

EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LIQUIDACIÓN CONSTITUIDA EN FASE DE CONVENIO DE EMPRESA CONCURSADA: ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

EXTRACTO

El presente caso trata de arrojar algo de luz acerca de los problemas que surgen en la práctica diaria a la hora de delimitar cuál es el juzgado competente para decidir acerca de las ejecuciones hipotecarias sobre un bien titularidad de una empresa concursada, cuando la hipoteca se constituyó estando el concurso en fase de convenio aprobado y con posterioridad se acuerda abrir la fase de liquidación por incumplimiento de convenio. La ejecución hipotecaria se está tramitando ante un Juzgado de 1.ª Instancia ordinario y es el Juzgado de lo Mercantil quien aprobó el convenio de acreedores con una sentencia; pero habiendo sido incumplido el convenio, se ha decretado por el Juzgado de lo Mercantil la apertura de la fase de liquidación. Se trata de determinar en este caso en qué medida esa ejecución hipotecaria se ve afectada por la apertura de la liquidación para poder ser sustanciada con normalidad, o dicho de otro modo, si el Juzgado de 1.ª Instancia pierde su competencia para cualquiera de los trámites hipotecarios, o si la mantiene pero condicionadamente a que el Juzgado de lo Mercantil declare que el bien hipotecado es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

Palabras clave: concurso de acreedores, ejecución hipotecaria, convenio y liquidación por incumplimiento de convenio.

Fecha de entrada: 16-05-2017 / Fecha de aceptación: 29-05-2017

ENUNCIADO

El día 31 de marzo de 2011 se aprobó judicialmente la propuesta de convenio presentada por la entidad concursada PP, SL. Como consecuencia de ello se inscribió el día 28 de octubre de 2011 en el Registro de la Propiedad el convenio de acreedores de dicha sociedad y se canceló la anotación preventiva letra A de declaración de concurso voluntario de la misma. El día 1 de julio de 2011, la referida sociedad constituyó hipoteca sobre la finca 5555. Fue inscrita en el Registro el día 28 de octubre de 2011. El día 24 de julio de 2015 se dictó mandamiento judicial por un Juzgado de 1.ª Instancia, en procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado por el acreedor hipotecario, solicitando la expedición de certificación de dominio y cargas de la finca registral 5555, al amparo de los artículos 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La expedición de la misma fue rechazada por la registradora, mediante nota de calificación negativa de día 10 de septiembre de 2015, que no fue impugnada.

El día 25 de noviembre de 2015 se dictó auto judicial por el que se declara incumplido el convenio aprobado en el concurso y se acuerda la apertura de la fase de liquidación. El día 16 de septiembre de 2016 se presentó en el Registro el mismo mandamiento judicial anteriormente aludido junto una diligencia ampliatoria del mismo en el que se expresa por el juez que «en nada afecta a la actividad del ejecutado la ejecución sobre la finca hipotecada n.º 5555, pues una vez abierta la fase de liquidación, dicha sociedad queda disuelta no siendo pues objeto de su actividad por ende la finca que es objeto de ejecución, por lo que deberá expedirse la certificación interesada». La registradora de la propiedad rechazó nuevamente la expedición de la certificación porque, a su juicio, y en aplicación el artículo 57.3 de la Ley Concursal, la competencia para llevar a cabo dicha ejecución, una vez abierta la fase de liquidación, corresponde en exclusiva al juez concursal. La acreedora hipotecaria entiende que no es aplicable dicho precepto pues, en primer lugar, solo entra en juego respecto de los bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, y, en segundo lugar, porque al tiempo de la iniciación del procedimiento ejecutivo no se encontraba abierta todavía la fase de liquidación. ¿Puede denegarse esta certificación de dominio y cargas? ¿Quién debe tramitar esta cuestión?

Cuestiones planteadas:

- Ejecución hipotecaria nacida en fase de convenio de acreedores vigente, y apertura de la fase de liquidación por incumplimiento de convenio: qué órgano es el competente para esa ejecución hipotecaria.
- La declaración de afectación del bien hipotecado a la continuidad de la actividad empresarial, si se ha decretado la liquidación.

SOLUCIÓN

Como se deduce de los hechos relatados en el caso, debe determinarse, por tanto, si en el proceso de ejecución hipotecaria no sustanciado ante el Juzgado de lo Mercantil, si es o no posible expedir la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el apartado 1 del artículo 656 del mismo cuerpo legal, dándose la circunstancia de que tanto la constitución de la hipoteca objeto de ejecución como el inicio del procedimiento ejecutivo tuvieron lugar durante la fase de convenio de acreedores, si bien con posterioridad, como consecuencia del incumplimiento del convenio aprobado, fue declarada la apertura de la fase de liquidación. El análisis de esta cuestión pasa por examinar también otras que directamente afectan a la planteada; por un lado, si estando vigente y en aplicación el convenio de acreedores, puede la empresa concursada celebrar préstamos hipotecarios; en segundo lugar, y en relación con los efectos que la aprobación del convenio de acreedores produce respecto de la ejecución de los créditos, debe determinarse si es posible llevar a cabo una ejecución separada de los mismos ante el juez territorial competente o, por el contrario, la competencia corresponde en exclusiva al juez mercantil que conoce del procedimiento concursal. Y, finalmente, debe analizarse si para un contexto procesal como el descrito, es admisible la ejecución separada de los créditos contra la masa, y todo ello de cara a poder determinar qué órgano es el que ha de ordenar la expedición de esa certificación de dominio y cargas.

En primer lugar, la posibilidad de formalizar préstamos o créditos hipotecarios durante la fase de convenio, tal y como ocurre en el presente supuesto, queda fuera de toda duda. En efecto, respecto de los bienes que no se incluyan en el convenio (e incluso respecto de estos, en la forma y medida que determine aquel), el deudor recupera la totalidad de las facultades dispositivas, pues como dispone el artículo 133.2 de la Ley Concursal, «desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento». De esta forma, con la aprobación del convenio quedan sin efecto la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor y, en general, las limitaciones a su actividad profesional o empresarial establecidas, entre otras, en los artículos 43, 44 y 155 de la Ley Concursal, y pasan a regir las previstas en el convenio (*vid.* art. 137.1 de la misma ley). Aunque en el convenio se hayan establecido medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor y dichas limitaciones hayan sido objeto de constancia registral, el artículo 137, en su apartado 2, establece que los actos contrarios a lo convenido puedan acceder al registro, cuando declara que «las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite». Si no hubiera medidas prohibitivas o limitativas la transmisión es plenamente eficaz, pudiendo, incluso, cancelarse los asientos referentes al concurso.

Además, el legislador trata de fomentar la posibilidad de que el concursado pueda acceder en fase de convenio a créditos que permitan la continuación en el ejercicio de sus actividades, calificando tales créditos como créditos contra la masa. Así, conforme al artículo 84.2.5.º de la Ley

Concursal son créditos contra la masa: «5.º Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso [...] hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso». Según la redacción originaria del citado artículo 84.2.5.º, para considerar tales créditos como créditos contra la masa se exigía que hubieran nacido después de la declaración de concurso y antes de «que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso». Por tanto, el referido precepto imponía una limitación temporal para la consideración de los créditos contra la masa, y es que los mismos hubieran sido generados, entre otras circunstancias, con anterioridad a la aprobación del convenio. En definitiva, lo que se contemplaba, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de diciembre de 2012, era «el supuesto más simple de que el convenio aprobado sea finalmente cumplido, y por esa vía se acuerde la conclusión del concurso, además de prever la alternativa, que sería la no aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación, en cuyo caso el plazo final sería la conclusión del concurso. Es en el caso en que el convenio aprobado se no se cumple, y por ello se resuelve, con la consiguiente apertura de la fase de liquidación, el que se suscita la razonable duda de interpretación acerca de la consideración que merecen los créditos surgidos durante la vigencia del convenio». Y añade la misma sentencia que «el crédito generado durante el periodo de cumplimiento del convenio no nace en un contexto propiamente concursal, sino estrictamente negocial. Por esta razón, el artículo 84.2.5.º de la LC, en su originaria redacción, lo excluía de la consideración de crédito contra la masa, lo que determinaba su tratamiento como crédito concursal, en caso de resolución del convenio y apertura de la liquidación».

Sin embargo, con la nueva redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se suprime el límite temporal de la aprobación del convenio, de tal forma que «[...] "hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso", los créditos surgidos por la actividad del deudor serán contra la masa, también los surgidos en fase de convenio» (*cf.* STS de 4 de diciembre de 2012). Tal como expresa el preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, «se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese "dinero nuevo" que contribuye a la continuidad de su actividad». Por ello los créditos contraídos con posterioridad a la declaración de concurso, y en concreto los contraídos una vez aprobado el convenio, se consideren créditos contra la masa, con las consecuencias que de ello se derivan conforme a la legislación concursal.

Ahora bien, no hay que olvidar que la calificación de los créditos como créditos contra la masa es algo que compete en exclusiva al juez que conoce del procedimiento concursal, pues así resulta del artículo 84.4 de la Ley Concursal, que comienza diciendo que «las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal». Según la Resolución de 29 de mayo de 2013 de esta dirección general, «del estudio sistemático de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal resulta que la consideración de que un determinado crédito es un crédito contra la masa al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la vis atractiva que ejerce

su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso. Explícitamente lo recoge así el artículo 84.4 de la Ley Concursal al decir: «4. Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal». Y es que, como señala la exposición de motivos de la Ley Concursal, «el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos».

Respecto del segundo punto que se indicó con anterioridad, referido a las posibilidades de ejecución separada, la registradora denegó inicialmente la expedición de la certificación en aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal, por entender que en tanto no se declare que la finca hipotecada es innecesaria para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, dicha ejecución hipotecaria separada no era posible. Sin embargo, tal declaración para poder iniciar o continuar una ejecución separada procede tan solo en fase de declaración de concurso, y ello con independencia de la calificación que merezcan los créditos, ya sea concursales, ya contra la masa. La DGRN, en su Resolución de 4 de abril de 2016, ha expresado lo siguiente: «Por todo lo analizado, se produce una radical mutación de los efectos de la declaración de concurso una vez aprobado el convenio con los acreedores, de tal manera que la paralización y suspensión de acciones y ejecuciones singulares prevista en el artículo 55 de la Ley Concursal solo despliega sus efectos, durante la fase de declaración de concurso, quedando las mismas superadas por la aprobación firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio, eso sí, de las previsiones o medidas adoptadas en el mismo que pudieran tener naturaleza patrimonial más allá de una mera quita o espera. Por ello, una vez aprobado el convenio debemos atenernos a las limitaciones en él impuestas. La aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte a los acreedores hipotecarios, también incide en la ejecución hipotecaria, pues se levanta la suspensión de ejecución sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, como se deduce del artículo 56 de la Ley Concursal antes transcrito».

Añade la misma resolución, después de citar la doctrina del Tribunal Supremo, que «esta eliminación de los efectos propios de la declaración de concurso, y su sustitución por los establecidos en el convenio, ha sido igualmente reconocida en la doctrina de este centro directivo. Así, en resoluciones consolidadas desde la antigua regulación de suspensión de pagos (15 de noviembre de 1999) hasta la regulación actual de la Ley Concursal (entre otras, en las Resoluciones de 13 de octubre de 2011, 8 de abril y 13 de diciembre de 2013 o 6 de octubre de 2014) contemplan una recuperación de las facultades del concursado, sin perjuicio de los propios efectos previstos en el convenio que sujetarán y regularán las relaciones entre deudor y acreedores. A modo de ejemplo la Resolución de 8 de abril de 2013 consideró que aprobado el convenio, y en tanto no resulte del mismo ninguna limitación, que en ningún caso pueda suponer exclusión del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (*cfr.* art. 1911 del Código Civil), debe entenderse que es posible la práctica de anotaciones preventivas de embargo, ordenadas por juzgados o administraciones distintos del Juzgado de lo Mercantil

que lo estuviera conociendo, por cuanto, como proclama el artículo 133 de la Ley Concursal, desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso; y la posterior de 13 de diciembre de 2013 señaló que incluso en ausencia de tales medidas limitativas o prohibitivas, algunos de los efectos de la fase común del concurso, previstos en el título III de la Ley Concursal, subsisten y se extienden a la fase de convenio, alguno de ellos de indudable trascendencia registral. Todo ello sin perjuicio de entender, también en consonancia con la jurisprudencia antes detallada, que el concurso no puede entenderse concluido hasta que no alcance firmeza el auto que declare cumplido el mismo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 141 y 176.1.2.º de la Ley Concursal, así Resolución de 24 de octubre de 2014». Y concluye diciendo que «por lo tanto, el único impedimento para que el acreedor hipotecario pueda ejecutar separadamente su garantía, incluso cuando recaiga sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, es que del contenido del convenio aprobado resulte afectado el ejercicio de este derecho, en cuyo caso el régimen de sus derechos dependerá de la solución negociada acordada, circunstancia que podrá ponerse de manifiesto ante el juez competente por el deudor o por cualquier interesado legítimo».

Respecto de los créditos contra la masa, la posibilidad de ejecución separada resulta tanto de la legislación concursal como de la interpretación que de la misma han realizado este centro directivo y el Tribunal Supremo. En efecto, de acuerdo con el artículo 84.4 de la Ley Concursal, «no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos [los créditos contra la masa] hasta que se pruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos». La DGRN, en su Resolución de 29 de mayo de 2013, puso de relieve que «resulta con nitidez de la regulación legal que la iniciación de un procedimiento administrativo de ejecución contra el concursado por falta de pago de un crédito contra la masa exige por un lado que este carácter sea indubitado y por otro que el procedimiento concursal se encuentre en la fase procedimental adecuada bien por aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio, por aprobación judicial del convenio aceptado por la junta de acreedores o por declaración judicial de apertura de la fase de liquidación (*vid.* arts. 109, 130 y 142 de la Ley Concursal), a salvo la excepción del transcurso del plazo de un año». Por su parte, el Tribunal Supremo en su Sentencia número 5408/2014, de 12 de diciembre, interpreta el transcrito artículo 84.4 de la Ley Concursal al declarar lo siguiente: «9. En otras resoluciones anteriores (desde la Sentencia 237/2013, de 9 de abril), con ocasión de reconocer que el crédito por cuotas de la seguridad social posteriores a la declaración de concurso, en cuanto crédito contra la masa, es exigible conforme a lo previsto en el artículo 84.3 de la LC, y por ello puede devengar recargos, que también gozan de la consideración de crédito contra la masa, ya advertíamos que el crédito contra la masa «no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC). En realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en que se levantan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC). Así como el impago de los créditos concursales provocaría la rescisión del convenio y la apertura de la liquidación (art. 140 LC), el impago de los créditos contra la masa daría lugar a su reclamación de pago y, si fuera necesario, la preceptiva ejecución. Sin perjuicio de que también pudiera justificar una acción de incumplimiento del convenio y de apertura de la liquidación».

En consecuencia, aprobado judicialmente el convenio de acreedores desaparece todo obstáculo para la ejecución separada de créditos, cualquiera que sea la calificación que a estos correspondan, concursal o contra la masa, y cualquiera que sea la naturaleza, necesaria o innecesaria para la continuación del ejercicio profesional o empresarial del deudor, de los bienes sobre los que recaigan, calificación esta que, por otro lado, corresponde al juez del concurso, y no al territorial ante el que se sigue el procedimiento ejecutivo (*cf.* art. 56, apdos. 2 y 5, de la Ley Concursal) como resulta de la diligencia ampliatoria presentada en el presente caso.

En este caso concurre la circunstancia de que, al tiempo de la presentación en el Registro (por segunda vez) del mandamiento judicial sobre la expedición de la certificación de dominio y cargas, ya había sido declarada la apertura de la fase de liquidación del concurso. Por ello debe determinarse qué es lo que ocurre con aquellos procedimientos cuya ejecución se inicia o continúa en fase de convenio (como consecuencia del levantamiento de los efectos suspensivos que la aprobación de aquel conlleva, según lo arriba expuesto), pero en los cuales, sin estar concluidos, se incumple el convenio con ulterior apertura de la fase liquidatoria (*cf.* arts. 140.4 y 143.1.5.º de la Ley Concursal). Se plantea así, una vez más, la cuestión de la competencia objetiva para la ejecución de las garantías reales cuando el deudor se encuentra en situación concursal, materia que es calificable por el registrador (*ex* art. 100 del Reglamento Hipotecario) y de extrema importancia por su carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal, cuya infracción puede provocar la nulidad del acto (art. 238.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). A este respecto es necesario advertir, desde un principio, que no se cuestiona en ningún momento la posibilidad de ejecución de la acción hipotecaria. Lo que debe decidirse es si mantiene la competencia para la ejecución separada el juez ordinario, fijada la competencia en el momento de la interposición de la demanda de ejecución, o si lo que procedería, en su caso, es la suspensión del curso de las actuaciones pasando la competencia al juez del concurso, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada (art. 57.3 *in fine* de la Ley Concursal).

No obstante su trascendencia, la falta de claridad de la legislación concursal en materia de competencia para la ejecución de las garantías reales ha dado lugar a una numerosa jurisprudencia menor. En la actualidad, la tesis mayoritaria que se impone entiende que no es cierto que cualquier ejecución hipotecaria sobre bienes integrados en el patrimonio del concursado corresponda al conocimiento del juez del concurso, de conformidad con el principio general del artículo 8.3 de la Ley Concursal que atribuye a dicho juez competencia exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». El artículo 55.4 de la Ley Concursal exceptúa de la prohibición de iniciación de ejecuciones singulares, o de su paralización en caso de que estuvieren iniciadas, lo dispuesto para las garantías reales en los artículos 56 y 57. La jurisprudencia mercantil ha perfilado el alcance de estos preceptos sosteniendo de manera mayoritaria que la competencia del juez del concurso en esta materia quedaría circunscrita a los bienes necesarios. Cuando la garantía real está constituida sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor, la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, por lo que quien debería conocer de las correspondientes ejecuciones no habría de ser el juez del concurso sino el competente de acuerdo con las normas

extraconcursales. La modificación de este artículo 56 realizada por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, se justifica en la exposición de motivos para «limitar los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial». Se reconoce así la intención del legislador de que la suspensión no alcance a los bienes que no tengan esta condición de ser necesarios.

Resultando evidente la relevancia que tiene la calificación como necesarios de los bienes afectos a la garantía real, será el juez del concurso, en cualquier caso, el único competente para decidir si el bien contra el que se sigue o se pretende seguir una ejecución hipotecaria es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56.5 de la Ley Concursal). La atribución de la competencia para la apreciación de estas circunstancias en favor del juez mercantil se justifica porque así se compagina el principio de universalidad de la masa activa del concurso con estas excepciones que posibilitan ejecuciones separadas al margen del concurso. A salvo del supuesto específico previsto en el artículo 76.3 de la Ley Concursal para los titulares de créditos privilegiados sobre los buques y las aeronaves, las ejecuciones separadas al margen del concurso amparadas por la legislación concursal presuponen siempre una previa declaración del juez del concurso por la que se declare el carácter no necesario del bien (*vid.* artículos 55 y 56 de la Ley Concursal). Adviértase que, aunque se haya reconocido de manera mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia la competencia del juez ordinario para la ejecución de las garantías reales cuando recaen sobre bienes no necesarios, lo cierto es que desde la fecha de declaración de concurso, sea o no firme, también estas resultan afectadas por la suspensión, aunque ya estuvieren publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, pues solo se alzará y se ordenará que continúen cuando se incorpore al procedimiento testimonio del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios.

Como se apuntaba al principio, se debe resolver ahora una situación no prevista por el legislador, a saber, la de un proceso de ejecución hipotecaria que se inició habiendo sido aprobado el convenio por sentencia del Juzgado de lo Mercantil, donde por haber cesado los efectos del concurso de conformidad con el artículo 133 de la Ley Concursal, la competencia para la tramitación correspondería al juzgado ordinario, pero que, antes de solicitar la expedición de la certificación de título y cargas al Registro de la Propiedad, se ha declarado la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del convenio. Además el crédito garantizado con la hipoteca no es un crédito concursal, sino contra la masa por lo que no se ve afectado por el contenido del convenio, que es de fecha anterior. La solución a este supuesto, ciertamente compleja, puede equipararse a la situación de un proceso hipotecario iniciado contra quien no estaba en concurso pero que después pasa a estar declarado en esta situación, que consiste en la suspensión contemplada en el artículo 56.2 de la Ley Concursal. Y se alzará la suspensión desde el instante que conste en autos testimonio de la resolución del juez del concurso por la que se declare el carácter no necesario del bien, en cuyo caso la ejecución continuará hasta su conclusión sin que se vea afectada por las vicisitudes propias del concurso (art. 57.2 de la Ley Concursal).

Ciertamente, abierta la fase de liquidación resulta extraño hablar de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, por la propia finalidad de la

liquidación que ya no es mantener la viabilidad de la empresa, que ha devenido imposible, sino la realización de forma colectiva de los bienes para la satisfacción ordenada de los acreedores. Aunque la ley no ha previsto hasta cuándo puede solicitarse esta declaración de innecesaridad del bien para permitir la reanudación separada de la ejecución, parece que no tiene sentido que se efectúe una vez aprobado el plan de liquidación.

Sin embargo, estos conceptos tampoco son completamente ajenos a la liquidación como lo corroboran los artículos que prevén reglas especiales supletorias para la liquidación del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor (art. 149.1.^a de la Ley Concursal). Y por eso se ha entendido que es posible que el plan de liquidación declare la innecesaridad de determinados bienes cuya ejecución hipotecaria extraconcursal haya quedado suspendida como consecuencia de la declaración de concurso a los efectos de que el acreedor pueda continuar la ejecución ante el órgano inicial, pues no se ve ventaja alguna en este caso de tener que remitir lo actuado al juez concursal para que continúe la ejecución. Según esta solución podría permitirse continuar ante el juez ordinario una ejecución iniciada antes de la apertura de la fase de liquidación, siempre que el plan así lo prevea y apruebe. Se compaginaría así principio de universalidad de la masa activa del concurso y el carácter universal que supone la liquidación concursal, con las excepciones reconocidas a los acreedores con garantía real para la ejecución separada. De no hacerse así, la disposición aplicable al presente supuesto sería el segundo inciso del artículo 57.3 de la Ley Concursal: 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». La consecuencia es que el procedimiento de ejecución hipotecaria suspendido deberá reanudarse conforme al último inciso del artículo 57.3 citado, acumulándose al procedimiento de concurso para su prosecución en pieza separada. Conforme al artículo 76.1 de la Ley Concursal únicamente forman parte de la masa activa 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 adquiriera hasta la conclusión del procedimiento. Los bienes del deudor sobre los que esté constituida una garantía real están integrados en la masa activa, pero lo están como bienes gravados o limitados por el derecho real y, así, la integración de los bienes con garantía hipotecaria en la masa activa del concurso no excluye el derecho del titular de la garantía a la realización individual de su derecho, esto es, su derecho a la ejecución separada del bien gravado que, conforme al artículo 56.2 de la Ley Concursal, ha quedado suspendido y reanudado de conformidad con los artículos 57.1 y 57.3. Se posibilita de esta manera la ejecución separada del bien, sin perjuicio de que el eventual sobrante que pudiera producirse sea remitido a la masa activa del concurso.

Por otra parte, es cierto que aprobado el convenio cesan los efectos del concurso, pero este no concluye hasta que no se dicte la resolución prevista en el artículo 176 de la Ley Concursal. Con el convenio se produce una suspensión temporal de sus efectos, pero el deudor sigue en concurso hasta que se declare su conclusión. El tenor literal del artículo 57.1 de la Ley Concursal al utilizar la expresión «durante la tramitación del concurso», en puridad, comprende hasta su conclusión, por tanto, mientras no se dicte la resolución prevista en el artículo 176 se está tramitando el concurso a estos efectos, como tiene declarado el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección

Primera, 146/2015, de 26 de marzo), por lo que hasta ese momento la competencia sería del juez del concurso. Con la aprobación del convenio cesan los efectos del concurso, el juez del concurso deja de tener competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los artículos 8 y 50 de la ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio. Esta pérdida de competencia del juez del concurso será definitiva si se dicta la resolución prevista en el artículo 176 de la Ley Concursal. Pero recupera el juez del concurso su competencia con la apertura de la fase de liquidación. En la fase de convenio la competencia del juez del concurso puede entenderse como residual y limitada a los supuestos expresamente contemplados en la ley, pero si se tuviera que abrir la fase de liquidación por incumplimiento, el juez retoma todas las competencias, aun mayores que durante la fase común.

En nuestro caso, acreditada la existencia de los presupuestos que permiten esa ejecución separada, es incuestionable que ha de hacerse a través de la citada causa ya abierta, sometida a la totalidad de sus normas procesales, incluida la del precio o valor de tasación a efectos de subasta, sin más alteración que la competencia, que será la del juez del concurso conforme a lo previsto en el artículo 57.3 Ley Concursal. El acreedor hipotecario no pierde su condición de ejecutante con todos los derechos que la ley procesal le concede, solo se produciría, en su caso, un cambio del juzgado competente, que pasar a ser el juzgado mercantil, pero sin cambio de procedimiento (ejecución en pieza separada dentro del concurso), y con la previsión de que el sobrante obtenido de la ejecución, de haberlo, pasará a formar parte de la masa de bienes con que hacer pago a los acreedores concursales.

La solución propuesta equilibra de manera adecuada el carácter universal que supone la liquidación concursal con los derechos del acreedor hipotecario a la ejecución separada de su crédito. Además, el artículo 140.4 de la Ley Concursal, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, dispone en su segundo párrafo que «no obstante lo anterior, si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido 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». Este artículo, al referirse expresamente a acreedores vinculados o adheridos al convenio (y el acreedor ejecutante en el presente caso no lo es, pues su crédito es posterior a la aprobación del convenio), no hace sino evidenciar una excepción a la regla general. Lo que ampara este artículo es que, a pesar de haberse abierto la fase de liquidación, puede iniciarse una ejecución separada en estos supuestos especiales, manteniendo íntegra su clasificación como crédito con privilegio especial.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley 22/2003 (concursal), arts. 55, 56, 57, 84, 149 y 155.
- SSTs de 9 de abril de 2013, 12 de diciembre de 2014 y 26 de marzo de 2015.
- Resoluciones de la DGRN de 29 de mayo de 2013 y 4 de abril de 2016.