Doctrina

Por Pilar López Barrau, abogada especializada en Derecho concursal.

La paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes del concursado

La paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial trata de fomentar la función solutoria del concurso de acreedores a través de la conservación de la empresa. La continuidad y supervivencia de la empresa se verían en peligro si se sustrajeran de sus activos bienes que constituyeran soporte importante de su actividad empresarial. En este marco, el legislador español permitió la paralización de las ejecuciones de garantías reales durante la tramitación del concurso, sin duda, anudándolo a unas circunstancias concretas: debía tratarse de bienes que pudieran entenderse importantes para la actividad empresarial de la concursada y, no obstante, la limitación a la ejecución sólo sería temporal hasta la aprobación de un convenio cuyo contenido no afectara a este derecho o hasta que hubiera transcurrido un año desde la declaración de concurso sin haberse abierto la fase de liquidación.

En su redacción primaria, el artículo 56 de la Ley Concursal, determinaba que la paralización de la ejecución de garantías reales se producía sobre bienes de la concursada afectos a su actividad profesional o empresarial o unidad productiva de

su titularidad. Un concepto, el de “bien afecto a la actividad”, que evolucionó en el tiempo.

Por “bien afecto” se entendió, en un principio, aquellos destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa, debiendo ligarse al concepto de “inmovilizado”, tal y como lo definía el Plan General de Contabilidad. Sin embargo, a esta postura le sucedió aquella otra, que sostenía que era “bien afecto” el destinado a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y del que se servía efectivamente éste en el ejercicio de su actividad, al margen de la catalogación contable del mismo.

Tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, el artículo 56 de la Ley Concursal mutó en una nueva redacción. Tomando como punto de partida que las ejecuciones son realmente obstativas de la continuación de la actividad empresarial cuando no pueda realizarse esa separación del derecho de disposición sin detrimento de las facultades de uso y disfrute de la empresa, se limitaron los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resultasen necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial.

En un esfuerzo por equilibrar la balanza entre la promoción de la continuidad de la empresa como solución para generar un mayor activo y el deber de restringir la limitación de la ejecución de garantías reales a unas circunstancias concretas, el legislador español acuña el concepto de “bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial”. Un concepto, sin duda, menos amplio que el de “bien afecto”, debiendo entenderse por tal “aquel que resulte imprescindible para la continuidad”, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar su actividad, en contraposición a aquel bien o derecho superfluo o prescindible.

Habrà que estar, pues, al caso concreto y atender no tanto a la naturaleza de los bienes cuanto a las circunstancias que rodean a la concursada para determinar cuándo un bien es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

Resuelto, entonces, el primer presupuesto para la aplicación del artículo 56.1 de la Ley Concursal, el carácter de bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial, se nos plantea la cuestión de cómo interpretar esas circunstancias a las que la Ley anuda el ejercicio de ejecución separada del acreedor con privilegio especial. A priori, podrá iniciarse la ejecución separada una vez se apruebe el convenio que determine que un bien concreto no se encuentra afectado por el mismo o una vez transcurra un año desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación. Parece que la literalidad del precepto no arroja duda alguna, sin embargo, en la praxis, los supuestos superan la realidad contemplada en él.

En ocasiones, nos encontramos con escenarios en los que ha transcurrido un año desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación y en los que, tiempo después, se abre la fase de convenio; momento procesal en el que se insta la ejecución por el acreedor con privilegio

especial. ¿Qué ocurre en estos supuestos? ¿Podría ejercitarse el derecho de ejecución separada por el acreedor con privilegio especial por haber transcurrido el año desde la declaración de concurso sin abrirse la liquidación, aunque ya esté abierta la fase de convenio cuando la ejercita? Si, en este caso, se permitiera instar la ejecución ¿Se podría estar contribuyendo ab initio a una frustración de la propuesta de convenio?

Doctrina y Jurisprudencia parecen coincidir en que si ha transcurrido un año desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación, la ejecución separada de un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial siempre es posible, aun estando en fase de convenio. No obstante, un Auto de 19 de diciembre de 2017, dictado por el Juzgado de lo Mercantil Número Cinco de Madrid, se desmarca de esta línea jurisprudencial y sostiene que en fase de convenio y a la espera de la aprobación de convenio no puede admitirse ejecución separada.

En una interpretación del artículo 56.1 de la Ley Concursal bajo el paradigma de la función solutoria del concurso, pero también conciliadora con los derechos de los acreedores, podríamos entender que el derecho a la ejecución separada del acreedor con privilegio especial podría ejercitarse en dos momentos procesales:

- el primero, a partir de un año a contar desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación y mientras no se abra la misma o la fase de convenio;
- el segundo, desde que se aprueba el convenio y se comprueba que su derecho no se ve afectado por el mismo.

En cualquiera de estos dos momentos procesales podría ejercitarse el derecho de ejecución separada por el acreedor con privilegio especial de

un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada.

Parece lógico que, una vez abierta la fase de convenio, resulte necesario para el concursado saber con qué bienes podrá contar para elaborar el plan de viabilidad y pago a los acreedores. Permitir la ejecución al acreedor con privilegiado especial durante la fase de convenio sin esperar a su aprobación para saber si su derecho se ve afectado o no, es casi tanto como contribuir ab initio a que la propuesta de convenio se frustre incluso antes de mostrarla al resto de acreedores.

Ciertamente, esta interpretación del artículo 56.1 de la Ley Concursal, favorece la viabilidad de la actividad empresarial o de la unidad productiva, pero con todo ello, no supone conculcar o cercenar de manera definitiva el derecho del acreedor con privilegio especial a la ejecución separada, sólo lo acota en el tiempo. Resultando esta interpretación acorde con la propia exposición de motivos de la Ley Concursal que, si bien aboga por la regulación diferente de la ejecución separada de las garantías reales, procura que éstas no perturben el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impidan estas soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva.

Por lo expuesto, podríamos estimar que sería razonable que nos encontráramos con una desestimación de aquellas demandas de ejecución de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la concursada instadas por el acreedor con privilegio especial, cuando ésta se instara una vez abierta la fase de convenio; y ello, aun cuando ya hubiera transcurrido un año desde la declaración de concurso sin abrirse la liquidación, en aras de impulsar la solución solutoria del concurso.