción rescisoria o incluso a través de un levantamiento del velo, que en relación a créditos concursales reconocidos entre grupos de sociedades la doctrina del TS es muy exigente en cuanto a los requisitos. Así el Fundamento Jurídico tercero *in fine* de la STS de 23 de octubre de 2018 Sección Primera ECLI: ES:TS:2018:3615 (Id. CENDOJ 28079110012018100584) es clara en cuanto a que se han de fundamentar las causas concretas, no bastando una mera y sucinta mención general: «(...) (N) *o explica con el mínimo detalle qué velo societario en concreto se quiere levantar ni el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia. Y el recurso vuelve a incurrir en el mismo defecto. Son alegaciones generales sobre el levantamiento del velo, que, como muy bien denuncia la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso, carecen de la mínima concreción exigible para saber cuál sería la sociedad pantalla y por qué razón se habría hecho un uso fraudulento que justificara el levantamiento del velo. El carácter confuso y genérico de las alegaciones no pueden justificar que sea el tribunal quien de oficio analice y estructure los requisitos que conforme a la jurisprudencia sería necesario que concurrieran para acordar el levantamiento del velo, lo que le correspondía desde la demanda al demandante.* »

Observando la normativa aplicable a la declaración de necesidad respecto de la sociedad patrimonial como elemento aislado, el carácter de bienes necesarios no podría ser apreciado, como sí lo sería si se describiera la actividad en sí y fuera el objeto de protección independientemente de la titularidad de los activos y de las garantías reales.

Por último resulta crucial incidir en el hecho de que, por muchas semejanzas que puedan tener respecto de las personas naturales no empresarias por cuanto no desarrollan un actividad productiva como tal, no se les puede extrapolar el régimen de segunda oportunidad de las mismas.

III.4.3.- Deficiencias y propuesta de mejora respecto de los escenarios secundarios analizados.

En lo que respecta a los escenarios secundarios de análisis, vemos que la protección que se brinda a los empresarios personas naturales resulta equiparable y deberían hacerse extensivas las conclusiones extraídas en relación a las sociedades mercantiles productivas en cuanto a la protección de los bienes necesarios para la actividad, con dos elementos esenciales diferenciadores a tener en cuenta y que lo aproximan al concurso de la persona natural no empresario en liquidación.

El primer elemento diferenciador a tener en cuenta entre el concurso de acreedores en liquidación del empresario persona física y de la sociedad mercantil productiva es que se ha de brindar una especial protección de la vivienda habitual dentro del concurso a través de la implementación en sede concursal de la figura de emprendedor de responsabilidad limitada, pudiendo traerse a colación en este punto las consideraciones que respecto de las personas naturales no empresarias se han hecho *ut supra*, como equiparando a estos efectos la vivienda natural a los bienes necesarios incardinados en una actividad productiva. Resulta a nuestro juicio imperativo reforzar el régimen de defensa de la vivienda habitual dentro del concurso de acreedores como lo está siéndolo fuera del ámbito del mismo, ya que carece de toda lógica que la existencia de insolvencia declarada con pluralidad de deudas empeore las posibilidades de defensa de la vivienda respecto de la insolvencia no declarada que de hecho suele darse en supuestos de apremio singular extraconcursal de la vivienda habitual.

El segundo, que en tanto que se trata de personas naturales es de aplicación el régimen de segunda/oportunidad, con las peculiaridades que respecto del crédito público determina la jurisprudencia más reciente aplicable, lo que podrá permitir de hecho que escenarios de liquidación dentro de

concursos de personas naturales empresarias resulten realmente liberatorios respecto de deudas que *a priori* no lo resultaban, en especial haciendo nuestras las opiniones de considerar un claro *ultravires* la reforma del precepto introducida en el TRLC.

En ambos casos habría que deslindar—supuesto no siempre fácil—el origen empresarial o extra empresarial de la deuda y ponerlo en cuestión con la naturaleza de los bienes concretos hipotecados, sean bienes necesarios para la actividad o no, circunstancias éstas que no tienen por qué coincidir. Así, resulta habitual en la práctica que negocios subyacentes tales como líneas de crédito con una finalidad eminentemente empresarial resulten garantizados mediante la hipoteca de la vivienda habitual del deudor. Igualmente resulta factible que se detraigan recursos propios de la sociedad para hacer frente a deudas privadas a través de préstamos a socios, que pueden llegar a ser garantizados mediante hipotecas sobre bienes productivos en garantía de los mismos. En ambos casos la esfera de protección debiera ser suficiente si bien abogamos por un refuerzo de la protección de la vivienda del deudor y de su familia, como parece ser la directriz que la directiva (UE) 2019/1023 imparte al legislador español. Igualmente reiteramos la necesidad de otorgar trascendencia concursal a la figura del empresario de responsabilidad limitada como figura llamada a proteger la vivienda del deudor y su familia como bien ajeno a la actividad productiva pero de capital importancia. En este sentido reiteramos la necesidad de reformar el art. 146 TRLC equiparando a los bienes productivos, además de la vivienda habitual del consumidor persona física en el umbral de exclusión, la vivienda del empresario o su familia cuando coste inscrita su condición de empresario de responsabilidad limitada en relación a dicha finca.

En lo que respecta a las sociedades patrimoniales —al margen del tratamiento específico que deba darse a las mismas en tanto que puedan ser integrantes de grupos de sociedades en concurso—debe ser equiparable su régimen al de las personas naturales no empresarias por cuanto que carecen de actividad productiva directa, y ello con dos importantes salvedades en relación a la no aplicación del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho, y de protección de la actividad incardinada en grupos de sociedades.

En primer lugar difiere del régimen de las personas físicas en general, y de la persona natural no empresaria en particular, que no ha de resultar aplicable el régimen de exoneración de pasivo no satisfecho, lo cual resulta justificado y armónico con la legislación de nuestro entorno.

En segundo lugar, para supuestos en que existiendo concurso de acreedores de sociedades integradas en un mismo grupo y en las cuales la actividad o parte de la misma se esté desarrollando a través de elementos productivos incluidos en la masa activa de sociedades patrimoniales, habrá de ponderarse en la declaración de necesidad la actividad del grupo y no de las sociedades de manera aislada, pudiéndose a nuestro juicio llegar a desplegar los efectos de la protección frente a la ejecución separada de hipotecas voluntarias inmobiliarias sin necesidad de cambio legal alguno, en especial en casos de confusión de masa activa en concursos conexos.

En relación a la casuística debe ponderarse en consideración que cuando el negocio jurídico subyacente sea destinado a financiar las operaciones de empresas del grupo que efectivamente realicen una actividad, precisamente empleando para ello en todo o en parte los activos de la empresa patrimonial, la motivación fiscal o de otra índole que ha regido para constituir la garantía respecto de bienes de la sociedad patrimonial debe ceder ante la protección de la actividad, fomentándose la declaración conjunta de concursos de acreedores y permitiéndose la valoración de bien necesario en atención a la actividad concreta y no respecto de los sujetos intervinientes.

Es por ello que el art. 147 TRLC debe partir de la premisa que sea el deudor quien designe qué bienes son necesarios y para qué actividad en un momento muy inicial del concurso, como lo es el de la solicitud del mismo, identificando la actividad en su conjunto e indicando los diversos titulares de los bienes incardinados en la cadena productiva y las garantías constituidas sobre los mismos, en especial las hipotecas inmobiliarias voluntarias.

CONCLUSIONES

Que formula el doctorando D. José María Casasola Díaz.

PRIMERA.

Partiendo de la complejidad del concurso de acreedores como proceso y la relativa agilidad de la ejecución hipotecaria contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil –en especial cuando se trata de bienes hipotecados distintos a la vivienda habitual de un consumidor— entendemos que resulta ajustado a la necesidad de dotar de seguridad jurídica y fluidez al tráfico económico que aquellos acreedores hipotecarios cuyo deudor ha sido declarado en concurso de acreedores puedan ejecutar separadamente –en circunstancias determinadas— las garantías para satisfacer en todo o en parte sus créditos.

No obstante, se hace exigible una adecuada armonización entre ambos procesos simplificando el actual régimen y dotándolo de una mayor seguridad jurídica ya que el régimen de coexistencia entre ejecuciones hipotecarias y el concurso de acreedores resulta confuso dada la posibilidad de que órganos jurisdiccionales distintos a aquel en que se tramita el concurso puedan llegar a iniciar, tramitar o incluso concluir el procedimiento de apremio.

Por un lado la distinción entre fases procesales concretas –en especial fase común, fase de convenio, fase de cumplimiento de convenio y fase de liquidación— que en combinación con la naturaleza del bien sujeto a hipoteca—según resulte necesario o no para la actividad del concursado, en lo que no deja de ser un concepto jurídico indeterminado— no resulta todo lo eficaz que pudiera parecer por cuanto que:

1. Las fases procesales del concurso de acreedores pueden sucederse con cierta rapidez sin que tenga acceso a la hoja del Registro de la Propiedad esta circunstancia.
2. La tramitación de la ejecución hipotecaria ante órganos distintos al que tramita el concurso suele en la práctica conllevar dificultades añadidas, tanto por la necesidad de recabar pronunciamientos concretos por parte del Juez del concurso, como al avance del proceso concursal en sí.
3. La iniciación de un expediente de ejecución hipotecaria por un Juzgado para su remisión y continuación por otro resulta confusa a las partes y a terceros, y costosa al deber tener constancia registral, al igual que ciertas resoluciones que determinen el carácter de necesario o no del bien sujeto a hipoteca.

4. Es frecuente que se pueda producir nulidad de actuaciones por la falta de interconexión a tiempo real entre el concurso de acreedores y la ejecución hipotecaria.

Por todo ello **resultaría mucho más eficaz y armónico con la *vis attractiva* del concurso establecer la competencia exclusiva y excluyente del órgano jurisdiccional que conoce del concurso de acreedores para conocer, tal y como expresa el art. 52.2ª TRLC, de toda ejecución sobre los bienes del concursado sin excepciones**, englobando tanto aquellas que se hubieran iniciado, como aquellas que se encontraran pendientes de admisión como –en general– todas aquellas que no hubieran concluido por resolución firme por la que se hubiera enajenado el bien hipotecario con anterioridad al momento de declaración de concurso, adecuando los arts. 145 y ss. TRLC a la letra y espíritu del 52.2º del mismo cuerpo legal.

SEGUNDA.

El actual régimen de determinación del carácter necesario o no necesario de los bienes del concursado adolece de una regulación muy parca en lo procesal y que resulta contradictoria a nuestro juicio con el principio de audiencia al concursado, por lo que se debe establecer un mecanismo claro y ágil para obtener dicho pronunciamiento.

Así, está fuera de toda duda que se debe simplificar el trámite procesal para la declaración de bienes necesarios. En atención a obtener ese pronunciamiento en fases tempranas del concurso se ha de hacer de manera semejante al régimen establecido en el precurso, regulando tasadamente el momento procesal para acordar respecto de los mismos. Debemos proponer que sea la deudora la que ponga de manifiesto la necesidad o no de sus bienes respecto de actividades concretas en su solicitud de concurso y sea la AC quien en textos provisionales de informe—o en el inventario de la masa activa en caso de concurso abreviado—valore la necesidad o no de los bienes, dejando constancia el Letrado de la administración de justicia de dicha manifestación mediante decreto, y estando sometido a ulterior recurso de revisión dicho pronunciamiento que carecería de fuerza de cosa juzgada material.

TERCERA.

El régimen de protección de los bienes productivos necesarios para la actividad del deudor tiene una incidencia clara en el fomento de la economía y en la conservación del empleo, suponiendo un sacrificio para los acreedores que el legislador ha considerado asumible. Sin embargo existe una lacra en cuanto a la protección de la vivienda habitual del deudor persona física ya que difícilmente será considerada como bien necesario para la actividad, por cuanto que:

1. En supuestos de deudor persona física no empresario perteneciente a colectivos considerados como económicamente desfavorecidos tales como desempleados o jubilados, al no existir actividad profesional, no puede haber declaración de bienes necesarios.
2. En supuestos de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, sólo en aquellos casos en que coincida el centro de trabajo con el domicilio habitual, podrá tener protección dicha vivienda por esta vía.
3. En cualquiera de los casos anteriores resulta procedente que los poderes públicos promuevan la defensa del derecho a la vivienda de los deudores o de aquellas personas que dependan de ellos y sean susceptibles de protección en los términos que establece el ordenamiento jurídico.
4. Y que encontrándose en plazo para trasponer la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas que concluirá—en lo sustancial—el 17 de julio de 2021 se deberán arbitrar los mecanismos legislativos para integrar su contenido en nuestro ordenamiento interno protegiéndose la vivienda del empresario persona física y pudiendo ser vehículo óptimo para introducir las reformas necesarias.

Por lo expuesto **se debe equiparar al régimen de bienes necesarios para la actividad la protección que deba darse a la vivienda habitual del deudor sometido a concurso de acreedores**, independientemente del momento procesal en el que se encuentre el concurso de acreedores, siempre que se acredite que se encuentra en el llamado umbral de exclusión o que conste inscrita en la vivienda habitual la consideración de empresario de responsabilidad limitada.

CUARTA.

El momento procesal en que se puede solicitar la ejecución separada respecto de bienes declarados necesarios dentro de los autos de concurso resulta confuso y no siempre es objeto de un tratamiento homogéneo. En especial, y dada la interdicción de nuevas ejecuciones hipotecarias en supuestos de apertura de la fase de liquidación antes del término del año, incide en perjuicio del acreedor por cuanto puede verse privado de su posibilidad de ejecutar separadamente, e incluso del deudor ya que es posible que se precipiten solicitudes de liquidación cuando aún podían resultar viables escenarios de convenio.

Por ello que entendemos que se debe **simplificar el régimen vigente apreciando que no podrán ser objeto de ejecución separada los bienes necesarios para la actividad del deudor, así como su vivienda habitual en los términos que se han expuesto en las conclusiones anteriores, hasta pasado un año desde la declaración de concurso**, si bien permitiendo dentro de ese término al acreedor hipotecario manifestar su voluntad de ejecutar separadamente.

QUINTA.

La dicotomía entre créditos con privilegio especial y deuda originaria en relación a las más reciente doctrina jurisprudencial presenta un régimen confuso en el que por un lado se incrementan los costes del concurso –dado lo oneroso de los mecanismos para hallar en valor razonable del bien y de la garantía—y por el otro este sobrecoste no siempre será útil ya que dependerá de la fase procesal del concurso si las deudas son satisfechas con base en los créditos reconocidos o en la deuda originaria.

Igualmente, el régimen en virtud del cual parte de los créditos garantizados resulten reconocidos con la calificación de créditos ordinarios, da de hecho el control de las juntas de acreedores a los titulares de dichos créditos para rechazar convenios que podrían resultar beneficiosos para los acreedores comerciales sin que resulte afectada la posibilidad de ejecutar separadamente si se hubiera interesado antes de la apertura de la liquidación por no aceptación del convenio, o durante la fase de cumplimiento de convenio si este hubiera sido aprobado, pudiendo resarcirse en estos casos el acreedor conforme a la deuda originaria.

Adicionalmente, el legislador ha previsto que –en supuestos de incumplimiento de un convenio aprobado con votos a favor de acreedores privilegiados especiales—se permitirá la ejecución separada de los bienes sin perjuicio de que se haya abierto la fase de liquidación y sin que sea de aplicación la quita y espera que le hubiera podido afectar en los términos del convenio incumplido.

Por tanto entendemos que el sacrificio que supone con la actual normativa reconocer sólo parte de los créditos con garantía hipotecaria como créditos privilegiados especiales, previos los trámites para hallar el valor razonable del bien y la garantía, no resulta proporcional al beneficio que genera, **por lo que debiera volverse al régimen anterior de reconocer la totalidad de los créditos garantizados con hipoteca como créditos privilegiados especiales.**

SEXTA.

Entroncando con la anterior conclusión, habida cuenta la importancia que despliega el concepto de deuda originaria y la falta de determinación del mismo que incide directamente en el concurso, toda vez que:

1. Sirve como patrón para imputar las cantidades obtenidas tras el apremio de los bienes hipotecados.
2. Engloba tanto créditos generados antes del concurso como a créditos generados con posterioridad, en especial los intereses remuneratorios devengados hasta el límite de la garantía hipotecaria—que igualmente han de ser considerados créditos privilegiados especiales—y las costas.
3. Y que la doctrina jurisprudencial ha considerado que se ha de equiparar deuda originaria con deuda garantizada no satisfecha, bien previamente a la declaración del concurso, bien satisfecha por la masa del concurso si se hubiera rehabilitado el préstamo que origina el crédito.

Entendemos que es imperativo definir el concepto de deuda originaria precisando que la misma será **la deuda garantizada no satisfecha con los límites inscritos en el Registro de la Propiedad o Bienes Muebles competente en la medida que las partidas se hayan devengado.**

SÉPTIMA.

Que habida cuenta las anteriores Conclusiones **deben ser objeto de reforma los arts. 146 a 149 TRLC** en el sentido de proteger adecuadamente la vivienda habitual equiparándola a los bienes necesarios y adoptando las mejoras procesales propuestas; **el art. 272 TRLC** para definir nuevamente los créditos privilegiados especiales como coincidentes con la deuda garantizada no satisfecha y en relación a las partidas devengadas efectivamente; y **el art. 430.3 TRLC** para definir la deuda originaria. En concreto se proponen los siguientes tenores literales:

Artículo 146. **Inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios.**

Los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado *distintos a la vivienda habitual del deudor consumidor persona física que se encontrara en umbral de exclusión o, caso de que se trate de empresario, cuando coste inscrita su condición de empresario de responsabilidad limitada en relación a dicha finca*, que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla.

Artículo 147. **Declaración del carácter necesario o no necesario de bienes o derechos de la masa activa.**

1. La *decisión respecto* del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso cualquiera que sea la fase en que se encuentre el concurso de acreedores *previa la manifestación por parte del deudor en la propia solicitud del concurso debiéndose designar a tal efecto los bienes que se consideren necesarios para una actividad concreta por la administración concursal, bien*

en sus textos provisionales de informe, bien en el inventario de la masa activa para el caso de tramitación abreviada, debiéndose dejar constancia de la designación de dichos bienes de mediante Decreto en la Sección Tercera. Dicho Decreto podrá ser objeto de recurso de revisión por cualquier legitimado, entendiéndose por tales tanto el deudor como los acreedores personados en autos. El mismo trámite será de aplicación a las discrepancias que pudiera haber respecto de la vivienda habitual del deudor objeto de protección conforme al anterior artículo.

[2 y 3. Inalterados]

Artículo 148 TRLC. **Fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes.**

1. Los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, sean o no acreedores concursales, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida *ante el juzgado que conozca el concurso que asumirá la competencia exclusiva respecto de las mismas independientemente del órgano ante el cual se hubieran instado*, en los siguientes casos:

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

2.º Desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación *en este caso se podrá consignar en los autos de concurso la intención de ejecutar separadamente supeditada a la apertura de la liquidación concursal mediante escrito dirigido a la sección tercera del concurso identificando los bienes y garantías concretos.*

2. La demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o de la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada *de la sección cuarta o, en su caso, quinta* dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

3. Iniciadas o reanudadas las actuaciones ejecutivas, no podrán ser suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso.

Artículo 149. Efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales.

1. La apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso *salvo que hubieran hecho constar en escrito dirigido al efecto su intención de ejecutar separadamente dentro del plazo y requisitos dados por el artículo anterior.*

2. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada *de la sección quinta*. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto.

Art. 272 TRLC. Créditos con privilegio especial.

El privilegio especial alcanzará *a la parte del crédito pendiente de pago desglosada por los conceptos en que se estructure que no exceda del valor de la respectiva garantía inscrita en los registros públicos, siendo considerado su importe a los efectos de esta ley, y en especial a lo dispuesto en el art. 155 de la presente Ley como deuda originaria.*

Art. 430.3 TRLC.

El importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria, *entendiendo como tal el crédito pendiente de pago, desglosado por los conceptos en que se estructure, que no exceda del valor de la respectiva garantía inscrita en los registros públicos*. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda.

En lo que respecta a los **arts. 276 a 279 TRLC** en los que se regula la manera de determinar el valor razonable de los bienes y de las garantías deberán resultar aplicables a los únicos efectos de los acuerdos de refinanciación dado su carácter extraconcursal y su no colisión con el reconocimiento, calificación y clasificación de créditos en el concurso.

La introducción de estas mejoras resultaría vital para reforzar el principio de seguridad jurídica que haría de nuestro sistema uno más justo y eficiente, valorando los intereses de la sociedad en su conjunto, por cuanto se simplificarían normas, se llenarían vacíos legales, y se produciría necesariamente una homogenización de la práctica judicial de los diversos Tribunales llamados a aplicar la norma.

En Málaga, a veintidós de junio de dos mil veintiuno.

José María Casasola Díaz.

Doctorando.

RESOLUCIONES JUDICIALES Y DE LA DGSJFP CITADAS.

Índice de resoluciones judiciales y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública citadas, por orden de citas en tres categorías subdivididas por órganos y ordenadas por fechas: Sentencias, Autos y resoluciones de la Dirección General. Se ha empleado la denominación ECLI en la medida que consten catalogadas las resoluciones añadiéndose cuando así consta la referencia del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). En aquellas resoluciones que no ha resultado posible se ha identificado a la Magistrada o Magistrado ponente.

SENTENCIAS TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA.

Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013, Asunto C-515/11. ECLI:EU:C:2013:164. [Referencia Curia.](#)

Sentencia TJUE (Sala primera) de 4 de junio de 2015. Asunto 497/13, ECLI:EU:C:2015:357. [Referencia Curia.](#)

Sentencia TJUE (Sala tercera) de 21 de abril de 2016. Asunto C-377/2014. ECLI:EU:C:2016:283. [Referencia Curia.](#)

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

STC de 18 de diciembre de 1981. ECLI:ES:TC:1981:41. [Referencia TC.](#)

STC de 17 de mayo de 1985. ECLI:ES:TC:1985:64. [Referencia TC.](#)

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO.

STS de 29 de mayo de 1992, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:1992:13148 (Id. CENDOJ 28079110011992102879).

STS de 4 de mayo de 1998, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:1998:2802 (Id. CENDOJ 28079110011998102267).

STS de 20 de abril de 1999, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:1999:2647 (Id. CENDOJ 28079110011999101373).

STS de 2 de octubre de 2001 Sala de lo Civil, Sección 1ª ECLI: ES:TS:2001:7453 (Id. CENDOJ: 28079110012001102368).

STS de 26 de septiembre de 2002 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2002:6222 (Id. CENDOJ: 28079110012002102469).

STS de 29 de marzo de 2011, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:2011:2163 (Id. CENDOJ 28079110012011100232).

STS de 23 de Julio de 2013, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2013:4079 (Id. CENDOJ 28079110012013100438).

STS de 4 junio de 2014, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2014:3151 (Id. CENDOJ 28079110012014100377).

STS de 15 de julio de 2014 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2014:3169 (Id. CENDOJ 28079110012014100395).

STS de 21 de julio de 2014 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2014:3745 (Id. CENDOJ 28079110012014100441).

STS 18 de febrero de 2015, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2015:970 (Id. CENDOJ 28079110012015100121).

STS de 30 de septiembre de 2015 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2015:4339. (Id. CENDOJ 28079110012015100569).

STS de 4 de noviembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª ECLI: ES:TS:2015:4525 (Id. CENDOJ 28079130022015100468).

STS de 17 de noviembre de 2015 Sala de lo Civil, Pleno. ECLI: ES:TS:2015:4918 (Id. CENDOJ 28079119912015100041).

STS de 21 de diciembre de 2015 Sala de lo Civil, Sección 1ª ECLI: ES:TS:2015:5444 (Id. CENDOJ 28079110012015100700).

STS de 4 de marzo de 2016 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2016:961 (Id. CENDOJ 28079110012016100125).

STS de 5 de abril de 2016 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2016:1503 (Id. CENDOJ 28079110012016100223).

STS de 30 de mayo de 2016 Sala de lo Civil, Pleno. ECLI: ES:TS:2016:2598 (Id. CENDOJ 28079119912016100011).

STS de 4 de noviembre 2016 Sala de lo civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2016:4720 (Id. CENDOJ 28079110012016100625).

STS Sala de lo Civil de 24 de mayo de 2017, Pleno. ECLI: ES:TS:2017:1991 (Id. CENDOJ 28079119912017100010).

STS de 7 de noviembre de 2017 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2017:3918 (Id. CENDOJ 2807911001201710056)

STS de 21 de noviembre de 2017 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2017:4095 (Id. CENDOJ: 28079119912017100034).

STS de 22 de marzo de 2018, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2018:1112 (Id. CENDOJ 28079110012018100162).

STS de 24 de abril de 2018 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2016:961 (Id. CENDOJ 28079110012016100125).

STS de 18 de mayo de 2018, Sala de lo Civil Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2018:1732 (Id. CENDOJ 28079110012018100270).

STS de 24 de mayo de 2018 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2018:1897 (Id. CENDOJ 28079110012018100296).

STS de 23 de octubre de 2018 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2018:3615 (Id. CENDOJ 28079110012018100584).

STS de 11 de abril de 2019 Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI: ES:TS:2019:1222 (Id. CENDOJ 28079110012019100210).

STS de 5 de octubre de 2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:2020:3164 (Id. CENDOJ 280791100120201004927.)

STS de 13 de noviembre de 2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:2020:3652 (Id. CENDOJ: 28079110012020100572.)

STS de 29 de diciembre de 2020, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:2020:4406 (Id. CENDOJ: 28079110012020100657.)

STS de 2 de febrero de 2021 Sala de lo Civil, Pleno. ECLI:ES:TS:2021:233 (Id. CENDOJ 28079119912021100004).

STS de 23 de marzo de 2021, Sala de lo Civil, Sección 1ª. ECLI:ES:TS:2021:1079 (Id. CENDOJ 28079110012021100149).

SENTENCIAS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Sentencia de 12 de septiembre de 2014 Audiencia provincial de Madrid (Sección XXVIII). ECLI: ES:APM:2014:16553 (Id. CENDOJ 28079370282014100267).

Sentencia de 14 de noviembre de 2014 de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección I). ECLI: ES:APLU:2014:711 (Id. CENDOJ 27028370012014100399).

Sentencia de 15 de enero de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección XXVIII). ECLI: ES:APM:2016:486 (Id. CENDOJ 28079370282016100002).

Sentencia de 19 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección XV). ECLI:ES:APB:2016:3801 (Id. CENDOJ 08019370152016100096).

Sentencia de 29 de marzo de 2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección XV). ECLI: ES:APB:2019:2967 (Id CENDOJ: 08019370152019100592).

SENTENCIAS PRIMERA INSTANCIA.

Sentencia de 21 de abril de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Málaga. Ponente Ilmo. Sr. SANJUÁN Y MUÑOZ.

Sentencia de 12 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Palma de Mallorca. ECLI:ES:JMIB:2016:1554 (Id. CENDOJ 07040470012016100142).

Sentencia de 2 de junio de 2016 del juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga. Ponente Ilma. Sra. COHEN BENCHETRIT.

AUTO TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA.

Auto TJUE (Sala sexta) de 11 de Junio de 2015 (Asunto C-602/13, ECLI:EU:C:2015:397).

[Referencia Curia.](#)

AUTOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Y AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto de 29 de septiembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección XV). ECLI: ES:APB:2010:5121A (Id CENDOJ 08019370152010200075).

Auto de 7 de diciembre de 2010 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla-León.

Auto de 18 de marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección XXVIII). ECLI: ES:APM:2011:3464A (Id CENDOJ 28079370282011200025).

Auto de 4 de junio de 2012 de la Audiencia provincial de Pontevedra (Sección I). ECLI: ES:APPO:2012:1300A (Id CENDOJ: 36038370012012200056).

Auto de 10 de abril de 2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección XV). ECLI: ES:APB:2014:98A (Id CENDOJ 08019370152014200015).

Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de junio de 2015, (Sección VI). ECLI: ES:APMA:2015:16A (Id CENDOJ: 29067370052015200013).

Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de junio de 2015, (Sección VI). ECLI: ES:APMA:2015:16A (Id CENDOJ: 29067370052015200013).

Auto de 12 de mayo de 2015 de la Audiencia Provincial de Huelva, (Sección II).

Auto de 22 de junio de 2015 de la Audiencia Provincial de Málaga, (Sección VI). ECLI: ES:APMA:2015:16A (Id CENDOJ: 29067370052015200013).

Auto de septiembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 (Sección VI).

Auto de 15 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección XXVIII). ECLI: ES:APM:2016:257A (Id CENDOJ 28079370282016200031).

Auto de 11 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección XXVIII). ECLI: ES:APM:2016:412A (Id CNDOJ 28079370282016200059).

Auto de 5 de mayo de 2016 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección V). ECLI: ES:APIB:2016:6A (Id CENDOJ: 07040370052016200004).

Auto de 19 de diciembre de 2017 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección VI). Ponente Ilma. Sra. ORELLANA CANO.

Auto de 25 de mayo de 2018 Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección V). ECLI: ES:APZ:2018:1490A (Id. CENDOJ 50297370052018200039).

Auto de 2 de julio de 2018 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección IX). ECLI: ES:APV:2018:3229A (Id. CENDOJ 46250370092018200375).

Auto de 13 de julio de 2018 Audiencia Provincial de Madrid (Sección XXVIII). ECLI: ES:APM:2018:4570A (Id. CENDOJ 28079370282018200086).

Auto de 2 de mayo de 2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección XV). ECLI: ES:APB:2017:8631A (Id CENDOJ 08019370152017200021).

Auto de 12 de mayo de 2020 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección VI). Ponente Ilma. Sra. SUÁREZ-BÁRCENA FLORENCIO.

AUTOS PRIMERA INSTANCIA

Auto de 23 de marzo de 2006 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Alicante. Ponente Ilmo. Sr. D. RAFAEL FUENTES DEVESA.

Auto 16 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Málaga. ECLI: ES:JMMA:2009:70A (Id. CENDOJ 29067470012009200007).

Auto de 26 de octubre de 2010 del Juzgado de lo Mercantil número tres de Barcelona. ECLI: ES:JMB:2010:20A (Id. CENDOJ 08019470032010200001).

Auto de 21 de marzo de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Oviedo. Ponente Ilmo. Sr. D. ALFONSO MUÑOZ PAREDES.

Auto de 20 de diciembre de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid. ECLI: ES:JMM:2013:57A (Id CENDOJ: 28079470082013200005).

Auto de 16 de septiembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao número 11. Ponente Ilma. Sra. D^a María de la Cruz APARICIO ARREDONDO.

Auto de 08 de julio de 2015 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Jaén. Ponente Ilmo. Sr. SHAW MORCILLO.

Auto de 09 de septiembre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil número seis de Madrid. Ponente Ilmo. Sr. VAQUER MARTÍN.

Auto de 3 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil número tres de Barcelona. Ponente Ilma. Sra. GIMÉNEZ GARCÍA.

Auto de 31 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Mercantil número dos de Pontevedra. Ponente Ilma. Sra. D^a Nuria FACHAL NOGUER.

Auto de 13 de junio de 2017 del Juzgado de lo Mercantil número dos de Pontevedra. Ponente Ilma. Sra. D^a Nuria FACHAL NOGUER.

Auto de 12 de junio de 2018 del Juzgado de lo Mercantil número seis de Madrid ECLI: ES:JMM:2018:82A (Id CENDOJ: 28079470062018200029).

Auto del Juzgado de lo Mercantil número uno de Málaga de 31 de julio de 2018. Ponente Ilma. Sra. DEL PILAR MÁRQUEZ.

Auto de 11 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Oviedo. Ponente Ilmo. Sr. D. ALFONSO MUÑOZ PAREDES.

Auto de 10 de noviembre de 2020 del Juzgado de lo Mercantil número dos de Pontevedra ECLI: ES:JMPO:2020:66A (Id. CENDOJ: 36038470022020200003).

RESOLUCIONES DIRECCIÓN GENERAL DE FE PÚBLICA Y SEGURIDAD JURÍDICA⁸²²

Resolución DGSJFP 24 de marzo de 2003 ([B.O.E. núm. 100 de 26 abril de 2003](#)).

Instrucción DGSJFP de 29 de noviembre de 2006 ([B.O.E. núm. 299 de 15 de diciembre de 2006](#)).

Resolución DGSJFP 28 de noviembre de 2007 ([B.O.E. núm. 300 de 14 de diciembre de 2012](#)).

Resolución DGSJFP de 20 de febrero de 2012 ([B.O.E. núm. 62 de 13 de marzo de 2012](#)).

Resolución DGSJFP de 5 de septiembre de 2014 ([B.O.E. núm. 242 de 6 de octubre de 2014](#)).

Resolución DGSJFP de 24 de octubre de 2014 ([B.O.E. núm. 291 de 2 de diciembre de 2014](#)).

Resolución DGSJFP de 25 de abril de 2016 ([B.O.E. núm. 136 de 6 de junio de 2016](#)).

Resolución DGSJFP de 10 de enero de 2017. ([B.O.E. núm. 26, de 31 de enero de 2017](#)).

Resolución DGSJFP de 19 de febrero de 2018 ([BOE núm. 58 de 7 de marzo de 2018](#)).

Resolución DGSJFP de 18 de septiembre de 2019 ([B.O.E. núm. 269 de 8 de noviembre de 2019](#)).

Resolución DGSJFP de 9 de octubre de 2020. ([B.O.E. núm. 280, de 23 de octubre de 2020](#)).

Resolución de la DGSJFP de 11 de febrero de 2021([B.O.E. núm. 48, 25 de febrero de 2021](#)).

⁸²² Antes Dirección General de los Registros y el Notariado.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.

- «La hipoteca unilateral.» *Anuario del Derecho Civil*, 1950, fascículo I, págs. 5 a 88.
- *Derecho Civil. III Derecho de bienes. Volumen Segundo: derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*. Octava Ed. Bosh Barcelona, 1994.

ALFARO ÁGUILA-REAL J. «Disolución y liquidación societaria: la extinción de la personalidad jurídica y la terminación del contrato de sociedad.» Julio 2017. Post contenido en el blog *Almacén de Derecho*. Url. <https://almacenederecho.org/disolucion-liquidacion-societaria-la-extincion-la-personalidad-juridica-la-terminacion-del-contrato-sociedad/uridico>

ALONSO PÉREZ, M. «El código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.» *Revista de Derecho Civil*. vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015).

ALONSO LEDESMA, C. Comentario a los arts. 145 a 149 TRLC. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

ALTIERI G. C. «La influencia del sistema estadounidense en reformas concursales europeas.» Núm. 88 de la revista digital *e-dictum*. Mayo 2019.-

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*. Ed. Comares, Granada 2004.

ARMIJO PLIEGO, A

- «La derivación de responsabilidad en la venta de unidades productivas en sede concursal.» *Revista Lex Mercatoria, doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*. Núm. 3, 2016 artículo nº 2, págs. 7-12.
- «Variaciones en el tipo de interés, vencimiento anticipado e intereses de demora.» capítulo incluido en la obra colectiva *Comentarios a la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ, JM. Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas 2019.

ÁVILA DE LA TORRE, A «Los créditos subordinados en la Ley Concursal.» Capítulo incluido en *Las claves de la Ley Concursal*. Dir. QUINTANA CARLO, E, BONET NAVARRO, A y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JA. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2005.

AZOFRA VEGAS, F. Comentario a los arts. 145 a 149 TRLC. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. *La hipoteca, génesis de su estructura y función*. Ed. Montecorvo. Madrid 1.980.

BARBER CÁRCAMO, R. «La eficacia de los derechos patrimoniales.» *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008.

BATALLER GRAU, J.

- «La desjudicialización de la insolvencia. Una visión crítica.» Artículo incluido en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán*. Liber Amicorum. Dir. ROJO, A y CAMPUZANO. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015.
- «La disolución.» incluido en *La liquidación de las sociedades mercantiles*. Dir. ROJO, A. y BELTRÁN, E. Coord. CAMPUZANO LAGUILLO, A. III ed. València 2016.

BAZ IZQUIERDO, F. *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1980.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E

- «Créditos concursales y créditos contra la masa.» Capítulo incluido en *Comentarios a la Ley Concursal*. Dir. ROJO, A y BELTRÁN, E. Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- «La apertura de la fase de liquidación. El convenio y la liquidación como soluciones al concurso de acreedores.» Capítulo incluido en *Las claves de la Ley Concursal*. Dir.

QUINTANA CARLO, E, BONET NAVARRO, A y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JA.
Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2005.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.

- *Comentarios al Código Civil*. Colección Grandes tratados. Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor, 2009. Edición digital.
- Comentario al art. 1.171 CC incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ABADALEJO GARCÍA, M. Tomo XVI, Vol. 1º Ed. Edersa, 2004. Edición digital.

BERMEJO, N. «Comunicación de créditos.» Capítulo incluido en *Comentarios a la Ley Concursal*. Dir. ROJO, A y BELTRÁN, E. Ed. Civitas, Madrid, 2004.

BLASCO GASCÓ, F

- *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Ed. Tirant lo Blanch. València 2000.
- *Declaración de concurso e inscripción de la hipoteca unilateral por los acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch. València 2004.
- *Prelación y pago a los acreedores concursales*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2004.
- Comentario a los arts.1857 a 1873 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ. Dir. CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011.

BRAUN, S. «Panorama del Derecho Concursal Alemán y Europeo.» *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE* Año 2001. Núm. 61.

CABA TENA, A. *El concepto de grupo de sociedades*. Ed. Tirant lo Blanch. València 2019.

CABANAS TREJO, R. «La incómoda situación de la hipoteca inmobiliaria en el concurso de acreedores, comentario a la RDGRN de 20 de febrero de 2012.» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*. Núm. 17, 2012.

CADENAS DE GEA, C. *El nuevo procedimiento concursal abreviado*. Ed. Ley 57. Málaga 2012.

CADENAS DE GEA, C. y PEREA ORTEGA, R. «El grupo de sociedades en el ámbito concursal.» capítulo incluido en *El control societario en los grupos de sociedades*. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ J.M. Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017.

CALVO, R *La ejecución hipotecaria: problemática registral y procesal*. Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017.

CANALS PRATS. D. Comentario al art. 136 LH. Incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ABADALEJO GARCÍA, M y DÍAZ ALABART, S. Ed. Edersa, Alcobendas 2000.

CAÑIZARES LASO, A.

- *El pago con subrogación*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- «La acción directa y el concurso de acreedores del contratista.» Capítulo incluido en *Estudios sobre derecho de la edificación*. Dir. CAÑZARES LASO, A. Ed. Civitas Cizur Menor, 2010,
- «La resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso de acreedores.» Capítulo incluido en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*. Dir. BOSH CAPDEVILLA, E. Ed. Bosh, L'Hospitalet de Llobregat, 2012.

CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. *Tratado de los derechos de garantía*. Segunda Edición. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2008.

CARRASCO PERERA, A *Los derechos Reales de Garantía en la Ley Concursal*. III Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor, 2009.

CASASOLA DÍAZ, JM.

- «Aspectos procesales del concurso de acreedores.» capítulo incluido en la obra colectiva *Manual de especialización en administración concursal*. Dir. DÍAZ REVORIO, E. Ed. Dykinson. Madrid, 2014
- «Suspensión de ejecuciones hipotecarias. Análisis de la jurisprudencia menor en materia de oposición a la ejecución hipotecaria.» y «Análisis jurisprudencial (I). Marco legislativo.» Incluidos en la obra colectiva *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*. III Ed. Wolters Kluwer, tercera edición. Las Rozas 2017. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ.
- «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera» Incluido en *Comentarios a la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ. Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas 2019.

CASASOLA DÍAZ JM. y PAREJA SÁNCHEZ M. «Un recorrido por la jurisprudencia societaria-mercantil sobre grupos de sociedades.» incluido en *El control societario en los grupos de sociedades*. Dir. LÓPEZ JIMÉNEZ. Wolters-Kluwer. Bosh. Barcelona, 2017

CASCALES DOMÍNGUEZ E M. Comentario a los arts. 406 a 410 TRLC. Incluido en «*Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal.*» Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español común y foral*. Tomo Segundo, derecho de cosas. Volumen Segundo los Derechos Reales restringidos. Duodécima Ed. Reus S.A. Madrid 1978.

CASERO MEJIAS, M. «La Eurohipoteca.» *Revista de Derecho Privado*, núm. 620, enero-febrero 1994.

CERVERA MARTÍNEZ, M. «Los créditos contra la masa.» Capítulo incluido en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015.

CHICO Y ORTIZ, JM *Estudios sobre derecho hipotecario*. Ed. Marcial Pons, Tercera Ed. Madrid 1994.

COHEN BENCHETRIT, A. «Deber de controlar de oficio las cláusulas abusivas en contratos celebrados en el seno del concurso de acreedores.» Revista *Lex Mercatoria*, RLM núm. 5, 2017.

COLINO MEDIAVILLA, JL. *Créditos participativos y concurso de acreedores*. Ed. La Ley Getafe, 2010.

CORDERO LOBATO, E. «Novedades en el régimen de suspensión de lanzamientos y en las medidas de reestructuración del Código de Buenas Prácticas, comprendida la dación en pago (RDL 1/2015)» Revista *CESCO*, marzo 2015.

CORDÓN MORENO, F. *Comentarios a la Ley Concursal*. Grandes Tratados. Ed. Aranzadi, SA, Pamplona 2009. Edición digital.

CUENA CASAS, M.

- «Fresh Start y mercado crediticio.» Revista *InDret* 3/2011
- «Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de la persona física. La persona física insolvente, de nuevo olvidada.» Revista *CESCO*, núm. 11 año 2014, págs. 168-185.

DASSÓ, A. *Derecho Concursal Comparado*. Ed. Legis. Buenos Aires, 2008.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho procesal civil I*. Centro de Estudios Ramón Areces. IV Ed. Primera reimpresión. Madrid 1996.

DE VIVERO DE PORRAS, C

- «Abusividad y situaciones de insolvencia.» Incluido en la obra colectiva *La abusividad en la doctrina del tribunal de Justicia de la Unión europea*. Dir. SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Sepin. Madrid, 2019.

- *Ley de segunda oportunidad: dejar atrás las deudas para volver a empezar.* Ed. Ley 57. Málaga, 2019.

DÍAZ FRAILE, J.

- *Ejecución judicial de la hipoteca.* Centro de Estudios Registrales, 2000.
- Comentario art. 131 LH. Incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Dir. ABADALEJO GARCÍA, M y DÍAZ ALABART, S. Ed. Edersa, Alcobendas 2000. Tomo VII, vol. 7.

DÍAZ MARTÍNEZ, M.

- *El proceso concursal.* Ed. Ramón Areces, 3ª Ed. Madrid, 2009.
- «La liquidación concursal» Capítulo incluido en la obra colectiva *Guía práctica del proceso concursal 2015.* Dir. SANJUAN Y MUÑOZ, E. Ed. Sepin. Madrid, 2014.
- «El proceso concursal.» Incluido en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores.* Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015

DÍAZ REVORIO, E.

- «Ley de apoyo a los emprendedores: la remisión de deudas» Revista *Universidad Internacional de la Rioja.* Enero 2014.
- *Manual de especialización en administración concursal.* Obra colectiva dirigida por el citado. Capítulo octavo «La sección quinta de calificación.» Ed. Fe d'Erratas, Madrid 2014.-
- *La ejecución contra el concursado de créditos contra la masa.* Ed. Fe d'Erratas. Madrid 2015.

DÍEZ PICAZO, L.

- «Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas).» *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, Nº 2, 1992, págs. 501-534
- DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo III Las relaciones jurídico-reales. el registro de la Propiedad. La posesión*. Ed. Aranzadi, quinta edición, diciembre 2008. Edición digital.

DIÉGUEZ OLIVA, R.

- El *principio de accesoriedad y la patrimonialización del rango*. Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009.
- Comentario al art.1532 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ. Dir. CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011.
- «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Especial referencia a los créditos públicos.» *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 50, 2019.
- *La cesión de préstamos con garantía hipotecaria a fondos de titulización: la posición del deudor cedido*. Tirant lo Blanch, València 2020.

DOMINGUEZ LUELMO, A y TORIBIOS FUENTES, F. *Ejecución hipotecaria de vivienda*. Ed. Lex Nova, Valladolid 2000.

ECHEVERRÍA REY, J. «El concepto de “deuda originaria” y su repercusión en el pago de los créditos con privilegio especial.» Artículo publicado en el portal *El Derecho, Sección Tribuna* el 20 de mayo de 2019. URL <https://elderecho.com/concepto-deuda-originaria-repercusion-pago-los-creditos-privilegio-especial>.

ECHEVERRÍA SUMMERS, FM. Comentario al art. 1923 CC. Incluido en *Comentarios al Código Civil*. Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Colección grandes tratados. Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor, 2009. Edición digital.

ELÍAS MONDEJA, A. *Texto refundido de la Ley Concursal. Especial referencia al Libro Segundo del Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo*. Ed. Ley57. Málaga 2020.

EMBED IRUJO, JM. *Derecho de sociedades de capital*. Ed. Marcial Pons, Barcelona 2016

FACHAL NOGUER, N.

- «Principales novedades del Texto Refundido de la Ley Concursal.» *Thompson Reuters*. Dossier correspondiente a mayo de 2020.
- Comentario a los arts. 142 a 151 y 270 a 271 TRLC. Incluidos en *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal. Comentario Judicial, Notarial y Registral*. Dir. PRENDES CARRIL, P y FACHAL NOGUER N. Aranzadi. Edición digital. Marzo 2021.

FERNÁNDEZ SEIJO, JM

- *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*. Ed. Bosh, segunda edición. Barcelona, 2015.
- Comentario a los arts. 429 a 440 TRLC. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

GADEA SOLER, E. «La fase común del concurso (II): la formación de la masa pasiva. Publicidad e impugnación del inventario y de la lista de acreedores.» *V lex edición digital* 2006.

GALACHO ABOLAFIO, A. Comentario al art. 248 TRLC. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Civitas, Pamplona 2016.

GARCÍA GARCÍA, JM. Comentario a los arts. 1874 a 1880 CC. Incluido en *Comentario del Código Civil*. Dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C, DíEZ-PICAZO PONCE DE LEON, LM y otros. Secretaría general técnica de publicaciones. Madrid 1991.

GARCÍA-VILLARUBIA, M.

- «Liquidación societaria y tutela judicial efectiva.» *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 33, 2015.
- «Los concursos de persona natural. El concepto de empresario. Supuestos dudosos.» *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil Núm.* 41, 2016.

GARRIDO, JM. «Créditos con privilegio especial.» Capítulo incluido en *Comentarios a la Ley Concursal*. Dir. ROJO, A y BELTRÁN, E. Ed. Civitas, Madrid, 2004.

GHENT, A. «The historical origins of America's Mortgage Law.» Publicación digital del *Research Institute for Housing America*. Octubre, 2012.

GÓMEZ GÁLLIGO, J.

- «La Eurohipoteca: el sistema hipotecario español como modelo de referencia.» en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006.
- Comentario al art.1876 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dir. CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011.

GÓMEZ LÓPEZ, E. Comentario a los arts. 192 a 203 TRLC. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*.» Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P. «Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos.» Capítulo incluido en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015.

GONZÁLEZ GARCÍA, JM Comentario al art. 56 LECO. Incluido en *Comentario a la Ley Concursal*. Dir. PULGAR EZQUERRA, J. Wolter Kluwers, Madrid 2016.

GUASP, J. *La ejecución judicial en la ley hipotecaria*. Ed Bosh Barcelona, 1951.

GUERRERO PALOMARES, S. *Derecho procesal concursal*. Ed. Tirant lo Blanch, València 2020.

GUILARTE ZAPATERO, V.

- Comentario a los arts. 1857 A 1862 CC. Incluido en *Comentario al Código Civil*. Dir. PAZARES RODRÍGUEZ, C, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, LM y otros. Secretaría general técnica de publicaciones. Madrid 1991. Tomo II.
- Comentario del art. 1.876 CC. Incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ABADALEJO GARCÍA, M. Tomo XXIII. Ed. Edersa. Edición digital, 2004.

GULLÓN BALLESTEROS, A.

- «El crédito privilegiado en el Código civil.» *Anuario de Derecho Civil*, 1.958 fascículo 2.
- Comentario a los arts. 1911 a 1929 CC. Incluido en *Comentario del Código Civil*. Dir. PAZARES RODRÍGUEZ, C, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, LM y otros. Secretaría general técnica de publicaciones. Madrid 1991.

GURREA MARTÍNEZ, A. *El derecho concursal en España: Problemas estructurales y propuesta de reforma*. Ed. Reus, Madrid 2018.

GURREA MARTÍNEZ, L «La problemática paralización de las ejecuciones tras la reforma del artículo 5 bis de la Ley Concursal por el RDL 4/2014, de 7 de marzo.» Revista digital *e-Dictum* N° 32, agosto de 2014.

GUTIÉRREZ ROBLEDO, LM. Comentario al art. 413 TRLC incluido en «*Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal.*» Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. Comentario al Art. 1.206 CC. Incluido en *Comentarios al Código Civil*. Grandes Tratados. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009. Edición digital.

HEDEMANN, J. *Derechos Reales*. Vol. II. Versión española y notas de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

HERNANDEZ RODRÍGUEZ, M

- «La solicitud anticipada.» Capítulo incluido en *Tratado judicial sobre la insolvencia*. Dir. PRENDES CARRIL, P y MUÑOZ PAREDES, A. Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona 2012
- «Los créditos con privilegio.» Capítulo incluido en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015.
- «Novedades jurisprudenciales en materia de calificación concursal.» *Revista Consumo y Empresa*, nº 6 Ed. Vlex.

HUALDE LÓPEZ, I

- Comentario dedicado al art. 142 de la LECO. Incluido *Comentarios a la Ley Concursal*. Dir. CORDÓN MORENO, F. Grandes Tratados. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2009.
- *La fase de liquidación en el proceso concursal*. 2ª Ed. Thomson Reuters – Aranzadi Pamplona, 2013.

HUERTA GARCÍA R. *La subasta concursal*. Ed. Bosh procesal 2019.

IGLESIAS-REDONDO, J. «El concurso de acreedores en el derecho romano clásico.» incluido en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*. Dir. ROJO y CAMPUZANO. Tirant lo Blanch València 2015.

LACRUZ BERDEJO, JL. *Derecho inmobiliario registral*. Reedición de la segunda edición de 1957. Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor 2011.

LAGUNA DOMÍNGUEZ, E. «El derecho real de hipoteca y el crédito garantizado.» Capítulo incluido en *Tratado de garantías en la contratación mercantil.*, TOMO II, VOL. 2 Garantías inmobiliarias. Dir. NIETO CAROL, U. Ed. Civitas. Madrid, 1996.

LASARTE ÁLVAREZ, C. *Compendio de derechos reales*. Séptima edición. Ed. Marcial Pons, Madrid 2018.

LAZO GONZÁLEZ, P. «El contexto dogmático de la par conditio creditorum en el derecho romano.» *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17 -Nº 2, 2010.

LEYVA DE LEYVA, JA. Comentario al art. 137 LH. Incluido en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. ABADALEJO GARCÍA, M y DÍAZ ALABART, S. Tomo VII Vol 7. Ed. Edersa, Alcobendas 2000.

LLOPIS GINER, JM. Comentario a los arts. 1874 y 1877 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dir. CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. «La ejecución separada.» Capítulo englobado en *Enciclopedia de Derecho Concursal*. Tomo I. Dir. BELTRÁN y GARCÍA-CRUCES. Ed. Aranzadi, Pamplona 2012.

LÓPEZ NAVARRO, J. «Algunos aspectos de la hipoteca en EEUU.» Publicación digital incluida en la web <https://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2010/29-hipotecasusa.htm>. Octubre, 2010.

MAGDALENO, A. *Aspectos procesales de la práctica concursal*. Ed. Bosh. Barcelona, 2015.

MANRESA NAVARRO, JM. *Comentarios al Código Civil Español*. Imprenta de la revista de la legislación, Madrid 1907.

MARTÍNEZ DE SANTOS A.

- *La hipoteca y su ejecución (opciones y alternativas procesales)*. Ed. Fe d'Erratas, Madrid, 2016.
- *La hipoteca y su reclamación judicial*. Ed. La Ley. Madrid, 2018.

MATEOS RONCO, A y MELIÁ MARTÍ, E. «La información económico financiera en los procesos concursales en el marco de las normas internacionales de información financiera. Artículo incluido en las ponencias y comunicaciones del XX Congreso anual de AEDEM.

MAZEAUD, H; MAZEDUD, L y MAZEAUD J. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Tercera. Volumen I. Garantías. Trad. Luis Alcalá-Zamora Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1962.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.

- «Observaciones en torno a la buena fe.» Artículo incluido en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Servicio de publicaciones de la universidad de Murcia, Murcia 1989.
- Comentario al art. 7 del Código Civil. Incluido en *Comentario del Código Civil*. Dir. PAZ-ARES RODRIGUEZ, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON y otros. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- «Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho.» *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997.
- «*La buena fe (I): la buena fe subjetiva.*» publicación digital. Almacén del Derecho, noviembre 2017.

MIRANDA SERRANO, J M. Comentario a los arts. 400 a 405 TRLC. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

MOLL DE ALBA LACUVE, C. «El pacto comisorio en el Código Civil.» *Revista de Derecho Vlex*. Núm. 10 Octubre 2003.

MORALEJO MENÉNDEZ I. Comentario a los arts. 393 a 399 TRLC. Incluido en «*Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*.» Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

MORENO GARCÍA, L «La problemática competencial del juez del concurso.» *Anuario Derecho Concursal* núm. 48. Octubre 2019.

MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil. Tomo XXXI, De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia. De la concurrencia y prelación de créditos: artículos 1902 a 1929*. Ed. Reus. Madrid, 1961.

MUÑIZ ESPADA, E. *Bases para una propuesta de eurohipoteca*. Tirant lo Blanch, colección privado. València 2005.

MUÑOZ JIMÉNEZ, JM. *Fiscalidad y contabilidad del concurso de acreedores*. Ed. Sepín. Madrid 2018.

MUÑOZ PAREDES, A.

- «El arte de (no) pagar las deudas.» *La Ley, ed. digital* 21 de febrero de 2020.
- *Aspectos prácticos del Texto Refundido de la Ley Concursal*. Wolters Kluwer Las Rozas 2020.

MUÑOZ PAREDES, JM y DÍAZ LLAVONA, C. Comentario a los arts. 215 a 225 TRLC. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020

OLIVA BLÁZQUEZ F. *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*. Ed. Tirant lo Blanch, València, 2014.

ORDUÑA MORENO, FJ. Comentario al art 1911 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dirigido por CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011.

PANTALEÓN PRIETO, F. «Cesión de Créditos.» *Anuario de Derecho Civil* 1988, núm. 4.

PAU PEDRON A. «El régimen del crédito hipotecario tras el Real Decreto Ley 11/2014 de 5 de septiembre.» *Anuario Derecho Concursal* núm. 24.

PEINADO GARCÍA, J I. Comentario al art. 414 TRLC. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020.

PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos Reales*. Derecho Hipotecario. Tomo II, Madrid, 1999.

PEREA GONZÁLEZ, A. «Insolvencia: el poder de una palabra.» *Noticias Jurídicas sección mercantil-concursal*. Febrero 2020.

PÉREZ BENÍTEZ, J. «La venta de unidades productivas en el concurso en la nueva regulación del Texto Refundido de la Ley Concursal: la sucesión de empresa.» *Boletín Mercantil de Lefebvre*, diciembre 2020.

PICAZO MENÉNDEZ, JC. Comentario a los arts. 272 a 279 TRLC. Incluidos en *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal. Comentario Judicial, Notarial y Registral*. Dir. PRENDES CARRIL, P y FACHAL NOGUER N. Aranzadi. Edición digital. Marzo 2021.

PLAZA PENADÉS, J. Comentario a los arts. 1921 a 1929 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dirigido por CAÑIZARES LASO y

otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011.

PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. *Tratado judicial sobre la insolvencia*. Thomson Reuters – Aranzadi Pamplona 2012.

PULGAR EZQUERRA, J.

- *La declaración del concurso de acreedores*. Ed. La Ley. Madrid 2005
- *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid 2009
- «Acuerdos de refinanciación, escudos protectores y garantías reales.» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Núm. 15. Año 2011.
- «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español.» Artículo incluido en la obra *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe. Publicación de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- *Comentario a la Ley Concursal*. II ed. Wolters Kluwer. Madrid 2016.

RAFÍ i ROIG, FX y DÍAZ REVORIO, E. *Jurisdicción voluntaria en materia mercantil*. Ed. Tirant lo Blanch. València 2016.

RAFÍ i ROIG, FX. «Apuntes sobre la subasta extrajudicial que prevé el art. 15.1 del Real Decreto-ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.» *El Derecho. Sección Tribuna*. Mayo 2020.

RAMÓN CHORNET, JC. Comentario al art.1876 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dir. CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011.

RAMOS CHAPARRO, E. *La garantía real inmobiliaria*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2008.

REY PAREDES, V «Las criptomonedas y su fiscalidad.» Publicación digital *e-Dictum* N° 87, abril de 2019.

RIVERA FERNÁNDEZ, M. *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*. Ed. Dilex SL, 2004. Madrid 2004.

ROCA SASTRE, R.M^a y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho hipotecario*. Ed. Bosh, séptima edición. Barcelona, 1979, Tomo IV vol. 1 y 2.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI E. «Transmisión concursal de unidad productiva, continuidad y existencia de trabajadores.» *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 6/2016.

RODRIGUEZ LÓPEZ, G. Comentario al art 1879 CC. Incluido en *Código Civil comentado*. Coordinado por VALPUESTA FERNÁNDEZ; Dirigido por CAÑIZARES LASO y otros. Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción. Ed. Civitas. Madrid 2011.

RODRÍGUEZ ROSADO, B. «El régimen de segunda oportunidad: posibilidades y alternativas.» Capítulo incluido en la obra colectiva *Vivienda, préstamo y ejecución*. Dir. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M y MURGA FERNÁNDEZ, JP. Ed. Thomson-Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2016.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad» incluido en *Lecciones de Derecho mercantil*. Volumen I. Dir. MENENDEZ MENENDEZ, A; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A y Coord. APARICIO GONZÁLEZ, M. L. Ed. Civitas. Madrid 2014.

ROMERO GARCÍA-MORA, G. «Transmisión de unidades productivas dentro del concurso. En particular la sucesión de empresa a efectos de la seguridad social.» Capítulo incluido en la obra colectiva *Prevención de riesgos e insolvencia de la PYME*. Dir. MARTÍN MOLINA, P. Ed. Fe d'Erratas. Segunda ed. Madrid 2017.

SÁNCHEZ ARISTI, R. Comentario de los arts. 1874 y 1.876 CC. Incluido en «*Comentarios al Código Civil*.» Grandes Tratados. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009. Edición digital.

SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS A. «La ejecución de garantías reales en el concurso.» *Anuario de Derecho Concursal* Núm. 3/2004.

SANCHO GARGALLO I. «Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia.» *Anuario de Derecho Concursal* núm. 51 (septiembre-diciembre 2020).

SANJUÁN Y MUÑOZ, E

- *Concurso de acreedores en el sector de la construcción. Promotoras y constructoras. Afectaciones y peculiaridades.* Ed. Tirant lo Blanch. València 2008.
- *Valoración económica de las garantías reales en supuestos preconcursales y su protección ante el concurso de acreedores.* Ed. Fe d'Erratas. Madrid, 2017.
- «La compatibilidad de la acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación.» *Serie Responsa Prudentium* WP (21) septiembre 2019.
- *Reflexiones mercantiles.* Ed. Ley 57. Málaga, 2020

SENENT MARTÍNEZ, S.

- «El convenio, la liquidación y conclusión del concurso.» *REFOR Guías concursales.* Enero 2017. Núm. 4.
- «Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del Derecho norteamericano y español.» *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil Facultad de Derecho universidad Complutense de Madrid* N°. 47, 2012.

SENÉS MOTILLA, C.

- «Concurso y proceso.» *Revista Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico (Perspectivas actuales de derecho concursal)*, Núm. 12, 2012

- «Aspectos procesales de la liquidación concursal». Artículo incluido en *La liquidación de la masa activa: VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia In memoriam Emilio Beltrán*. Dir. ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. QUIJANO GONZÁLEZ, J. y CAMPUZANO LAGUILLO, A.
- «La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores.» *Anuario de Derecho Concursal*. Núm. 33. Septiembre - Diciembre 2014.
- «El tratamiento concursal del SWAP de tipo de interés.» *Anuario de Derecho Concursal*. Núm. 41, 2017.

SETIÉN HERNÁNDEZ, V. Comentario al art. 440 TRLC. Incluido en *Comentarios al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas, 2020.

SOLANA ÁLVAREZ, J. «Swaps y concurso (Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 629/2015, de 17 de noviembre).» *LA LEY mercantil*, Nº 25, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, mayo 2016.

TIRADO MARTÍ «La liquidación concursal de sociedades en el Derecho inglés.» *Revista de derecho de sociedades*. Núm. 17, 2001.

VILLATA MENEADAS, S. Comentario a los arts. 209 a 214. Incluido en « *al articulado del Texto refundido de la Ley Concursal*. Dir. PEINADO GARCÍA y SANJUÁN Y MUÑOZ. Ed. Sepin Las Rozas 2020, Tomo III.

UGENA MUÑOZ, S. «El iter temporal del orden de prelación para pago de los créditos contra la masa.» *Revista digital e-Dictum*. Núm. 78. Junio 2018.

URÍA, R y MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*. Volumen I, Ed. Civitas. Madrid, 1999.

VADILLO CASERO, T «La eurohipoteca.» *Revista del Notariado* número 4. Noviembre-diciembre 2005.

VALBUENA GUTIÉRREZ, JA. Comentario al art. 1192 CC. Incluido en *Comentarios al Código Civil*. Grandes Tratados. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009. Edición digital.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. Comentario al art. 91 LECO. Incluido en *Comentarios a la Ley Concursal*, Grandes Tratados. Dir. CORDÓN MORENO, F. Ed. Aranzadi, SA, Pamplona 2009. Edición digital.

VÁZQUEZ PIZARRO, MT. «La formación de la masa activa.» *Incluido en El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Dir. CAMPUZANO LAGUILLO, A y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. Ed. Tirant lo Blanch. València 2015.

VEIGA COPO, A. *La masa pasiva en el concurso de acreedores*. Tercera edición. Ed. Civitas, Cizur Menor, 2017.

VEGAS TORRES, J. «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso.» Capítulo incluido en *Las claves de la Ley Concursal*. Dir. QUINTANA CARLO, E, BONET NAVARRO, A y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JA. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2005.

VENTOSO ESCRIBANO, A. «Hipoteca cambiaria. Comentario a la resolución de 1 de junio de 2006.» *RJN*, enero-marzo 2007.

WESTERMANN H. WESTERMANN, HP. GURSKI, K. y EYKMANN, D. *Derechos Reales*. Vol.1. Traducción CAÑIZARES LASO, A. MIQUEL GONZÁLEZ, JM. RODRIGUEZ TAPIA, JM. y RODRÍGUEZ-ROSADO, B. Ed. Fundación cultural del Notariado, Madrid 2007.

YÁÑEZ EVANGELISTA, J. «El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante.» artículo doctrinal publicado en 01/10/2014 en la *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*.

ZUBIRI DE SALINAS, M. «Hipoteca y concurso.» Capítulo incluido en *Las claves de la Ley Concursal*. Dir. QUINTANA CARLO, E, BONET NAVARRO, A y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JA. Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2005.