



Roj: **AAP B 4387/2007 - ECLI:ES:APB:2007:4387A**

Id Cendoj: **08019370152007200132**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **28/06/2007**

Nº de Recurso: **682/2006**

Nº de Resolución: **195/2007**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **BLAS ALBERTO GONZALEZ NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCION DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 682/2006 - 3ª

CONCURSO 219/2005

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE BARCELONA

A U T O num. 195/2007

Ilmos. Sres. Magistrados

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. BLAS ALBERTO GONZALEZ NAVARRO

En la ciudad de Barcelona, a veintiocho de junio de dos mil siete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de mayo de 2006 se dictó por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona auto cuya parte dispositiva es del tenor siguiente:

"Debía acordar y acordaba declarar la INCOMPETENCIA OBJETIVA de este Juzgado para conocer de la demanda de ejecución interpuesta por D. Antonio Mª de Anzizu Furest, Procurador de los Tribunales y de la CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, y el archivo de las presentes actuaciones, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra el Auto mencionado se interpuso recurso de reposición, y desestimado el mismo, de apelación, en nombre y representación de la CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, representada ante este Tribunal por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Mª de Anzizu Furest y defendida por el Letrado D. Ramón Luis García Torné, tras lo cual se elevaron los autos a esta Sala previo emplazamiento de las partes. Comparecidas las mismas, se siguieron los trámites legales. La votación y fallo del recurso se señaló para el día 11 de abril de 2007.

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. BLAS ALBERTO GONZALEZ NAVARRO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La situación que nos presenta la apelante es la siguiente: declarado el concurso de Dña. María Consuelo , la CAIXA CATALUNYA presenta una demanda para la ejecución hipotecaria de una finca de su nuda propiedad, correspondiendo el usufructo a su madre, la también demandada Flor , amparándose en



los artículos 56 y 57 de la Ley **Concursal** . La administración **concursal** informa que, a su entender, no existe dato alguno que autorice a pensar que la concursada realice algún tipo de actividad empresarial o profesional, no constando tampoco que el bien gravado se halle afecto a ninguna actividad económica de este tipo o a una unidad productiva de titularidad de la concursada, considerando que la **competencia** para conocer de esta **ejecución separada** corresponde al Juez del concurso.

El Juzgado de lo Mercantil, sin embargo, asumiendo que la finca hipotecada no es el bien afecto al que se refiere el artículo 56 de la Ley **Concursal** , considera por el contrario que la **competencia** del Juez del concurso del artículo 57 viene referida exclusivamente al conocimiento de las demandas de ejecución de los bienes afectos, a los que se refiere el artículo 56 , por lo que la demanda de ejecución hipotecaria de la CAIXA CATALUNYA debe interponerse ante los Juzgados de 1ª Instancia. Contra ello se alza la entidad actora, mientras que la concursada interesa la confirmación de este criterio.

SEGUNDO.- Tratándose de una discusión sobre la **competencia** del Juez del concurso, obligado es acudir primero al artículo 8 de la Ley **Concursal** , que confirma casi literalmente lo que ya establece el artículo 86 ter de la LOPJ y según el cual "la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley (...)

3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado (...)"

No parece problemático concluir, por tanto, que si la demanda de la apelante pretende la ejecución hipotecaria de un bien cuya nuda propiedad pertenece a la concursada (la interposición de la demanda también contra quien no es deudor concursado, la usufructuaria del inmueble, viene impuesta por el artículo 685.1 de la LEC , al ser ésta hipotecante no deudora), asistimos en efecto a una demanda de indudable contenido patrimonial y dirigida contra bienes y derechos del concursado, por lo que se incluye dentro del ámbito competencial del Juez del concurso, del Juzgado de lo Mercantil.

La cuestión nuclear, no obstante lo anterior, es que, en la tesis del Sr. Magistrado, esta regla general está modulada por lo que disponen los artículos 55 y 56 de la misma Ley **Concursal** , que posteriormente excluyen cierto tipo de acciones, que tienen también un contenido patrimonial pero que recaen sobre bienes no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en el caso de los apremios administrativos y ejecuciones laborales anteriores a la declaración que continúan su tramitación, o no afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, en el caso de las **garantías** reales. Concretamente para estas **garantías**, el artículo 56 prevé su suspensión tras la declaración del concurso, si la acción ejecutiva estuviera ya en marcha, o la prohibición de iniciarla en caso contrario, durante los plazos que el precepto marca. Ligando esta norma con el artículo 57 , este precepto, según la resolución combatida, sólo vendría referido a las acciones de ejecución de **garantías** reales que recaigan sobre bienes afectos; si no es el caso, el Juez del concurso carece de **competencia**.

TERCERO.- Pero no compartimos esta idea. El artículo 57 tiene como objeto, según su propio encabezamiento, el "inicio o reanudación de ejecuciones de **garantías** reales", no estableciendo para ello ninguna diferenciación según los bienes sobre los que recaen y su afección o no a la actividad del deudor. La letra del artículo lo confirma:

"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."

El artículo anterior mencionado (el 56), en efecto, regula el inicio o la reanudación de las acciones paralizadas por recaer sobre bienes afectos; sin embargo, existen varias razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir del conocimiento del Juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Por una parte, el mismo precepto, en su último párrafo, expresa que 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, por lo que, con arreglo al artículo 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior ..."), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la **competencia** del Juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al Juzgado de 1ª Instancia; y aunque el artículo 56 gravite, sin duda, sobre las **garantías** sobre bienes afectos, el que el artículo 57 no haya sido más



explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta **ejecución separada**, resultando plenamente justificada la **competencia** objetiva del Juez del concurso. Es en el concurso donde el crédito garantizado (en nuestro caso, una línea de crédito) se está haciendo valer (art. 61.1 LC), continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados (arts. 59.1 y 92.3º LC, hasta donde alcance la **garantía**), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración **concurstral** en los términos del artículo 68. Es por eso que el artículo 57 atribuye la **competencia** al Juez del concurso para las acciones ejercitadas estrictamente durante su tramitación.

Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la **garantía** le corresponde, para luego abandonar su **competencia** si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la **garantía** real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir **pieza separada** para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso **concurstral** y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.

CUARTO.- Procede, pues, la estimación del recurso de apelación, si bien existen dudas jurídicas relevantes que permiten no hacer imposición de las costas en ninguna instancia.

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de la CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA contra el auto dictado con fecha 24 de mayo de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, y REVOCAMOS dicha resolución, declarando la **competencia** del Juzgado para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria interpuesta por la apelante contra Dña. María Consuelo y Dña. Flor, sin efectuar condena por las costas de ninguna instancia.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

QUE, AL AMPARO DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, FORMULA EL ILMO. MAGISTRADO DON IGNACIO SANCHO GARGALLO:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Discrepo del criterio de la mayoría acerca de la **competencia** para conocer de la ejecución de **garantías** reales constituidas sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursados. El Juzgado de lo mercantil, con buen criterio a mi entender, consideró que carecía de **competencia** para conocer de estas ejecuciones, como consecuencia de lo regulado en los arts. 56 y 57 LC. No es este el criterio de la mayoría del tribunal, que sostiene la atracción a favor del concurso de la **competencia** para conocer de estas ejecuciones, sobre la base de la atribución de **competencias** prevista en el art. 8 LC, que determina la interpretación del art. 57 LC.

Estoy de acuerdo en que corresponde al Juzgado que tramita el concurso determinar en cada caso si los bienes del deudor concursado están afectos o no a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues es quien está en mejores condiciones de conocer y juzgar sobre esta circunstancia. En un supuesto similar, con ocasión de un conflicto de jurisdicción entre la Hacienda Pública y un Juzgado de lo Mercantil sobre una ejecución administrativa en la que se había dictado la providencia de apremio antes de la declaración de concurso, versando el conflicto sobre la **competencia** para decidir si los bienes sobre los que versaba la ejecución eran o no "necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2006, ha atribuido esta **competencia** al Juez del concurso, a quien deberá dirigirse la instancia administrativa que, como consecuencia de lo previsto en el art. 55.2 LC, conozca de una **ejecución separada**, para preguntar si el bien sobre el que se dirige dicha ejecución es o no necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al presente caso en el que lo que debe decidirse es si un determinado bien gravado con una **garantía** real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en el art. 56 LC.



A mi juicio, y esto entronca con lo que constituye el núcleo de mi disidencia, una vez establecida la regla general que atribuye al Juez del concurso la **competencia**, exclusiva y excluyente, para conocer (...) 3º de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del **concurso**, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (ar. 8 LC), la misma Ley **concurso** establece sus excepciones.

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

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

Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la **garantía** real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el art. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de **garantías** reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de **garantías** reales") debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC, que son las correspondientes a las **garantías** reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la **competencia** para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso, aunque como una **ejecución separada** del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la **ejecución separada** no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con **garantía** real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del art. 90 LC sujeta a las reglas previstas en el art. 155 LC.

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

La previsión del art. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la **competencia** para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de **garantías** reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez



concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de **ejecución separada** al margen del concurso de las **garantías** reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del art. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.

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

Así lo acuerda el Ilmo. Sr. Magistrado IGNACIO SANCHO GARGALLO, que emite este voto particular del que se unirá certificación al rollo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS