

PROBLEMAS DE LA VIS ATTRACTIVA DEL PROCESO CONCURSAL Y POSIBLES SOLUCIONES

M^a Elisa Escolà i Besora

Asociada senior. Departamento de Derecho Concursal y Reestructuraciones Empresariales. JAUSAS

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona

La regulación por la Ley Concursal de los efectos de la declaración de concurso sobre las acciones individuales resulta muy defectuosa, lo que provoca muchos y variados problemas en la práctica de nuestros tribunales.

La declaración de concurso de un deudor comporta determinados efectos en los procesos de declaración o de ejecución en los que el concursado sea parte, y en los procedimientos administrativos, fenómeno que se denomina comúnmente la «*vis attractiva* del proceso concursal», si bien, en puridad, la *vis attractiva* sería únicamente la acumulación de los procesos declarativos singulares al proceso concursal.

De ordinario se indica que estos efectos encuentran su fundamento en el carácter universal del proceso concursal, en el que rigen los principios de unidad (todos los acreedores del concursado deben ejercitar sus derechos dentro del proceso universal y no de modo separado), de universalidad (el proceso concursal afecta a la totalidad de los bienes y de derechos del concursado) y de *par conditio creditorum* (igualdad de trato de los acreedores del concursado).

El principio de unidad está recogido expresamente en el art. 49 de la Ley Concursal (LC), a cuyo tenor, «*declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes*».

Los arts. 8 y 50 y ss. LC regulan los efectos de la declaración de concurso sobre las acciones individuales. La regulación legal de esta cuestión es muy defectuosa, lo que provoca muchos y variados problemas en la práctica de nuestros tribunales. La finalidad de este trabajo es denunciar algunos de estos problemas, ya que es inviable abordarlos todos, en aras de encontrar posibles soluciones que nos permitan obtener la necesaria seguridad jurídica.

LOS PROCESOS DECLARATIVOS PENDIENTES

Posible acumulación al proceso concursal

El principio general que establece el art. 51.1 LC es que los **juicios declarativos** en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación en el momento de la declaración de concurso continuarán hasta la firmeza de la sentencia.

Evidentemente, estas sentencias, al igual que los laudos firmes, vinculan al juez del concurso (art. 53.1 LC). Asimismo, cabe recordar que la pendencia comienza desde la interposición de la demanda, si después es admitida (art. 410 LEC).

Sin embargo, la Ley prevé su posible acumulación al proceso concursal cuando concurren tres requisitos:

*** Que sean competencia del juez del concurso según lo previsto en el art. 8 LC.** Este precepto declara la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de: las **acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado**, exceptuando los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores; las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo; las ejecuciones frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, y de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado.

Como podemos observar, la LC señala expresamente que se atribuye al juez del concurso el conocimiento de aquellas acciones y ejecuciones de contenido patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Así pues, **la acumulación sólo procederá en los supuestos de juicios declarativos en los que el concursado ocupe la posición pasiva de la relación procesal, es decir, cuando sea parte demandada.** Por consiguiente, los procesos en los que el concurso sea parte actora continuarán hasta alcanzar sentencia firme, sin perjuicio de los efectos del concurso en la capacidad procesal del concursado, cuestión que se analizará más adelante.

*** Que se estén tramitando en primera instancia.** Esta previsión legal descarta su acumulación cuando se hallan en segunda instancia o en casación. Si bien las sentencias no firmes no producen efecto de cosa juzgada, por lo que no vinculan al juez del concurso, sí cabe destacar que los créditos reconocidos por **sentencias o laudos no firmes** deben ser incluidos necesariamente por la administración concursal en la lista de acreedores (art. 86.2 LC), aunque al ser litigiosos serán considerados créditos contingentes sin cuantía propia (art. 87.3 LC).

Por lo que respecta a la posible ejecución provisional de la sentencia de primera instancia recurrida, si ya está despachada, deberá ser suspendida cuando afecte al patrimonio del concursado, en virtud de lo dispuesto en el art. 55.2 LC; si todavía no ha sido despachada, no podrá iniciarse, en virtud del art. 55.1 LC, que prohíbe el inicio de ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado.

*** Que el juez del concurso considere que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.** La acumulación de los procesos declarativos singulares al proceso concursal no es automática, sino que el juez del concurso ostenta la facultad de decidir si acumula o no en función de si considera que la resolución del proceso que pretende acumularse tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario, por afectar a los bienes y derechos del concursado, o para la formación de la lista de acreedores.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid de 27 de octubre de 2005 (Proc. 301/2005) señala en su Fundamento de Derecho 4.º que, a efectos de su acumulación al proceso concursal, para que se considere que una reclamación resulta trascendental para la formación de la lista de acreedores es necesario que la misma suponga una influencia notoria para la masa pasiva y descarta que tengan dicha relevancia las reclamaciones que supongan una influencia de muy escasa importancia, alcanzando por ejemplo, el 0,5% de la masa pasiva. Del mismo modo se pronuncia, en su Fundamento de Derecho 2.º, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 23 de enero de 2006 (Proc. 7/2006).

En definitiva, **si el crédito que se reclama en el proceso declarativo cuya acumulación se solicita representa una parte poco importante del pasivo, los juzgados tienden a rechazar su acumulación al proceso concursal**, ya que consideran que su resolución no tiene trascendencia sustancial para la formación de la lista de acreedores. De hecho, la razón de fondo es la grave saturación de los juzgados de lo mercantil, problema que se vería incrementado si se acumularan todos los procesos iniciados contra el concursado.

Como ha denunciado la doctrina (por todos, Alonso-Cuevillas Sayrol), la solución legal adoptada por la LC no es satisfactoria. Hubiera sido más apropiado recoger la regulación prevista en otros ordenamientos, en los que se ordena la paralización de todos los procesos declarativos contra el concursado, y sólo si el crédito del actor no se ve reconocido en el concurso, se permite su continuación.

En efecto, cuando el crédito ya ha sido reconocido en el propio concurso es del todo absurdo continuar un procedimiento, ya sea ante el juez de primera instancia que está conociendo del proceso declarativo, ya sea ante el juez del concurso, quien debería conocer de dicho proceso en caso de acumulación según los trámites del incidente concursal, de conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del art. 192.1 LC.

Juicios monitorios y cambiarios

Por último, debemos abordar el problema de los juicios monitorios y los cambiarios pendientes cuando se declara el concurso del demandado. En principio, **el monitorio es un proceso declarativo aunque de carácter especial**, ya que su finalidad es la obtención de un título ejecutivo con celeridad, y la primera actuación que debe hacer el juzgado tras la admisión de la demanda o petición de monitorio es requerir de pago al deudor, requerimiento que el deudor concursado no puede atender porque vulneraría la *par conditio creditorum* prevista en el art. 49 LC. Por consiguiente, lo más procedente sería dictar auto de archivo cuando se comunica al juzgado la declaración de concurso del deudor. En este sentido se pronuncia el Auto de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de febrero de 2006 (Rec. 830/2005), que aunque se refiere a un supuesto en el que el deudor se hallaba en suspensión de pagos, analiza la cuestión a la luz de la nueva Ley Concursal.

Si el deudor no se ha opuesto y todavía no se ha despachado ejecución, la misma ya no puede despacharse una vez declarado el concurso, de conformidad con lo previsto en el art. 55.1 LC; si ya se ha despachado la ejecución, la misma debe suspenderse por mor del art. 55.2 LC.

Por lo que respecta al **juicio cambiario**, su naturaleza declarativa es discutida habida cuenta de su específica tramitación, caracterizada por el inmediato embargo preventivo que se convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula oposición o si ésta es desestimada. Es evidente que frente a un deudor concursado no cabe decretar ningún embargo, ni siquiera preventivo, pues el art. 8.4 LC atribuye al juez del concurso el conocimiento de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado.

El Auto de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de febrero de 2008 (Rec. 547/2007) indica que el proceso cambiario presenta dos fases claramente diferenciadas: aquella en la que no se produce oposición y que provoca el despacho de ejecución mediante la resolución prevista en el art. 825 LEC, y una segunda fase de naturaleza declarativa cuando el deudor formula demanda de oposición que da paso al subsiguiente juicio verbal. Según la indicada resolución, únicamente en el supuesto de que se abra la fase declarativa pueden producirse los efectos del art. 51.1 LC. Ahora bien, si se halla en la primera fase, con embargo y despacho de ejecución, debe detenerse el juicio cambiario por su naturaleza ejecutiva.

En definitiva, si al declararse el concurso el juicio cambiario se halla en la fase procesal de oposición por parte del demandado concursado, el juicio debe continuar hasta sentencia, la cual no podrá ejecutarse. Si no ha habido oposición, no podrá dictarse auto despachando ejecución. Si ya se ha despachado, deberá suspenderse su tramitación de conformidad con el art. 55.2 LC.

Legitimación y trámite procesal para la acumulación

Pueden solicitar acumulación la administración concursal, antes de emitir su informe, o cualquier parte personada en el proceso que se pretende acumular, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

La solicitud deberá efectuarse ante el juez del concurso, ya que es dicho órgano quien debe decidir si se cumplen los requisitos para la acumulación. En el supuesto de que el juez del concurso estime la conveniencia de la acumulación, pero el juez que conoce el proceso singular no considere que deba acumularse cuando sea requerido, se planteará un conflicto positivo de competencia que deberá resolver el tribunal inmediato superior al requiriente y requerido, que deberá tramitarse conforme a lo previsto en los arts. 94 y 95 LEC.

Efectos

* Como **efecto de la acumulación**, el proceso proseguirá ante el juez del concurso, pero por el trámite del incidente concursal, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 192.1 LC. Este precepto indica que el juez del concurso debe disponer lo necesario para que se continúe el juicio sin repetir actuaciones y permitiendo la intervención de las partes del concurso que no lo hubieran sido en el juicio acumulado. Materialmente, estos procesos que continúan se deben incluir en la sección cuarta del concurso en piezas separadas, según lo previsto en el segundo párrafo del art. 183.4 LC.

El incidente concursal es un proceso muy sencillo, pues se compone de demanda y contestación por escrito y luego se remite al juicio verbal; en consecuencia, no tiene el trámite de audiencia previa y, dependiendo del juzgado, tampoco de conclusiones. Por consiguiente, se trata de un proceso poco idóneo para conocer de controversias complejas.

* Los **procesos que no se acumulan también quedarán afectados** por la declaración de concurso, habida cuenta de que la misma incide en las facultades patrimoniales del deudor, lo cual tiene su correspondiente reflejo en el ámbito procesal.

Según lo establecido en el art. 40 LC, en caso de concurso voluntario el deudor conserva las facultades de administración y de disposición sobre su patrimonio y queda sometido a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. Por el contrario, en el supuesto de concurso necesario se suspenden dichas facultades y es sustituido el deudor por los administradores concursales. No obstante, la Ley confiere discrecionalidad al juez para decretar la suspensión en caso de concurso voluntario o bien la mera intervención en el concurso necesario, aunque lo debe razonar señalando los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se quieren obtener.

En consecuencia, el art. 51.2 LC dispone que, en caso de suspensión de las facultades de administración y de disposición del deudor, la administración concursal sustituirá al concursado en los procedimientos en trámite y éste necesitará la autorización del juez para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. La Ley permite que el deudor mantenga su representación y defensa separada si garantiza ante el juez del concurso que los gastos de su actuación procesal no recaerán sobre la masa del concurso.

En cambio, en caso de mera intervención, el art. 51.3 LC indica que el deudor conservará la capacidad procesal para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios que afecten a su patrimonio.

Aunque parece que la Ley considera la suspensión e intervención como limitaciones a la capacidad procesal, en caso de suspensión la sustitución del concursado no es un fenómeno de representación por falta de capacidad, sino de representación de un

patrimonio independiente, pues la parte pasará a ser la propia masa patrimonial del concurso que estará representada en juicio por la administración concursal.

NUEVOS PROCESOS DECLARATIVOS

Una vez declarado el concurso, es posible iniciar procesos declarativos contra el concursado pero su conocimiento corresponde al juez del concurso si afectan a su patrimonio, de conformidad con lo previsto en el art. 8.1 y 50.1 LC, que sanciona con la nulidad de actuaciones la vulneración de esta norma de competencia objetiva.

Es evidente que **no cabrá iniciarse acciones que reclamen el pago de cantidades dinerarias, ni las demandas reconventionales que persigan este fin**, porque el deudor concursado no puede pagar a sus acreedores concursales al margen del concurso, sino que éstos deberán someterse a las normas del concurso, a resultas del convenio que se apruebe, o bien de lo que se acuerde en la fase de liquidación.

Las acciones que se inician contra el concursado se deben tramitar por el incidente concursal, sea cual sea la pretensión ejercitada, porque así lo dispone el párrafo segundo del art. 192.1 LC.

Por lo que respecta a las **acciones que puede interponer el concursado**, el art. 54 LC reproduce lo dispuesto en el art. 51.2 y 51.3 LC, es decir, en caso de suspensión de facultades corresponde a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de acciones de índole no personal, mientras que en el supuesto de intervención el deudor concursado conserva la capacidad procesal pero necesita la autorización de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. En este supuesto, la LC otorga legitimación subsidiaria a la administración concursal si el concursado no interpone una demanda conveniente a los intereses del concurso.

Falta de autorización

El problema que nos encontramos en la práctica es determinar las **consecuencias de la falta de la autorización de la administración concursal para interponer la demanda**. En nuestra opinión, dicho defecto puede ser subsanado en el trámite de la audiencia previa, de conformidad con lo previsto en el art. 40.7 LC en relación con el art. 418 LEC.

En efecto, según el art. 40.7 LC, la consecuencia de la infracción de las limitaciones por parte del concursado comporta la anulabilidad de dichos actos, no la nulidad absoluta, ya que los mismos pueden ser convalidados o confirmados por la administración concursal. Siendo éste el régimen previsto en la LC, la administración concursal debe poder convalidar la interposición de la demanda, mediante la presentación en la audiencia previa de un escrito en el que se autoriza dicha interposición *a posteriori*.

EJECUCIONES Y APREMIOS

Prohibición de proseguir o iniciar nuevas ejecuciones

El art. 55.1 de la LC dispone que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Ahora bien, la Ley permite que **prosigan los procedimientos administrativos** de ejecución en los que se hubiera 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 de concurso, **siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.**

En los demás supuestos, las ejecuciones en trámite quedan **en suspenso desde la fecha de declaración de concurso**, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponde dar a los respectivos créditos. La vulneración de estos preceptos se sanciona con la nulidad absoluta, por lo que si se ha continuado alguna ejecución por desconocimiento de la situación concursal del ejecutado, las actuaciones posteriores al auto declarativo serán nulas de pleno derecho.

Como las providencias de apremio que dictan los organismos públicos son «generales», en el sentido de que no detallan los bienes embargados, los juzgados suelen exigir, para que pueda proseguir la ejecución al margen del concurso, que se hayan trabado bienes que no resulten necesarios para la continuación de la actividad, porque lo contrario significa permitir que dichos organismos embarguen la totalidad del patrimonio del concursado si dictan la providencia de apremio antes del auto declarativo de concurso. No obstante, la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 2006 (Cfto. 4/2006) indica en su FJ 4.º que la preferencia del procedimiento administrativo o del judicial viene determinada por la prioridad temporal de la providencia de apremio o la declaración de concurso, aunque reconoce que el carácter de necesario lo debe decidir el juez del concurso.

En la práctica hemos podido comprobar que la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social (TSSG), cuando conocen que algún deudor ha solicitado el concurso, **empiezan a dictar providencias de apremio contra dicho deudor en aras de conseguir una providencia de apremio anterior a la fecha del auto declarativo de concurso**, aprovechando que la saturación de los juzgados mercantiles impide obtener la declaración con celeridad. Se trata de un comportamiento totalmente denunciabile.

Por otra parte, en los procesos concursales hemos observado que la TGSS, tras la declaración de concurso, está dictando providencias de apremio que corresponden a periodos de deuda anteriores al auto declarativo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 50.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que indica: «*Si no se hubiere dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento*

recaudatorio establecido en este Reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de los que se acuerde en el procedimiento concursal.»

Esta práctica no es admisible, pues entendemos que el mencionado precepto del Reglamento General de Recaudación contraviene lo dispuesto en el art. 55.1 LC, y un Reglamento no puede derogar una ley, que es de rango superior.

En efecto, el art. 55.1. LC, como se ha indicado, prohíbe iniciar apremios administrativos contra el deudor, y dictar una providencia de apremio después de la declaración del concurso, aunque queden en suspenso las posteriores actuaciones ejecutivas, constituye claramente un inicio de un procedimiento de apremio administrativo. Así se desprende del propio Reglamento de Recaudación, que en su art. 6.1 señala que la emisión de la providencia de apremio dará inicio al periodo de recaudación ejecutiva.

La TGSS no puede sostener que, como no continuarán las actuaciones ejecutivas, el dictado de la providencia de apremio no afecta al patrimonio de la concursada, por cuanto la simple notificación de la providencia tiene *per se*, y sin necesidad de ulteriores actuaciones ejecutivas, efectos patrimoniales muy negativos sobre ese patrimonio, ya que, como indica el art. 11 del Reglamento de Recaudación, el recargo aplicable al principal devengará intereses de demora desde el vencimiento del plazo de los 15 días naturales siguientes a la notificación de la providencia de apremio, intereses que representan el interés legal incrementado en un 25%.

Así pues, es indiscutible que el mero transcurso del tiempo sin declarar la nulidad de la providencia hará nacer los correspondientes intereses de demora a favor de la TGSS, con claro detrimento de los demás acreedores. Aunque el propio art. 50.5 del Reglamento dispone que la declaración de concurso suspende el devengo de intereses, recogiendo lo establecido en el art. 59 de la LC, en la práctica la TGSS decreta la liquidación de intereses de demora.

En conclusión, **el art. 55.1 LC no puede ser modificado ni modulado en su interpretación por el art. 50.2 del Reglamento de Recaudación de la TGSS.** Así lo ha entendido la jurisprudencia, como no podía ser de otro modo. Podemos citar, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 29 de diciembre de 2006 (Proc. 307/2006), que en su Fundamento de Derecho 2.º señala que, a pesar de que el Reglamento de Recaudación de la TGSS es posterior a la Ley Concursal, el Reglamento no la puede modificar por ser de rango inferior, conforme a los arts. 9.3 de la Constitución y 5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que garantizan el principio de jerarquía normativa.

Por consiguiente, las providencias de apremio de la TGSS posteriores a la declaración de concurso adolecen de nulidad absoluta y deben ser impugnadas ante el juez del concurso para que así lo declare.

Por último, en la práctica suele ser habitual que la Agencia Tributaria y la TGSS embarguen saldos de cliente; se discute al respecto si deben considerarse

necesarios o no para la continuación de la actividad del concursado. El Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, en un Auto de 17 de diciembre de 2008 (Proc. 230/2008), considera que los créditos embargados a un deudor concursado son necesarios para la continuación de su actividad, por cuanto su ejecución supondría el estrangulamiento financiero de la sociedad, con independencia de que se abra la fase de convenio o de liquidación, siempre y cuando el concursado mantenga su actividad. A *sensu contrario*, en los supuestos de cese de actividad no podrá considerarse que son necesarios.

Ejecución de garantías reales

Según el art. 56.1 LC, los acreedores con garantía real sobre bienes afectos a la actividad del concursado no pueden iniciar la ejecución hasta que no 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. Con ello se pretende evitar que la necesaria protección de estos acreedores frustre la continuidad de la actividad del concursado y la aprobación de un eventual convenio. Si la ejecución ya está iniciada, la misma se suspenderá, salvo si se han publicado los anuncios de subasta del bien o derecho afecto. Sin embargo, si el bien es necesario para la continuidad de la actividad, también se suspenderá aunque se hayan publicado dichos anuncios.

Como puede observarse, la LC distingue entre los conceptos de **bienes afectos** a la actividad y **bienes necesarios** para la misma. Según señala el magistrado Ignacio Sancho Gargallo, la afección supone el destino real del bien o derecho a la realización de la actividad empresarial o profesional, no basta su afección financiera; la necesidad implica que el bien es imprescindible para la continuidad de la actividad o muy conveniente, pues resulta difícil o muy costoso prescindir de él o sustituirlo. El magistrado Alberto Arribas Hernández indica que son afectos los bienes o derechos vinculados de modo permanente a la actividad empresarial o profesional del concursado o a una unidad productiva y que sirvan para la producción de los bienes o la prestación de los servicios que constituyan el objeto de su actividad.

Sea como sea, es difícil ofrecer un criterio general y se debe estar a cada caso concreto, en función de la naturaleza de la actividad y atendiendo a si el bien afecto es o no importante para la continuación de la misma, decisión que deberá adoptar el juez del concurso, a la vista de las alegaciones esgrimidas por la administración concursal. Lo que resulta incontrovertido es que en el concurso de persona física la hipoteca sobre la vivienda habitual no se suspende ni se paraliza a no ser que se acredite que en ella se desarrolla la actividad económica o profesional del concursado.

Respecto de la ejecución de garantías reales deseamos efectuar dos últimas consideraciones. En primer lugar, que el art. 56.3 LC declara que, abierta la fase de liquidación, el acreedor que no hubiera iniciado antes la ejecución **pierde el derecho de ejecución separada** dentro del proceso concursal y deberá estar a lo que resulte de la liquidación, aunque él posee el derecho preferente sobre el bien afecto, de conformidad con el art. 155.1 LC.

Hasta la reforma concursal introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, la excesiva duración de la fase común, motivada por los numerosos incidentes concursales contra el informe de la administración concursal, provocaba que la fase de liquidación se abriera una vez transcurrido con creces el año desde la declaración de concurso, por lo que estos acreedores podían iniciar la ejecución separada ante el juez del concurso (art. 57.1 LC). No obstante, ahora cabe la apertura de la fase de liquidación antes de la terminación de la fase común, si el deudor hace uso del art. 142 *bis* LC que le permite solicitar la liquidación anticipada. En este supuesto, todos aquellos acreedores con garantía real sobre bienes afectos que no hayan iniciado la ejecución antes del auto declarativo de concurso perderán el derecho de ejecución separada.

Por último, cabe destacar que la jurisprudencia y la doctrina discrepan sobre **a quién corresponde el conocimiento de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad que se inicien tras la declaración de concurso**. El Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de noviembre de 2006 (Rec. 682/2006) sostiene que el juez del concurso ostenta la competencia en virtud del art. 8.3 LC, que, recordemos, le atribuye la competencia exclusiva y excluyente para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado. Sin embargo, este mismo Auto contiene un voto particular del presidente de la Sección, quien considera que la competencia corresponde al juez de primera instancia, según las normas de competencia previstas en la LEC, porque la LC reconoce un derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos. La Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Auto de 11 de octubre de 2007 (Cuestión de competencia 6/2007), acoge el criterio de la de Barcelona. Entre la doctrina tampoco existe unanimidad (*ad exemplum*, Peiteado).

En nuestra opinión, a falta de previsión legal específica, debe imperar la regla general del art. 8.3 LC, y, por consiguiente, las ejecuciones de garantías reales iniciadas tras la declaración de concurso deben ser conocidas ante el juez del concurso porque afectan a bienes de contenido patrimonial del concursado. Además, en la Exposición de Motivos de la LC se indica que la ejecución de garantías reales se tramitará ante el juez del concurso, sin distinguir en función del tipo de bienes sobre la que recae (apartado III, párrafo 12). Cuestión distinta es que la denunciada saturación de los juzgados de lo mercantil aconsejaría que en la práctica se excluyeran estas ejecuciones del conocimiento del juez del concurso, para aligerar su carga de trabajo, pero el legislador debería indicarlo expresamente para evitar resoluciones contradictorias.