

FAUSTINO CORDÓN MORENO
(Director)

COMENTARIOS A LA LEY CONCURSAL

Tomo I

2ª edición

ARANZADI



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2004
Segunda edición, 2010

DISTRIBUCIÓN DE LA OBRA POR AUTORES

Faustino CORDÓN MORENO (Director): **Ley 22/2003**: Arts. 40-44, 49-55, 58-60, 76, 80-83, 98, 106, 109, 111-115 bis, 127-132, 135, 137-141, disp. adic. 1ª, disp. transit. 1ª, 2ª, disp. derog. única, disps. finales 1ª, 3ª, 5ª, 10ª-12ª, 14ª-16ª, 32ª-35ª. **LO 8/2003**: Art. 1.

Julio MUERZA ESPARZA: **Ley 22/2003**: Tit. VIII rúbrica, arts. 183, 189. Cap. III rúbrica, arts. 192-198, disp. final 4ª.

Eduardo M.ª VALPUESTA GASTAMINZA: **Ley 22/2003**: Arts. 26-39, 45, 46, 48, 61-70, 74, 75, 84-97, 99-105, 107, 108, 110, 133, 134, 136, 154-162, disps. adics. 2ª-4ª, disps. finales 2ª, 9ª, 17ª-30ª.

Mª Elena ZABALO ESCUDERO: **Ley 22/2003**: Arts. 10, 11, 199, 200, 205-207, 210.

Mª Pilar DIAGO DIAGO: **Ley 22/2003**: Arts. 202, 203, 211-219.

Katia FACH GÓMEZ: **Ley 22/2003**: Arts. 208, 209, 220-225.

Javier FAJARDO FERNÁNDEZ: **Ley 22/2003**: Arts. 56, 57, disps. finales 7ª, 8ª.

Pedro GARCIAÑDÍA GONZÁLEZ: **Ley 22/2003**: Arts. 8, 9, 12. **LO 8/2003**: Art. 2, disp. transit. única, disp. derog. única, disps. finales 1ª a 3ª.

Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES: **Ley 22/2003**: Arts. 184-188, 190, 191, disps. finales 6ª, 31ª.

Ibon HUALDE LÓPEZ: **Ley 22/2003**: Arts. 142-153.

Francisco B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: **Ley 22/2003**: disp. final 13ª.

María MARCOS GONZÁLEZ LECUONA: **Ley 22/2003**: Arts. 1-7, 13-25.

Javier NANCILARES VALLE: **Ley 22/2003**: Arts. 47, 77-79.

Javier PÉREZ MILLA: **Ley 22/2003**: Arts. 201, 204, 226-230.

Cecilia ROSENDE VILLAR: **Ley 22/2003**: Arts. 163-182.

Elena SILVETTI*: **Ley 22/2003**: Arts. 71-73.

Blanca TORREBIA CHALMERTA: **Ley 22/2003**: Arts. 116-126.

* Art. 71, actualizado para la segunda edición por Eduardo Valpuesta Gastaminza, Arts. 72 y 73, actualizados para la segunda edición por Faustino Córdón Moreno.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2010 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Faustino Córdón Moreno]

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Depósito Legal: NA 115/2010

ISBN 978-84-9903-404-1 (Tomo I)

ISBN 978-84-9903-430-0 (Obra completa)

Printed in Spain. Impreso en España

Faustino Córdón Moreno (Director)

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Navarra

Julio Muerza Esparza

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Navarra

Eduardo M.ª Valpuesta Gastaminza

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Navarra
Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Navarra

Mª Elena Zabalo Escudero

Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza

Mª Pilar Diago Diago

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza

Katia Fach Gómez

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza

Javier Fajardo Fernández

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de Navarra

Pedro Garciañdía González

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de La Rioja

Pablo Gutiérrez de Cabiedes

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

Ibon Hualde López

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Navarra

* Los comentarios de la autora se realizan en el marco de los Proyectos de Investigación DER 2009-11702/JURI y e-PROCIFIS (Ref. S14/3).

** Los comentarios del autor se realizan en el marco de los Proyectos de Investigación SEJ 2007-65434 y DER 2008-02325/JURI.

los procedimientos administrativos de ejecución iniciados en virtud de la providencia de apremio sin especificar si la continuación se predica sólo de los bienes y derechos previamente trabados [situación actual prevista en el art. 129 de la Ley General Tributaria (LGT)] o si también permite realizar nuevas trabas con fuerza ejecutiva una vez iniciado el concurso. La primera alternativa no sólo es la coincidente con el régimen anterior a las reformas legales de 2003 sino la coherente con la contraexcepción con que concluye el párrafo, conforme a la cual no podrán continuar dichas ejecuciones administrativas o laboral si el bien objeto de embargo resulta necesario para la continuidad del proceso productivo del deudor, lo que parece presuponer la existencia ya del embargo (AAP Baleares de 5 febrero 2007 [JUR 2007, 323467]). Aunque en ocasiones se ha admitido si los bienes se califican por el Juez concursal como no necesarios» (cfr. SJMerc núm. 1 de Navarra de 16 noviembre 2005).

4. La posibilidad de continuar las ejecuciones laborales

También podrán proseguirse separadamente las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, con la misma condición de que tales bienes no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1.II). El precepto, que fue introducido en el Senado, impide iniciar una ejecución laboral después de la declaración de concurso (salvo que se trate de sentencia que reconozca un crédito laboral objeto de ejecución separada en los términos del art. 84.2, 1º) (cfr. art. 154.2), pero (con las condiciones respecto de los bienes embargados) no impide continuar la que se hubiera iniciado con anterioridad. Se traslada así a la ejecución la norma general del art. 51.1 que prevé la prosecución de los juicios declarativos pendientes y, en definitiva viene a recogerse, aunque sólo para estos casos, la anterior norma del art. 32, apartado quinto del Estatuto de los Trabajadores conforme a la cual «las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal».

La prioridad de la continuidad de la ejecución laboral viene determinada por la fecha del embargo de bienes, para cuya determinación, en defecto de previsión expresa en la LPL, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 587.1 LECiv: «El embargo se entenderá hecho desde que se decrete por resolución judicial (si el bien es inmueble) o se reseñe la descripción de un bien (mueble) en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado medidas de garantía o publicidad de la traba». La traba se confi-

gura así como acto autónomo, independiente de la medida de garantía que se pueda adoptar, negando el carácter constitutivo de ésta, en especial de la anotación preventiva en el caso de embargo de bienes inmuebles, y haciendo posible la afección de los mismos cuando no están inscritos en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio, por supuesto, de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas (cfr. art. 587.2).

La cuestión, que ya estaba planteada en la quiebra, es si la admisión del seguimiento de la ejecución laboral separada equivale al reconocimiento de una preferencia absoluta al crédito o, por el contrario, puede ser discutida, dentro del proceso laboral de ejecución, por otros créditos, laborales o no, reconocidos en el procedimiento concursal a través de la tercera de preferencia. Las dificultades derivan de que, por un lado, no se puede negar a un crédito (laboral o no) hacer valer su preferencia frente a otro laboral, porque supondría privarle del derecho de acción; pero, por otro, reconocer esta posibilidad supondría abrir una vía a dicho crédito para salir del concurso que puede ocasionar trastornos en el desarrollo del mismo. Y estas dificultades pueden aumentar cuando el crédito salarial ejecutado separadamente se confronta con deudas de la masa en el caso de que ésta sea insuficiente. Sin embargo, en mi opinión ambos extremos pueden compatibilizarse, reconociendo al crédito el derecho a hacer valer su preferencia a través de la tercera de mejor derecho en la ejecución separada (cfr. en tal sentido la STS, Sala 4ª, de 19 diciembre 2000 [RJ 2001, 827]), pero disponiendo que, en caso de prosperar, la suma que se obtenga se incorpore al concurso.

Artículo 56. Paralización de ejecuciones de garantías reales.

1. *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 transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.*

Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.

2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.

4. 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.

Artículo 57. Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales.

1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien, a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.

3. 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.

Comentario (Arts. 56 y 57)*

Concordancias: Arts. 44, 55, 57, 76, 80, 90, 155 y disps. finales 2ª, 7ª, 8ª, 9ª y 30ª LCon, Arts. 98 y 568 LECiv.

I. Antecedentes

Entre el texto final aprobado como art. 56 LCon y los textos de sus antecedentes (arts. 55 de APLCon y PLCon) hay tres diferencias fundamentales:

* Por Javier Fajardo Fernández.

a) La delimitación del supuesto de hecho al que se aplica la suspensión (bienes afectos a actividad profesional del concursado) se encontraba en el APLCon algo escondida en el párrafo 2. El PLCon la llevó, con buen criterio, al párrafo 1. La LCon sintetiza la formulación anterior, que era más enumerativa.

b) APLCon y PLCon permitían la continuación de la ejecución que había llegado a anuncio de subasta sin más limitaciones. La LCon limita este supuesto a los casos en que «la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» (art. 56.2 LCon).

c) Los arts. 55 de APLCon y PLCon tenían un párrafo 5 según el cual la ejecución de bienes no afectos a la actividad productiva del concursado debería continuarse hasta la realización del bien, «suspendiéndose la tramitación posterior». El artículo correspondiente de la LCon (el 56) carece de este párrafo.

La redacción final del art. 57 es idéntica a la que figuraba en el APLCon (art. 56) y en el PLCon (art. 56).

II. Introducción

La Exp. Motivos de la LCon indica que ha pretendido aunar dos objetivos: a) por un lado, respetar «la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito» y exige no «perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor»; y b) por otro, que la ejecución separada de las garantías no «perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal». Según la misma Exp. Motivos, «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».

El art. 56 LCon dispone, fundamentalmente, dos cosas:

a) Reconoce a los acreedores con garantía real y a otros equiparados a ellos la ejecución separada *ex iure crediti*, es decir, la posibilidad de ejecutar separadamente bienes de la masa concursal mientras dura el concurso.

b) Establece la paralización temporal de esas mismas ejecuciones separadas cuando recaigan sobre bienes afectos a la actividad productiva del concursado durante un período que terminará con la aprobación del convenio.

la apertura de la liquidación o el transcurso de un año sin ninguna de las dos.

Conviene detenerse brevemente en la primera de las afirmaciones. Es importante que la LCon reconozca expresamente (aunque sea mediante interpretación *a sensu contrario*) la ejecución separada, pues de otro modo podría haberse puesto en duda su subsistencia, ya que con la LCon han quedado derogadas o modificadas significativamente casi todas las normas que la fundamentaban hasta ahora (arts. 161.2, 166, 1173.3, 1379 LECiv/1881; 1915.1º y 1916.1º CC; 883 y 884 CCom; 127.VII y 132 LH –este último, antes de ser reformado por la LECiv/2000–; 9.IV LSP y 98.1.II y 568 LECiv/2000). Desde luego, parece claro que el legislador no ha pretendido con ello acabar con la ejecución separada, sino sólo paralizarla en los supuestos más importantes: cuando su objeto son bienes afectos a la actividad productiva del concursado¹. Si mediante las Disposiciones Finales ha convertido en mera remisión toda mención a las situaciones concursales contenida en normas distintas de la LCon, ha sido para evitar antinomias, y especialmente para impedir que una regulación «autónoma» de la ejecución separada pueda interpretarse como un «no sometimiento» a la paralización del art. 56 LCon. Entendido esto, resulta claro que ni la desaparición de una norma que reconocía específicamente la ejecución separada implica que haya desaparecido la ejecución misma, ni su permanencia (debida probablemente al descuido del legislador, como en los arts. 16.5.II y disp. adic. 1º.5 LVPBM) supone que esa ejecución quede al margen de la paralización del art. 56 LCon.

III. La paralización de la ejecución

A) El art. 56.1 LCon establece una «paralización temporal de las ejecuciones» (Exp. Motivos): cualquier ejecución de garantía real intentada sobre un bien afecto a la actividad productiva del concursado debe ser paralizada (si ha empezado ya) o no iniciada (si no lo ha sido) hasta que «se apruebe el convenio o se abra la liquidación, con un máximo de un año a partir de la declaración del concurso» (Exp. Motivos LCon, cfr. art. 56.1.I LCon).

1. Por tanto, las categóricas negativas del art. 55 en sus párrafos 1 («no podrán iniciarse...») y 2 («quedarán en suspenso...») quedan relativizadas por el párrafo 4 del mismo artículo («se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real») y por la regulación de los arts. 56 (que establece el supuesto de hecho en que no cabe ejecución separada, luego, *a sensu contrario*, también cuándo cabe) y 57 (que regula cómo debe procederse a esa ejecución cuando pueda hacerse).

El legislador considera que esta fórmula combina la protección del acreedor con garantía real y la defensa de los intereses de la masa y que este período «de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales» es «justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución» (Exp. Motivos), a la vez que confía en que durante esta espera el acreedor se plantee la concurrencia a la Junta y su participación en el convenio y que los administradores del concurso decidan si les interesa ejercitar alguno de los derechos que les concede el art. 155 LCon.

Se trata de una novedad en nuestra legislación, que tradicionalmente concedía a los acreedores con garantía real la facultad de ejecución separada sin limitaciones, y como tal novedad ha recibido algunas críticas que han pretendido encender la voz de alarma respecto a la influencia negativa que puede tener una norma así en un sector tan neurálgico en la economía (p. ej., provocando un encarecimiento del crédito). Sin embargo, creo que la norma no debe resultar preocupante para los acreedores².

B) La duración máxima del período de paralización es un año. No es sencillo saber a partir del texto de la LCon cuánto puede durar efectivamente la tramitación del convenio (sobre todo si no es propuesto anticipadamente por el concursado) o la liquidación. Una vez transcurrido ese tiempo, el acreedor podrá iniciar (o reanudar) la ejecución paralizada.

C) Durante el tiempo en que la acción del acreedor se encuentra suspendida:

a) El contrato en que se fundamenta el crédito garantizado no pierde vigencia (61 LCon) ni queda resuelto automáticamente por la declaración del concurso: es más, cualquier pacto en ese sentido se tiene por no puesto (61.3 LCon). Sí se puede resolver por incumplimiento (p. ej., dejar de pagar cuotas de amortización del crédito garantizado) (62.1 LCon), pero el Juez del concurso puede otorgar nuevo plazo para cumplir las prestaciones (62.3

2. Planteó el problema en la discusión parlamentaria, sugiriendo que el plazo se redujera a seis meses, el Sr. Silva Sánchez (CiU) (BOCG, núm. 242, 4 abril 2003, pg. 12389). Muestran su preocupación GARCÍA SOLÉ, GÓMEZ GÁLLIGO, *Derecho de bienes muebles*, CER, Madrid, 2002, pgs. 276-277; ÁLVAREZ CAPIROCHIPI, *El Registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Comares, Granada, 2004, pg. 117, nota 8. Se hace eco de ese temor sin criticar por ello la norma PULGAR EZQUERRA, «El acreedor hipotecario en el anteproyecto de LCon de 2001», AC, 2002-2, pg. 680. Una muestra de que la posición del acreedor no queda muy perjudicada es que no ha habido una fuerte reacción en contra de la norma durante la fase de tramitación por parte del sector bancario, como sí ha ocurrido recientemente a raíz de otras propuestas legislativas.

LCon) y los administradores pueden tener derecho a rehabilitar el crédito o el contrato (arts. 68 y 69 LCon). En cualquier caso, la acción del acreedor para exigir la restitución de la cosa puede encontrarse bajo los efectos de la paralización comentada en este artículo (56.1.II LCon).

b) Después de la declaración del concurso, los créditos con garantía real no dejan de devengar intereses legales o convencionales, al contrario que los otros intereses no garantizados (art. 59.1 LCon)³. Pero, al contrario que en la legislación anterior, ya no se produce su vencimiento automático (146 LCon).

c) Los administradores del concurso podrán ejercitar en cualquier momento la facultad de hacer una de estas tres cosas: «atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos» (arts. 56.3 y 155.2 LCon), vender el bien con subsistencia del gravamen (155.3.I LCon), o venderlo aplicando «el precio en la enajenación al pago del crédito con privilegio especial» y entregando el remanente a la masa (155.3.I *in fine* LCon).

d) La «prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración» queda interrumpida (60.1 LCon).

D) Los términos «ejecución de garantía real» y «bienes afectos», fundamentales para entender el ámbito abarcado por el supuesto de hecho de la paralización, recibirán un comentario más detallado a continuación.

IV. El concepto de «ejecución de garantía real» y su extensión

El art. 56 se titula «ejecuciones de garantías reales», pero sus párrafos I y II indican que emplea el concepto en un sentido más amplio de lo habitual⁴

3. La ley indica también que esos intereses serán exigibles «hasta donde alcance la respectiva garantía». Esto admite dos lecturas: que la cobertura de los intereses por el bien que garantiza sólo alcanza hasta los límites legales o convencionales que tenga la garantía (cosa relativamente esperable en materia de garantías), o que en la medida en que supere el valor de la cosa dada en garantía el derecho del acreedor no es propiamente un «crédito con garantía real», y por tanto no debe generar intereses durante la suspensión de la ejecución (cfr. 59.1 LCon).
4. Una garantía puede describirse como un derecho por medio del cual, en la perspectiva y para el caso de incumplimiento de un deudor, su acreedor se provee de un recurso técnico que le permite obtener satisfacción de su crédito con mayores posibilidades que las que resultarían de contar exclusivamente con el respaldo de la responsabilidad universal del deudor, posibilidades que provienen de que el acreedor pueda hacerse pago sobre los bienes del deudor o de un tercero en condiciones más ventajosas que el resto de los acreedores de aquéllos. Cfr. CARRASCO (dir.), *Derecho de garantías*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pg. 60. Garantías reales son aquellas que otorgan al acreedor un derecho real sobre cosa ajena.

o, como dice la Exp. Motivos LCon, «extiende el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales» a otras acciones. Para entender la extensión del concepto de garantía real hay que distinguir según se aplique a uno u otro de los efectos del artículo (reconocer ejecución separada o paralizarla).

A) En cuanto a reconocer la ejecución separada, entiendo que el art. 56 LCon no ha pretendido ampliarla más allá de lo que lo estaba antes. Por lo tanto, pueden ejercitarla (dentro de los límites del art. 56 LCon) los acreedores que la conservan según su legislación específica no derogada (p. e., el acreedor de hipoteca naval o de aeronave) o que disponían de ella según la legislación anterior, aunque haya sido derogada o modificada (p. e., el acreedor hipotecario inmobiliario o mobiliario, el acreedor pignoraticio posesorio o con prenda sin desplazamiento). La LCon asimila a la ejecución de garantía real la acción de resolución por impago en la venta de inmueble con precio aplazado, pero esta acción existiría igual aunque no fuera reconocida por la LCon. Lo mismo cabe decir también de las acciones derivadas de garantías reales atípicas: la LCon no les concede más derecho de ejecución del que tenían ya reconocido por el Ordenamiento, por lo que podrán reclamarse como antes y no más, generalmente mediante resolución por incumplimiento.

Capítulo aparte merece la ejecución por impago realizada por el acreedor (ya sea vendedor, financiador o cesionario) en la venta a plazos de bienes muebles o por el arrendador financiero mobiliario, en ambos casos, siempre que el derecho del demandante esté inscrito en el RBM. En efecto, la LCon, probablemente por olvido, no ha derogado ni modificado los artículos en que la LVPBM regula las situaciones concursales (arts. 16.5.II y disp. adic. 1ª.5 LVPBM). Tal vez deba entenderse que el derecho de separación ha quedado derogado (es incompatible con el art. 80.1 LCon y por tanto debe aplicársele la disp. derog. única.4 LCon), pero la ejecución separada subsiste como compatible con (pero sometida a los límites de) la paralización del art. 56.1 LCon.

B) Sin embargo, debe entenderse con un carácter mucho más extenso el concepto de «ejecución de garantía real» en cuanto a la consecuencia jurídica de la paralización, hasta el punto de incluir en él todos los casos en que el demandante reclama la ejecución, restitución o entrega de un bien determinado que se encuentre en poder del demandado-concurtido. En todos estos casos el art. 56 LCon establece la paralización de la acción (siempre que, como veremos, el bien esté afecto a la actividad productiva del concursado).

La lectura de los supuestos para los que el art. 56.1.II LCon dispone la paralización muestra que lo hace con independencia de que la naturaleza del derecho reclamado sea real u obligacional (p. ej., comprador no poseedor que reclama la entrega), de garantía o de propiedad (p. ej., vendedor

con reserva de la propiedad que resuelve por impago), o de que goce o no de publicidad (p. ej., acreedor en un *leasing* no inscrito). Teniendo en cuenta que el art. 56.1 LCon establece una consecuencia perjudicial (se paraliza la ejecución de su derecho) para acreedores a los que el Ordenamiento dispensa en general una fuerte protección más que justificada (p. ej., el vendedor de inmuebles con reserva de propiedad inscrita o el acreedor hipotecario), debe interpretarse, *a fortiori*, que otros acreedores cuyo derecho es menos digno de protección no deben recibir mejor trato, y por lo tanto a ellos también se les debe aplicar la paralización del art. 56.

Esto permite afirmar que deben paralizarse las acciones en las que el demandante, en defensa de un crédito vencido y exigible, por ejecución de una garantía o por resolución de un contrato, reclame la ejecución o la restitución del bien afecto. En estos casos se pueden encontrar el acreedor hipotecario inmobiliario, con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento; el arrendador financiero (mobiliario o inmobiliario, inscrito o no); el acreedor (ya sea vendedor, financiador o cesionario inscrito) del precio aplazado en la venta a plazos de bienes muebles (aunque no esté inscrita); el arrendador-acreedor-comprador en una fiducia *cum creditore*, venta a carta de gracia, *lease-back* o cualquier otra modalidad de venta en garantía. En todos estos casos el demandante reclama la ejecución, restitución o entrega de un bien determinado, pero si el bien se encuentra en poder del demandado-concurrido y está afecto a su actividad productiva su acción debe paralizarse según el art. 56 LCon.

C) Lo paralizado es «la ejecución o realización forzosa» (56.1.1 LCon), tanto judicial como extrajudicial (55.1.1 y 57.1 LCon). Por lo tanto, de las cuatro vías de actuación que se le presentan al acreedor con garantía real, quedan sometidas a la suspensión el procedimiento ejecutivo hipotecario que recae exclusivamente sobre bienes hipotecados o pignorados (art. 681 LECiv), la «venta extrajudicial del bien hipotecado o pignorado» por vía notarial (art. 129 LH) y el juicio ejecutivo ordinario en cuyo objeto se incluyan otros bienes además de los hipotecados o pignorados (art. 399 LECiv). Entiendo que la paralización se aplica a la ejecución de la garantía, pero no a la acción de cumplimiento del contrato garantizado. Los juicios declarativos

5. Se ha criticado que en éste y en otros artículos de la LCon (p. ej., el 90) el legislador ha pretendido hacer una «equiparación total (...) entre los acreedores dotados de garantía real y estos otros en los que lo que existe es una titularidad dominical, sin tener en cuenta que las acciones que competen a unos y otros son distintas», ALONSO LEDESMA, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA, *Derecho concursal*, Dilex, Madrid, 2004, pg. 377.

en los que sea parte el concursado no resultan paralizados en los términos del art. 56, aunque el concurso sí puede tener sobre ellos una fuerte incidencia (arts. 50 y 51 LCon) y, desde luego, la ejecución de la eventual sentencia condenatoria (incluida la ejecución provisional⁶) estará sometida a la paralización del art. 55.1.1 LCon. No se aplica la paralización del art. 56.1 LCon (pero sí la del art. 55 LCon) a las acciones ejecutivas dirigidas contra el patrimonio del concursado en general (como los juicios ejecutivo, monitorio y cambiario) ni a las que se dirigen directamente contra una cantidad de dinero de la masa, porque lo que resulta paralizado por el art. 56.1 LCon es la ejecución o restitución de *bienes afectos a la actividad productiva*.

V. Bienes afectos a la actividad profesional o económica del concursado

A) El concepto de bien afecto a la actividad productiva (profesional o económica) del concursado está presente en el artículo que se comenta desde su primera redacción⁷ y es la clave del supuesto de hecho de la paralización, hasta el punto de que la ejecución de un bien del concursado no afecto a su actividad productiva no se paraliza *en ningún caso*. Pese a la importancia que le atribuye, el legislador ha empleado un concepto algo indeterminado, lo que obliga a analizarlo con cuidado.

Entiendo que el art. 56 LCon es un corolario del art. 44.1 LCon, según el cual «la declaración del concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor», y se encuentra en la línea de una larga serie de normas (p. ej., arts. 48.1 y 49 LCon y 592.3 LECiv) que pretenden que la ejecución, universal o singular, afecte lo menos posible a la continuidad de la actividad productiva del ejecutado, sea quien sea quien vaya a llevarla a cabo después de la ejecución. Todo ello lleva a afirmar que la *ratio legis* de la paralización del art. 56 es exclusivamente la conservación de la actividad productiva del concursado⁸.

6. CORDÓN MORENO, «Los aspectos procesales del concurso», en GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA, *Derecho concursal*, Dilex, Madrid, 2004, pg. 393.

7. Aunque en el APLCon estaba colocado en el párrafo 2, el PLCon, con buen criterio, lo trasladó al lugar en que se encuentra ahora. La terminología también ha cambiado un poco: la expresión «bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva» del 56.1.1 LCon había sido antes «bienes afectos al tráfico empresarial o comercial, a las actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, las que estén afectas al proceso productivo» en los arts. 55.2 APLCon y 55.1.1 PLCon.

8. Y no la universalidad de la ejecución o la protección de la unidad de patrimonio del concursado (art. 76), que sí es la *ratio* de la paralización *ex* art. 55. Vid., p. ej., la intervención durante el pleno del Congreso de Margarita Uría (PNV): «sin que ello impida lo que es elemento fundamental o por lo menos parte esencial del proyecto

dato éste que puede llevar a excluir la paralización cuando no concurra la finalidad conservativa.

B) Parece claro que por «afección» debe entenderse aquí vinculación o destinación material al ejercicio de una actividad productiva. Para delimitar qué elementos están afectados (y por tanto no se pueden ejecutar separadamente) y cuáles no lo están (y por ello pueden ejecutarse), puede ayudar la aplicación analógica de ese concepto tal y como ha sido acuñado en las legislaciones civil, hipotecaria, procesal y tributaria, aunque la operación debe realizarse con cuidado y teniendo siempre en cuenta la finalidad con que se emplea en cada caso.

Según esto, pueden considerarse afectos (y por tanto deben paralizarse las ejecuciones separadas de) los bienes «destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice (...) y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma» (335.5º CC) «de modo permanente» (21.II LHMPD, cfr. 111.1º LH). Según el AAP Las Palmas 12 enero 2006 (AC 2006, 688), bienes afectos son «los elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad». Ahí están incluidos «los bienes inmuebles en que se desarrolla la actividad» (27.1.a LIRPF) (p. ej., el AJMerc núm. 4 Madrid 14 enero 2005 [AC 2005, 2] paralizó la ejecución del domicilio social de la sociedad concursada), incluido el arrendamiento del local cuando sea ese el derecho que tiene el concursado (cfr. 20.I LHMPD); las «instalaciones fijas o permanentes» (20.II LHMPD), incluyendo las «máquinas, vasos» (334.5º CC), «calderas de vapor, hornos, instalaciones químicas y demás elementos materiales fijos afectos a la explotación» (42.II LHMPD); «el nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas distintivas y demás derechos de propiedad industrial e intelectual» (21.I.a LHMPD) y «las concesiones administrativas de obras públicas» (334.10 CC). Aunque la unión física no sea tan permanente, también se encuentran englobadas en el concepto las «máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo» (21.I.b LHMPD; cfr. 334.5º CC y 111.1º LH).

(...) que es el no impedir la continuidad de la actividad empresarial» (BOCG, núm. 242, 3 abril 2003, pg. 12383). En el mismo sentido, para el AJMerc núm. 2 Barcelona 26 septiembre 2006 (AC 2007, 383) la finalidad del art. 56 «no es otra que la de permitir la continuidad del negocio durante la sustanciación del concurso» (vid. también AJMerc núm. 1 Alicante 23 febrero 2006 [Auto 95/2006]). Contra, PULGAR, que lo atribuye al principio de universalidad del art. 76 («El acreedor...», pg. 681). Para el AJMerc núm. 2 Barcelona 15 julio 2008 (JUR 2008, 350804) «la norma tiene como finalidad comprometer al acreedor hipotecario en la solución convencional, así como preservar los activos de la concursada durante la fase común».

C) ¿Deben considerarse afectos todos los bienes enumerados en el párrafo anterior, o debe limitarse ese concepto sólo a los destinados a la actividad productiva que, a la vez, sean necesarios materialmente para realizarla? La LCon no lo dice, pero el concepto legal mismo de bienes afectos se ha construido exigiendo también que el bien sea necesario para la actividad⁹. A favor de esta lectura se encuentran la *ratio* misma de la norma (que es únicamente permitir la conservación de la actividad productiva, no proteger de la ejecución el patrimonio del concursado en términos absolutos) y la necesidad de impedir que el concursado defraude a los acreedores destinando a su actividad productiva bienes innecesarios para «salvarlos» de ejecuciones separadas que de otro modo deberían permitirse.

El AJMerc núm. 1 Málaga 22 julio 2005 (AC 2005, 1249) interpreta en este mismo sentido «las diferentes connotaciones de las expresiones utilizadas por el legislador en los artículos 55 y 56 LC». Según él, el art. 55 LCon abarca todos los bienes destinados al servicio de la actividad del concursado aunque no sean necesarios, incluyendo el inmovilizado más el activo circulante (bienes necesarios de segundo grado), «y por tanto también el metálico, siempre que no resulte de excedente (que en proceso concursal es difícil) y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa». El segundo, más estricto, «quedaría limitado a los bienes indispensables para mantener en funcionamiento los establecimientos del deudor», es decir, sólo al inmovilizado (bienes necesarios de primer grado).

Por todo ello, creo que cabe admitir la ejecución separada de bienes afectos (sin aplicar la paralización) cuando los bienes ejecutados no sean necesarios en sentido material para la actividad productiva del concursado; es decir, cuando la vinculación sea superflua (p. e., porque se trata de elementos suntuarios o decorativos, colocados al servicio de la actividad productiva para «adorno [o] comodidad», art. 111.1º LH), arbitraria o movida únicamente por ánimo defraudatorio¹⁰. Todo ello, siempre y cuando puedan

9. Así, «satisfacer las necesidades de la explotación» (334.5º CC), bienes «que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos» (art. 27.1.c LIRPF).
10. El mismo sentido tiene, como veremos, la expresión «necesario para la continuidad de la actividad» del art. 56.2 LCon. «Necesario» debe entenderse en este sentido objetivo: un bien que ya forma parte de la actividad y que debe permanecer afecto a ella para que ésta pueda mantenerse desde un punto de vista material o funcional. Por ejemplo, necesario para una panadería es el local, el horno, las materias primas, los instrumentos básicos y las furgonetas de transporte, pero no los elementos suntuarios o decorativos, ni los frutos y rentas que ha generado. En el mismo sentido, sobre la diferencia entre bienes afectos y necesarios a raíz de su embargabilidad o no según los arts. 592 y 606 LECiv, vid. BANAGLOCHE PALAO, «Embargabilidad de bienes afectos a la propia actividad de las personas jurídicas (SAP Burgos 6 abril 2001)», *Tdf.* 8-9. 2002, pgs. 82-84.

separarse del inmueble «sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto» (334.3º CC. cfr. 111.1º LH y 21.3 RIRPF)¹¹.

Respecto a las «mercaderías y materias (...) destinadas a la explotación propia del establecimiento», el art. 22.1 LHMPD podría hacer pensar que deben incluirse entre los bienes afectos. Pero los jueces de lo mercantil están entendiendo que las mercancías, producción de la actividad comercial y mercantil de la concursada para su puesta en el mercado y venta a terceros, no entran en el concepto de bienes afectos del art. 56 LCon, y por tanto son susceptibles de ejecución separada. Así ocurrió con plazas de garaje destinadas a la venta en el AJMerc núm. 1 Las Palmas 26 abril 2005 y con inmuebles propiedad de la empresa dedicada a la intermediación inmobiliaria en el AJMerc núm. 1 Málaga 22 julio 2005 (AC 2005, 1249). En contra, el AJMerc núm. 2 Barcelona 15 julio 2008 (JUR 2008, 350804) entendió que los inmuebles en construcción que integraban la única promoción del concursado cuya ejecución hipotecaria se demandaba estaban afectos a su actividad empresarial según el sentido del art. 56 LCon y rechazó la ejecución separada.

D) No son bienes afectos a la actividad y pueden ejecutarse sin paralización aquellos que por su naturaleza no pueden generar la actividad productiva realizada por el concursado entendida en un sentido material. No lo son, por tanto, el dinero, los saldos en cuenta corriente, los créditos a corto, medio o largo plazo, las joyas y obras de arte (salvo que sea ése precisamente el objeto de tráfico específico del concursado), las rentas e intereses (en dinero o en especie y procedentes de renta vitalicia, arrendamientos o cualquier otra causa), y los frutos de cualquier tipo. En cuanto a los títulos y participaciones sociales, entiendo que pueden considerarse afectos si su pertenencia es necesaria para que el concursado o la masa lleven a cabo normalmente su actividad (p. ej., si corresponden a filiales u otras sociedades con las que el concursado guarda una relación comercial), pero no en otro caso (p. e., si su pertenencia al concursado es con finalidad inversora).

E) Si afección exige destino y presencia actual y necesaria en la actividad productiva, parece que debe descartarse aplicar su régimen a aquellos bienes que no se encuentran en poder del deudor concursado porque han sido entregados como prenda posesoria al acreedor o a un tercero. En efecto, el mero hecho de traspasar la posesión de un bien puede considerarse una desafección de ese bien, y en cualquier caso indica que dicho bien no es necesario para desarrollar la actividad productiva del que lo entrega. Esto es tanto como decir que el acreedor pignoraticio ordinario (no así cuando la

11. Cuando la afección se haya realizado con ánimo fraudulento, probablemente deba admitirse la separación aunque no se cumpla el supuesto de los artículos citados.

prenda es sin desplazamiento) se encuentra a la hora de la verdad al margen de la paralización del 56 LCon. La afirmación adquiere más rotundidad cuando la garantía del acreedor se ve excluida de la paralización no sólo por ser una prenda posesoria, sino también por recaer sobre un bien de aquellos que por naturaleza no pueden generar la actividad productiva del concursado en un sentido material (v. párrafo anterior).

Esto significa que las garantías que resultan mejor protegidas ante el concurso del deudor no son la reserva de dominio inscrita, la hipoteca inmobiliaria ni las garantías mobiliarias sin desplazamiento inscritas, pues todas ellas se encuentran sometidas a la paralización del art. 56 LCon, sino la prenda posesoria, especialmente si recae sobre acciones cotizadas, sobre dinero (prenda irregular) o sobre créditos, aunque no estén incorporados a un título¹², pues sólo ellas pueden ejecutarse al margen de la paralización del art. 56 LCon. Así, la SJMerc núm. 1 Lleida 28 noviembre 2005 (Incidente concursal 41/2005) rechazó la paralización de la ejecución de una prenda de depósito irregular a plazo fijo. La ejecución de la prenda de créditos tiene lugar mediante compensación, que «no procederá» desde la declaración del concurso (art. 58 LCon). Pero sí procede la compensación cuando sus requisitos «hubieran existido con anterioridad a la declaración» de concurso (art. 58 LCon). Los requisitos que deben haberse cumplido antes son los de los arts. 1196 y 1197 CC (homogeneidad y duplicidad de las deudas, que sean principales, vencidas, líquidas y exigibles y que no estén sujetas a retención o contienda), pero no la declaración del acreedor-ejecutante comunicando que la aplica, necesaria para que la compensación se produzca (cfr. 1198 CC), pero que puede tener lugar después del concurso. Parece claro que esto deja al acreedor garantizado por prenda posesoria de créditos en una posición privilegiada ante el concurso, y que esto puede influir en que, cuando los acreedores teman (fundada o infundadamente) la insolvencia de quien les solicita un crédito, exijan garantías posesorias con preferencia a las no posesorias que estén sometidas a la paralización¹³. No consta que el legislador haya previsto o considere positivo este posible efecto reflejo de la norma.

F) Una aplicación coherente de la *ratio* debe permitir la ejecución separada de bienes o derechos del concursado afectos a su actividad productiva cuando conste ya que esa actividad ha desaparecido (como ocurrió en el caso del AJMerc núm. 1 Alicante 23 febrero 2006 [Auto 95/2006]) o no va a

12. Admitida por nuestra jurisprudencia desde las SSTS 19 abril 1997 (RJ 1997, 3429) y 7 octubre 1997 (RJ 1997, 7101). Entre la amplísima bibliografía, v. PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», ADC, 1988, pgs. 1033 y ss.; CARRASCO PERERA, A. (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*, pgs. 859-898.

13. En el mismo sentido ALONSO LEDESMA, «Delimitación...», pg. 373.

seguir llevándose a cabo por no ser viable, como ocurre cuando el Juez, a solicitud del administrador y oídos concursado y trabajadores, acuerde mediante auto «el cierre o la suspensión total o parcial de la explotación o empresa» (art. 44.4 LCon). En estos casos nada hay ya que conservar y no se ve por qué se debería negar al acreedor con garantía real la ejecución de su derecho sobre la parte de los bienes afectos a su actividad (las «oficinas, establecimientos, explotaciones o actividad empresarial») cuya actividad acuerde cerrar el Juez (44.4 LCon).

G) No debe paralizarse la ejecución separada de los bienes particulares del concursado que no guarden relación con su actividad profesional (art. 56.1.1 LCon *a sensu contrario*), como su vivienda personal, segunda vivienda, garaje, otros inmuebles urbanos o rústicos que haya dado en arrendamiento (salvo que ésa sea su actividad económica principal), los bienes muebles que se encuentren en ellos (incluidos joyas, acciones y dinero), su vehículo particular, etc. Así, rechazan la paralización de la ejecución hipotecaria de vivienda personal o familiar los AJMerc núm. 3 Barcelona 29 diciembre 2004 (AC 2005, 161), AJMerc núm. 2 Barcelona 26 septiembre 2006 (AC 2007, 383), AJMerc núm. 1 Alicante 23 febrero 2006 (Auto 95/2006) (vivienda ocupada por la madre del gerente de la sociedad concursada) y AJMerc núm. 1 Alicante 29 septiembre 2006 (JUR 2007, 38872). Según el AJMerc núm. 2 Barcelona 26 septiembre 2006 (AC 2007, 383), nada de esto cambia porque el bien se haya hipotecado para pagar deudas contraídas por el deudor en el ejercicio de su actividad.

Para apreciar si los bienes del patrimonio del deudor están afectos o no a su actividad productiva pueden ser de utilidad las reglas tributarias sobre afectación parcial (art. 27.2 LIRPF) y afectación simultánea a necesidades económicas y particulares (arts. 21.2.2º y 21.4 RIPF). Un bien puede estar afecto (y por tanto su ejecución debe paralizarse) aunque concurra un cierto uso particular con el profesional, porque este último es suficiente para cumplir el supuesto del art. 56.1 LCCon¹⁴; a no ser, claro está, que el uso particular sea de tal intensidad que indique claramente que el bien no es necesario para la actividad productiva del concursado, en cuyo caso sí se podría ejecutar separadamente. Entiendo que para medir esas intensidades de uso sí pueden aplicarse los criterios desarrollados en los arts. 21.4 RIPF y 95.tres LIVA, referidos principalmente al uso de vehículos de motor.

H) Lo normal es que el acto de afectación haya sido realizado por el concursado o por aquel de quien traiga causa. Para llevarlo a cabo basta con

14. Por tanto, no es aplicable aquí el concepto de bienes afectos «directa y exclusivamente a actividad empresarial o profesional» del art. 95.uno LIVA.

tener sobre los bienes un derecho de uso, que justifica su vinculación a la actividad productiva y que con la LCon resulta suficiente para impedir la separación *ex iure domini* del propietario (art. 80.1 LCon). La afectación y la desafección son actividades puramente materiales, que el concursado puede realizar sin someterse a una forma o publicidad específicas. Los límites para controlar que no se realizan en fraude de la masa ni de los acreedores singulares vendrán dados por su carácter necesario y por la posibilidad de impugnarlos.

I) Respecto al órgano competente para determinar la necesidad o afectación del bien que se pretende ejecutar, en un conflicto en ese sentido con la Administración tributaria, el AJMerc núm. 1 Málaga 22 julio 2005 (AC 2005, 1249) decidió que la nueva norma concursal acuña el principio de la autoridad del Juez del concurso para decidir sobre cualquier «situación de la empresa o actividad» (cfr. arts. 40, 44.4, 49, 64 y 65 LCon), y por ello, una vez declarado el concurso, «la competencia para determinar la necesidad del bien para la continuidad de la actividad empresarial o profesional corresponde al Juez del Concurso».

Reconocer la necesidad como uno de los criterios para apreciar el carácter de afecto o no de un bien exige una distribución de la carga de la prueba que no se centre en cuestiones esencialistas. El acreedor-ejecutante que se dirija contra un bien aparentemente irrelevante para la actividad del concursado (p. ej., ejecuta unos cuadros que están en las oficinas) no tiene que probar que ese bien no es imprescindible para la actividad, pero en cuanto exista un mínimo de relación material entre el bien que se pretende ejecutar y la actividad (p. ej., una de las máquinas de la prensa o la furgoneta de reparto) el Juez denegará la ejecución sin entrar a valorar si desde un punto de vista lógico o metafísico la actividad podría seguir realizándose sin ese elemento o no: *prima facie*, si se utiliza para la actividad es que es necesario para realizarla. Sin embargo, una vez surgida controversia ante el Juez sobre el carácter necesario o no del bien, el ejecutante podrá probar la falta de necesidad (p. ej., demostrando que la máquina que se ejecuta lleva seis meses parada por falta de demanda o capacidad productiva del concursado), y la administración de la masa podrá acreditar que el bien cumple una función y por tanto es necesario para el correcto desarrollo de la actividad. Como en toda cuestión de hecho, pueden emplearse los medios de prueba ordinarios.

VI. Supuestos en que se admite la ejecución separada

Basta una lectura *a sensu contrario* para afirmar que el art. 56.1 LCon permite la ejecución separada *ex iure crediti* en los casos que no coincidan

con el supuesto de hecho, a los que deberán sumarse aquellos en que la ley lo permita expresamente. En conjunto, eso puede ocurrir: 1) porque el bien ejecutado está excluido de la paralización; 2) porque se trata de una ejecución anterior al concurso cuya tramitación se encuentra en fase muy avanzada (ejecución continuada); 3) porque la administración de la masa ejerció la opción del art. 155.2 e incumplió sus obligaciones de pago inmediato; 4) por finalización del período de paralización (que a su vez puede deberse al transcurso de un año, la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación).

1. Ejecuciones separadas excluidas de la paralización

A) Ejecución de bienes no afectos a la actividad productiva del concursado (56.1.1 LCon a sensu contrario)

Como consecuencia del análisis más detallado que se realizó supra, cabe recordar que son ejecutables separadamente por no incurrir en el supuesto de hecho del artículo 56.1 LCCon: a) los bienes particulares del concursado que no guarden relación con su actividad profesional (AJMerc núm. 3 Barcelona 29 diciembre 2004 [AC 2005, 161], AJMerc núm. 2 Barcelona 26 septiembre 2006 [AC 2007, 383], AJMerc núm. 1 Alicante 23 febrero 2006 [Auto 95/2006] y AJMerc núm. 1 Alicante 29 septiembre 2006 [JUR 2007, 38872]); b) los que no pueden considerarse afectos por su naturaleza no materialmente productiva (dinero, créditos pecuniarios, acciones y participaciones que el concursado tenga en calidad de inversión), (SJMerc núm. 1 Lleida 28 noviembre 2005 [Incidente concursal 41/2005]); c) los bienes afectos separables que no sean necesarios para la actividad productiva por decorativos, irrelevantes, suntuarios o incorporados con ánimo exclusivamente defraudatorio, a los que debemos añadir las mercancías destinadas a la venta a terceros según los AJMerc núm. 1 Las Palmas 26 abril 2005 y AJMerc núm. 1 Málaga 22 julio 2005 (AC 2005, 1249) (contra, AJMerc núm. 2 Barcelona 15 julio 2008 [JUR 2008, 350804]); d) los bienes cuya posesión se entregó en función de garantía al acreedor o a un tercero; y e) los bienes que correspondan a una actividad (o a parte de ella) ya desaparecida (AJMerc núm. 1 Alicante 23 febrero 2006 [Auto 95/2006]) o cuyo cierre sea decretado por el Juez por considerarla no viable.

B) Ejecución de hipoteca naval e hipoteca de aeronave

La Ley Concursal ha conservado para los titulares de los créditos con privilegios sobre buques (hipoteca naval, regulada en la Ley de 21 de agosto

de 1893, de Hipoteca Naval) y aeronaves (hipoteca de aeronaves, arts. 130-133 Ley 48/1960, de Navegación Aérea) la facultad de ejecución separada¹⁵ sin someterla a la paralización del art. 56 LCon (cfr. art. 76.3 LCon y arts. 39.3º y 43 II LHN, no derogados ni modificados por la LCon).

Los motivos para no someter la ejecución separada de estas garantías a la paralización impuesta a las demás son la tradicional autonomía del la regulación de la Hipoteca naval, el peso de los convenios internacionales (especialmente el Convenio de Bruselas de 1930) y un exigente régimen de prescripción de un año sin posibilidad de suspensión que dejaría indefenso al acreedor si se paralizara su ejecución¹⁶.

En el APLCon el acreedor perdía su preferencia si no ejercitaba la ejecución separada. El PLCon y la redacción definitiva de la LCon cambiaron esto añadiendo en Disposiciones Finales sendos párrafos a las normas sustantivas (LHN y LNA) para que en la ejecución del buque o aeronave se aplique el orden de prelación propio de la LCon aunque el acreedor no haya ejercitado la ejecución (art. 580.II CCom introducido por la disp. final 2ª.7 LCon; arts. 31.II y 32.II LHN, introducidos por la disp. final 9ª.1 y 2 LC; y art. 133.II y III LNA, introducidos por la disp. final 30ª LCon. V. comentario a las disp. finales correspondientes).

C) Concursado tercer poseedor

El acreedor de un crédito garantizado con un bien respecto al que el concursado sea tercer poseedor no está sometido a la paralización (art. 56.4 LCon) y puede ejecutar la garantía sin sufrir el período de paralización. Esto es así porque «la deuda reclamada no es suya [del concursado], aunque de la misma deba responder el bien»¹⁷. De otro modo se involucraría en el concurso a alguien que nada tenía que ver con él, simplemente por el hecho de que el concursado haya adquirido el bien que garantiza su crédito¹⁸.

15. Aunque la ley hable de «separación de la masa activa del concurso» (art. 76.3 LCon), la regulación que establece corresponde mejor a una auténtica ejecución separada o «derecho de cobro preferente en ejecución singular con integración del remanente en la masa activa», como lo llama CURIEL, «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», *RCDI*, 679, 2003, pgs. 2731-2732.
16. PUTIGAR, «El acreedor...», pg. 682. En la discusión parlamentaria el portavoz de IU, Sr. Rejón, defendió una enmienda (que no prosperó) dirigida a extender la paralización a las garantías sobre buques y aeronaves (BOCG, 3 abril 2003, núm. 242, pg. 12385).
17. CORDÓN MORENO, «Los aspectos procesales...», pg. 587.
18. En efecto, cuando el concursado, después de declarado el concurso, adquiere de un tercero un bien gravado con derecho real, deviene titular del bien, que pasa a formar parte de la masa activa (76.1 LCon) y cuya posibilidad de ser ejecutado queda limitada por el art. 56.1 LCon, con el consiguiente perjuicio para el acreedor

En la SJMerc núm. 1 Oviedo 22 noviembre 2005 (JUR 2007, 368583) la concursada, Talleres R., había adquirido antes del concurso del deudor hipotecante el inmueble hipotecado subrogándose en la condición de deudor (por delegación de deuda). El banco acreedor hipotecario alegó que ante la ausencia de consentimiento expreso o tácito del acreedor la subrogación no había llegado a producirse (arts. 1205 CC y 118.1 LH). El JM estimó la solicitud del banco, consideró que la sociedad concursada no era propiamente deudora del acreedor hipotecario sino únicamente tercera poseedora del bien hipotecado (art. 56.4 LCon), y excluyó al banco acreedor de la lista de acreedores.

2. Ejecución continuada (arts. 56.2 y 55.1.II LCon)

La LCon permite que continúe una ejecución comenzada antes de la declaración de concurso aunque recaiga sobre bienes incorporados al proceso productivo¹⁹ si se cumplen dos condiciones: a) la tramitación, iniciada antes de la declaración del concurso, ha llegado a la fase de publicación de subasta, y b) los bienes ejecutados *no son* «necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» (56.2 LCon).

Este segundo requisito, añadido en la tramitación parlamentaria y que refuerza el carácter conservativo de la paralización, está relacionado con el concepto de «bienes afectos», uno de cuyos elementos era, precisamente, su necesidad para la actividad productiva. A mi entender, los dos conceptos vienen a confluir en la misma realidad: para que un bien sea afecto según el 56.1 debe ser necesario, pero para ser necesario según el art. 56.2 debe estar previamente afecto en los términos ya estudiados²⁰. Con una diferencia: tal vez tenga que ser el ejecutante singular que pretende la continuación de su

en el caso de incumplimiento. Sin la previsión del art. 56.4 LCon, el concursado con pocos escrúpulos puede adquirir créditos garantizados (o bienes afectos al pago de créditos) para salvarlos temporalmente de la ejecución singular, defraudando así a los acreedores del enajenante. Todo ello, dejando aparte que esta conducta puede ser una infracción del deudor concursado (40.2 LCon) y provocar la anulabilidad del contrato (40.7 LCon).

19. Esta posibilidad es paralela a la continuación de ejecuciones administrativas y laborales (55.1.II LCon), aunque en aquéllas el momento que marca la divisoria entre la ejecución que puede continuar y la que debe paralizarse es la providencia de apremio y embargo de bienes del deudor, respectivamente.
20. Debe descartarse otra posible lectura al margen de la material o funcional, según la cual «necesario» sería el bien o derecho, esté o no afecto a la actividad, cuya aportación sea necesaria para la viabilidad o continuidad de la actividad (p. ej., para garantizar un crédito que permita salvar el negocio). Creo que sería atribuir a ese concepto una función que le excede y que corresponde más propiamente al convenio.

ejecución quien debe acreditar que el bien ejecutado no es necesario para la continuidad de la actividad profesional, al contrario de lo que se sugirió respecto a la afección (vid. supra). Así, el AJMerc núm. 4 Madrid 14 enero 2005 (AC 2005, 2) entendió que eso «supone un plus respecto al concepto de bien afecto a que se refiere el núm. 1 del mismo precepto legal» (en el caso en cuestión no se cumplía el primer presupuesto, luego «no habrá lugar a analizar la concurrencia del segundo»).

En cuanto a la publicación de los anuncios de subasta, el AJMerc núm. 4 Madrid 14 enero 2005 (AC 2005, 2) tampoco apreció que concurriera este requisito. «Debe resaltarse que la expresión legal “ya estuvieran publicados los anuncios” lo es en plural (...). De modo que estando acreditado mediante prueba documental que, en el caso de la subasta instada por La Caixa, al menos dos de los anuncios se publicaron en sendos periódicos el 23 de septiembre y el 3 de octubre de 2004, es decir, con posterioridad al auto de declaración del concurso, de fecha 20 de septiembre de 2004, no debe aplicarse la excepción a que se refiere dicho precepto legal, aunque el acreedor hipotecario haya revelado ahora la existencia, además, de un edicto (el publicado en el tablón de anuncios del juzgado) que sí era anterior.»

3. Ejecución separada cuando la administración haya ejercitado la opción del art. 155.2 e incumplido después

Cuando la masa, representada por sus administradores, haya hecho uso de la facultad de atender al pago del crédito sin realización del bien afecto que les atribuye el art. 155.2, deberá «satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos». En caso de incumplimiento, «se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio real» (155.2). Parece razonable que para llevar a cabo esta ejecución no se deba esperar a que termine el plazo del art. 56.1.I. LCon, pues la enajenación separada está justificada ante la negligencia o falta de previsión de los administradores.

4. Iniciación o reanudación de ejecuciones después del período de paralización

La paralización de la ejecución de garantías reales establecida por la LCon está circunscrita a un período de tiempo, pero una vez superado éste el acreedor puede instar la ejecución separada de los bienes que garantizan su crédito. Por lo tanto, de los arts. 56.1.I y 57.3 LCon se puede deducir que en el plazo máximo de un año desde la declaración de concurso puede ocurrir una de estas cuatro cosas: a) No se abre la liquidación ni se aprueba el

convenio en un plazo de un año desde la declaración de concurso: el acreedor puede instar o reiniciar la ejecución separada; b) Se aprueba un convenio «cuyo contenido no afecte» al ejercicio del derecho del acreedor: cabe iniciar o reanudar la ejecución separada; c) Se aprueba un convenio cuyo contenido afecta al ejercicio del derecho del acreedor: no puede producirse la ejecución separada; d) Se abre la fase de liquidación: no cabe iniciar nuevas ejecuciones separadas, pero sí reanudar las que estuvieran interrumpidas.

La cuestión aquí es entender cuándo el contenido de un convenio afecta al derecho del acreedor con garantía real. Y la Exp. Motivos indica expresivamente que:

«Naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial y el convenio sólo les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado. De no estar afectados por un convenio, los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía».

Por lo tanto, el acreedor con garantía real «está afectado por el convenio» (es decir, está vinculado, ve su crédito sustituido por el que resulta de los términos del convenio) únicamente cuando se ha incorporado a él votando a favor o adhiriéndose (expresamente en cuanto a sus créditos con garantía real, si tuviera también otros), y sólo entonces (arts. 123.2, 134.2 y 136 LCon). Luego el acreedor podrá iniciar o reanudar la ejecución en los términos de este apartado siempre que no se incorpore al convenio, pero no podrá en caso contrario.

Una vez abierta la fase de liquidación, los acreedores cuya ejecución fue paralizada por la declaración del concurso (pero sólo ellos) pueden solicitar al Juez del concurso la reanudación de su ejecución, que se tramitará como pieza separada de la ejecución colectiva (art. 57.3 LCon). El resto de los acreedores «perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado» (art. 57.3 LCon) y tendrán que esperar a que el bien sobre el que recae su derecho se enajene de acuerdo con el plan de liquidación (arts. 148 y 149 LCon) para obtener de su producto la satisfacción que les corresponda según el orden que les atribuye su privilegio especial sobre el bien (arts. 90 y 155 LCon). Parece un modo de privilegiar al ejecutante madrugador, pero puede generar entre los acreedores de un deudor que amenaza incurrir en un concurso que terminará en liquidación una «carrera por la ejecución separada» antes de la declaración de concurso, carrera que puede no ser beneficiosa para el conjunto de intereses en juego.

VII. Tramitación de la paralización y de las ejecuciones separadas continuadas, iniciadas o reanudadas

A) Desde el momento en que tiene lugar la declaración de concurso, el Juez que entiende de éste es el único competente para la ejecución de bienes y derechos del concursado (arts. 8.3º LCon y 86 ter.1.1º y 3º LOPJ, este último redactado según el art. 2.7 LO 8/2003). Él mismo decretará la acumulación de procesos (art. 98.1.1º LECiv, que desde la modificación realizada por la disp. final 3ª.3 LCon ya no excepciona la ejecución de garantías reales), que «debe solicitarse ante el tribunal que conozca del proceso universal, y hacerse siempre, con independencia de cuáles sean más antiguos, al proceso universal» (art. 98.2 LECiv).

Por lo tanto, parece que cualquier Juez que tramite una demanda contra bienes o derechos de un concursado deberá «no iniciarla» (arts. 55.1.I y 56.1.I LCon) desde el momento mismo en que le es presentada, o suspenderla «en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación» concursal (art. 568 LECiv, modificado por disp. final 3ª.7 LCon; 55.2 LCon), y en cualquier caso acumular su proceso al concursal (art. 98.1.1º y 98.2 LECiv). Todo ello bajo la sanción de nulidad de pleno derecho (art. 55.3 LCon).

B) La actuación paralizadora o denegadora del Juez de la ejecución singular debe dejar un margen de actuación al ejecutante que solicite la ejecución continuada (art. 56.2 LCon). Si el Juez de la ejecución singular considera que se cumplen los requisitos (ya se han publicado los anuncios de subasta y el ejecutante acredita que los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad productiva del deudor), debe admitir que la ejecución continúe.

Lo que no aclara la LCon es ante qué Juez debe realizarse la continuación de la ejecución²¹. Parece que la tendencia de los Juzgados de lo Mercantil está siendo reconocer que la competencia para la ejecución separada de bienes no afectos permitida por el art. 56 LCon corresponde a los jueces civiles (AJMerc núm. 1 Alicante 23 febrero 2006 [Auto 95/2006], AJMerc

21. Desde luego, las reglas de competencia y el espíritu de concentración de todos los poderes concursales en manos del Juez del concurso que informa toda la Ley Concursal permiten claramente que el Juez de la ejecución singular proceda a la acumulación de sus autos a los del concurso (art. 98 LECiv). Pero también puede defenderse que sea el Juez civil de la ejecución singular el que continúe con la ejecución por los mismos motivos que llevan al legislador a regular este supuesto: porque no tendría mucho sentido paralizar ni acumular al concurso una ejecución que se encuentra ya tan avanzada y cuyo objeto no es significativo para la continuidad de la actividad productiva del concursado.

núm. 1 Alicante 29 septiembre 2006 [JUR 2007, 38872] y AJMerc núm. 2 Barcelona 24 mayo 2006 [AC 2006, 1217]). En palabras del segundo de los Autos citados, «el Juez del concurso sólo debe conocer de la ejecución de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o a una unidad productiva». En consecuencia, en los mencionados Autos el Juez Mercantil se declaró incompetente y desestimó la demanda. Los argumentos invocados para llegar a esta conclusión son la misma autorización de la ejecución separada de bienes no afectos, indicadora de que «respecto a ellos no se quería con igual intensidad el principio de atracción del Juez del concurso» (AJMerc núm. 1 Alicante 23 febrero 2006 [Auto 95/2006] y AJMerc núm. 1 Alicante 29 septiembre 2006 [JUR 2007, 38872]); el art. 57.1 LCon *a contrario sensu*; la inconveniencia para el acreedor del procedimiento de incidente concursal (192.1.1 LCon); y la protección del mercado del crédito.

En cualquier caso, será conveniente que el Juez ejecutante comunique al Juez del concurso esta circunstancia y que a su entender concurren los requisitos exigidos por el art. 56.2 LCon. Si el Juez del concurso entiende que no se cumplen y por tanto no procede la continuación de la ejecución, podrá exigir la suspensión y reclamar los autos para sí, y nos encontraremos ante un conflicto de competencia que debe resolverse de acuerdo con la reglas generales de la LECiv.

C) El Registro de la Propiedad es el modo más adecuado para que el Juez que entiende de un concurso y el que entiende de la ejecución singular de un bien inmueble del concursado tengan noticia de la existencia de sus respectivos procedimientos.

Si la ejecución singular es anterior al concurso, debe constar registralmente desde el momento en que el registrador expide la certificación de dominio y cargas (arts. 656.1 y 688.1 LECiv) y hace constar mediante nota marginal esta circunstancia y la existencia de un procedimiento ejecutivo (arts. 656.2 y 688.2 LECiv).

En cuanto a la constancia registral del concurso, una vez se ha producido la declaración el deudor debe poner a disposición de los administradores los documentos correspondientes (art. 45.1 LCon), y éstos solicitarán la anotación preventiva del concurso en los registros que correspondan a los bienes inmuebles del concursado (art. 24.4 LCon). De todas formas, parece conveniente que el registrador no sólo haga constar la declaración de concurso en los bienes que se indiquen en el mandamiento, sino en todos los que figuren a nombre del concursado e incluso en los que éste pueda inscribir posterior-

mente (cfr. arts. 24.4 y 76 LCon)²². Desde ese momento no se podrán anotar embargos o secuestros posteriores a la declaración concursal salvo que los acuerde el Juez del concurso (art. 24.4 LCon), y la constancia registral del concurso impedirá que el bien sea adquirido por un tercero hipotecario (cfr. arts. 72.2, 73.2 y 137.2 LCon)²³.

D) El inicio o la reanudación de la ejecución separada durante el concurso se realizarán a instancia de parte (art. 57.1 LCon)²⁴ ante el Juez del concurso, tanto si se trata de una ejecución judicial como extrajudicial (art. 57.1 LCon). Será el Juez del concurso quien decida sobre su procedencia (art. 57.1 LCon) según el supuesto se ajuste o no a aquellos en que la ley permite la ejecución. «En su caso, acordará la tramitación en pieza separada» (art. 57.1 LCon), tramitación que no se suspenderá «por razón de las vicisitudes del concurso» (art. 57.2 LCon). Como ya se indicó en su lugar, cuando se haya abierto la fase de liquidación sólo se admitirá la reanudación de ejecuciones paralizadas, no la apertura de otras nuevas (art. 57.3 LCon).

SECCIÓN 3ª DE LOS EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS EN PARTICULAR

Artículo 58. Prohibición de compensación.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.

En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.

Comentario*

I. Planteamiento

El estudio del tratamiento de la compensación en el proceso concursal debe partir del análisis de esta institución en nuestro ordenamiento. El Có-

22. CURELL, «Aspectos registrales...», pgs. 2704-2705.

23. *Ibid.*, pg. 2708.

24. Pese a la expresión empleada por el art. 57.3 («se reanudarán»), no hay duda sobre este punto.

* Por Faustino CORDÓN MORENO.

ción en materia de ordenación y dictado de resoluciones, como, sobre todo, a la posible impugnación de tales resoluciones o actuaciones del Secretario¹⁵.

Tras la profunda reforma de la legislación procesal operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, para la implantación de la nueva Oficina judicial, las resoluciones del Secretario judicial en el concurso pueden ser impugnadas mediante el recurso de reposición, cuando se interpone ante el Secretario judicial que dictó la resolución impugnada, para la reconsideración de su decisión por él mismo; o bien mediante el recurso de revisión, cuando se trata de que sea el Juez o Tribunal quien decida la cuestión. Y es que debe tenerse en cuenta al respecto la nueva redacción dada por la Ley 13/2009 primeramente al art. 197.1 LCon, en el que se inserta una específica mención a los recursos contra las resoluciones dictadas por el Secretario judicial en el concurso, haciendo al respecto una remisión en bloque a que serán los mismos recursos que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sustanciados en la forma en ella dispuesta.

El *recurso de reposición*, de acuerdo con la nueva redacción dada al art. 451.1 LECiv por la Ley 13/2009, se interpondrá contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos ante el Secretario judicial que dictó la resolución recurrida (careciendo de efectos suspensivos: art. 451.3) y será resuelto por él mismo, excepto en los casos en que la Ley prevea recurso directo de revisión. Contra la resolución por decreto del recurso de reposición por el Secretario no cabrá recurso, sin perjuicio de la posible reproducción de la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva¹⁶.

El directo *recurso de revisión* cabrá contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación, o contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea, careciendo igualmente de efectos suspensivos «sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto», de conformidad con lo dispuesto por el nuevo art. 454 bis. 1, párrafos II y III LECiv.

15. Así lo entendíamos también en la primera edición a los Comentarios de esta Ley, respecto de esta disposición. Si bien ponía de manifiesto que había de entenderse la posibilidad de interponer el recurso de reposición, pero «en este caso, naturalmente, no "interpuesto ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida" [como se decía en la regulación ahora derogada en 2009], que no es tal, sino ante el Juez del concurso». Vid. «Comentario a la disp. final 6ª», cit., pg. 1481.

16. Dispone el art. 454 bis 1 LECiv que esta reproducción se efectuará, necesariamente, en la primera audiencia ante el Tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera

Disposición final séptima. Reforma de la Ley Hipotecaria.

El párrafo séptimo del artículo 127 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, queda redactado de la forma siguiente:

«Será Juez o tribunal competente para conocer del procedimiento el que lo fuera respecto del deudor. No se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero, si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor. En caso de concurso regirá lo establecido en la Ley Concursal».

Concordancias: Arts. 55.4, 56, 57 LCon. Arts. 98.1.2ª.II (modificado por disp. final 3ª.3 LCon) y 568 (modificado por disp. final 3ª.7 LCon) LECiv.

Comentario*

La reforma llevada a cabo por la disp. final 7ª LCon consiste en suprimir el último inciso del párrafo VII del art. 127 LH (que hasta ahora decía: «no se suspenderá en ningún caso el procedimiento... ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos») y sustituirlo por una remisión genérica: «En caso de concurso regirá lo establecido en la Ley Concursal». Forma parte, por tanto, del amplio número de disposiciones finales destinadas a evitar una doble regulación que pueda provocar conflicto de leyes o incoherencia y, como en los demás casos, el legislador ha optado por remitir directamente a la Ley Concursal.

Parece claro que con esta supresión se pretende evitar que alguien pueda ampararse en la LH para excluirla de la paralización de la ejecución de garantías reales regulada en el art. 56 LCon. La supresión del inciso mencionado no significa que haya desaparecido la ejecución separada *ex iure crediti* del acreedor hipotecario, sino que ésta: a) ha cambiado de fundamento legal (ya no es el art. 132 LH, modificado por la disp. adic. 9ª.7ª LECiv 2000, ni este 127.VII LH, modificado por la Disposición final que se está comentando, sino el mismo art. 56 LCon), y b) queda sometida a las limitaciones materiales o temporales del art. 56 LCon.

posible por el estado de los autos, se podrá solicitar antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvete en ella.

* Por JAVIER FAJARDO FERNÁNDEZ.

Disposición final octava. Reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 16 de diciembre de 1954, queda modificada en los términos siguientes:

1. *El párrafo segundo del artículo 10 queda redactado de la forma siguiente:*

«En caso de concurso, la preferencia y prelación del acreedor hipotecario o pignoraticio se regirán por lo establecido en la Ley Concursal».

2. *El artículo 66 queda redactado de la forma siguiente:*

«No obstante lo establecido en el párrafo primero del artículo 10, serán satisfechos con prelación al crédito pignoraticio:

1º Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas o frutos.

2º Los de alquileres o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeran, almacenaren o depositaren los bienes pignorados.

En caso de concurso, se estará a lo dispuesto en la Ley Concursal».

Concordancias: Art. 1922.6º y 7º CC. Arts. 84, 90, 91 y 92 LCon.

Comentario*

El párrafo II del art. 10 LHMPD establecía en su redacción original el derecho de separación del acreedor hipotecario o pignoraticio. Con la nueva redacción, que se limita a remitir a la Ley Concursal, parece que ese derecho ha desaparecido por contradictorio con los arts. 49, 76 y 80.1 LCon.

Con la nueva redacción, el art. 66 LHMPD establece una doble regulación, según se esté ante una reclamación singular o en situación concursal del deudor. Para el primer caso se conservan intactos los párrafos 1º y 2º de la redacción anterior, que a su vez recogen la preferencia de los créditos por semillas y gastos de cultivo y de rentas por almacenaje reconocidos en los núms. 6º y 7º del art. 1922 CC.

Para el caso de concurso del deudor, la LCon añade un último párrafo que se remite a la legislación concursal. Pero qué signifique esto no está del todo claro. Si el crédito ha nacido antes del concurso, está claro que ha nacido y está protegido por la garantía real legal tácita de los arts. 66 1º y 2º LHMPD (o 1922.6º y 7º CC). También parece claro que, cuando se produzca la declaración de concurso, se debe aplicar a la ejecución del derecho real que protege este crédito la paralización del art. 56.1 LCon. Lo que no resulta tan claro es en qué orden debe colocarse al acreedor por semillas o

* Por Javier Fajardo Fernández.

por almacenaje dentro del establecido por los arts. 84, 90, 91 y 92 LCon. Quizá la respuesta más sencilla sea considerar que están incluidos en el concepto «créditos refaccionarios» del art. 90.1.3º, pues, efectivamente, los supuestos del art. 1922 CC tienen su origen en la misma *ratio* del crédito refaccionario entendido en sentido amplio.

Disposición final novena. Reforma de la Ley de Hipoteca Naval.

La Ley de 21 agosto 1893, de Hipoteca Naval, queda modificada en los términos siguientes:

1. *Se añade un nuevo párrafo al final del artículo 31, como párrafo segundo, con la siguiente redacción:*

«Por excepción, si en caso de concurso no se hubiere ejercitado el derecho de separación del buque conforme a lo previsto en la Ley Concursal, la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo establecido en ella».

2. *Se añade un nuevo párrafo al final del artículo 32, como párrafo segundo, con la siguiente redacción:*

«Por excepción, si en caso de concurso no se hubiere ejercitado el derecho de separación del buque conforme a lo previsto en la Ley Concursal, la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo establecido en ella».

Comentario*

Como se ha visto al comentar el art. 76.3 LCon, la nueva Ley concursal mantiene el privilegio de ejecución separada de los privilegios marítimos, algo lógico porque no sólo en la legislación nacional sino, sobre todo, en la internacional existen toda una serie de privilegios marítimos especiales con un breve plazo de ejercicio, para los que resultaría contraproducente ordenar la suspensión o paralización. La Ley de Hipoteca Naval parte de esa posibilidad de ejecución separada, y establece a partir de la reforma que comentamos las consecuencias de no haber ejercitado tal derecho en el caso de concurso del deudor.

En este supuesto la Ley concursal establece que la clasificación y graduación de créditos se regirán por lo establecido en ella, y no por las reglas propias de la hipoteca naval o de los privilegios marítimos del Código de comercio (*vid.* art. 580 CCom, también reformado en este mismo sentido

* Por Eduardo Valpuesta Gastaminza.