

ALZAMIENTO DE EMBARGOS DENTRO DEL CONCURSO



Juan Verdugo. Socio de Garrigues
Carlos Lama. Abogado de Garrigues

Las sociedades en dificultades tienden naturalmente a distribuir sus escasos recursos en aquellos ámbitos que permitan garantizar en mayor medida su continuidad. La práctica demuestra que en la mayoría de las ocasiones se prima el pago a proveedores estratégicos y trabajadores, relegándose a un segundo plano la satisfacción de los créditos de otros acreedores, incluso públicos. Son éstos últimos quienes no dudan en iniciar los procedimientos correspondientes para el recobro de sus respectivos créditos; procedimientos que, en no pocas ocasiones, se acompañan de medidas de aseguramiento del cobro como el embargo.

En este escenario, **una de las circunstancias más comunes en sociedades que dejan de atender ciertos pagos para atender otros, es la recepción de notificaciones de embargo de sus bienes, derechos** y, la mayor parte de las veces, de ambos. Usualmente, **esos embargos son la antesala del precurso o el concurso de acreedores**, bien porque recaen sobre bienes y derechos imprescindibles para la continuidad de la actividad (que se quieren proteger con el precurso o el concurso), bien porque quiere evitarse el riesgo de que cualquier acreedor pueda instar el concurso necesario de la sociedad con base en una supuesta situación de embargos generalizados.

Especialmente relevante es, por

sus implicaciones en la gestión diaria de la compañía, el embargo del saldo de las cuentas bancarias del deudor o la traba de sus derechos de crédito frente a terceros (como sus clientes). Si negativo resulta el embargo de los saldos bancarios (porque los hace indisponibles para la sociedad) no menos lo será el embargo de los créditos frente a sus clientes (no solo de los créditos existentes, también de los créditos futuros según interpretación de algunas Administraciones Públicas), pues supone el estrangulamiento financiero de la sociedad al cercenarle la posibilidad de obtener nuevos ingresos de quienes representan la fuente principal de financiación no bancaria: sus clientes. En esta situación, y con las posibilidades de acudir al mercado del crédito claramen-

te disminuidas (sino directamente impedidas), la sociedad únicamente puede servirse de su tesorería –insuficiente en la mayoría de los casos para frenar los nuevos impagos– con la consiguiente iniciación de nuevas ejecuciones y embargos. En tales circunstancias, la solicitud de concurso de acreedores se convierte en la salida natural para el deudor.

No obstante, la problemática de los embargos trabados sobre bienes y derechos del deudor no termina con su declaración de concurso pues, **en principio, los embargos resisten a la declaración de concurso**. En este sentido, **la Ley Concursal no establece el alzamiento automático de los embargos por la mera declaración de concurso del deudor**.

dor, lo que ha dado lugar a diversas cuestiones de índole práctica que se exponen a continuación.

Hasta la reciente reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, no existía previsión expresa sobre la posibilidad de alzar en sede concursal los embargos trabados con anterioridad a la declaración de concurso. De hecho, ni siquiera tras la reforma el artículo 21 Ley Concursal (“LC”) establece que uno de los pronunciamientos del auto de declaración de concurso pueda ser el alzamiento de los embargos trabados con anterioridad. Por su parte, la anterior redacción del artículo 55 LC únicamente hacía mención a la imposibilidad de iniciar ejecuciones individuales promovidas por acreedores contra el patrimonio del concursado tras la declaración de concurso, quedando en suspenso las ya iniciadas (suspensión que no cabía equiparar, porque son cosas distintas, al alzamiento de los embargos ya practicados en esas ejecuciones).

Esta laguna legal sobre la posibilidad de alzar dentro del concurso los embargos trabados con anterioridad intentó ser suplida a través de las decisiones de los Juzgados de lo Mercantil que, en su mayor parte, consideraron que lo que subyacía tras la prohibición de iniciar o continuar los procesos de ejecución era la pérdida para el ejecutante de cualquier dere-



LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Legislación General. Marginal: 286316). Arts.; 21, 43, 55, 154.

cho sobre los bienes embargados, que pasaban a integrarse plenamente y sin cargas en la masa activa, sujetos a la solución concursal. Según esta interpretación, la plena integración de los bienes del deudor en la masa activa lo era libre de embargos procedentes de ejecuciones singulares, ya que la traba no creaba un derecho real ni un privilegio especial en el concurso (Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de mayo de 2009).

La reforma del **artículo 55 LC por la Ley 38/2011 vino a arrojar algo más de luz sobre la posibilidad de alzar los embargos en el seno del procedimiento concursal**, admitiéndolo expresamente el actual apartado 3 del artículo 55, que dice: “*Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, po-*

drá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos”.

La nueva redacción del artículo 55 LC admite, por tanto, que **el juez del concurso pueda alzar los embargos trabados sobre el patrimonio del deudor, si bien sujeto a determinados presupuestos**, así como a ciertos límites en lo que respecta a los embargos administrativos —aunque luego explicaremos que tampoco esos límites son absolutos—.

En primer lugar, para alzar un embargo **dentro de un proceso concursal es necesario que los embargos hayan sido trabados en el seno de procedimientos de ejecución que hayan quedado suspendidos por la declaración de**

“La petición de alzamiento y cancelación de embargos ha de provenir de la administración concursal y deberá decidirse por el Juez”

concurso. La suspensión de los procedimientos de ejecución por la declaración de concurso es la regla general que rige nuestro Derecho Concurusal. **Como excepción, no quedarán suspendidas** —y, por tanto, no podrán ser alzados los embargos decretados en el seno de las mismas— **las ejecuciones laborales y los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo 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. Lo que habitualmente sucede es que, aun existiendo esa diligencia de embargo y ser de fecha anterior al concurso, los bienes trabados resultan tan esenciales para esa actividad que, en la práctica, difícilmente puede decirse que existan embargos “no cancelables”.

En segundo lugar, **la petición de alzamiento y cancelación de embargos ha de provenir de la administración concursal y deberá**

decidirse por el Juez del concurso previa audiencia a los acreedores afectados. Hay quienes han defendido que la obligatoriedad de conceder ese previo trámite de audiencia y el hecho de que deba ser la administración concursal quien solicite la cancelación de los embargos, puede interpretarse como la imposibilidad de levantar un embargo con el propio auto de declaración de concurso. Aunque esta opinión sería coherente con el hecho de que el actual artículo 21 LC no incluye el alzamiento y cancelación de embargos como uno de los posibles contenidos del auto de declaración de concurso, no creemos que el Juez del concurso esté totalmente impedido para alzar un concreto embargo en el propio auto de declaración de concurso, pues existen mecanismos para que el órgano judicial tutele los intereses del acreedor embargante a la vez que tutela los del deudor concursado (permitiéndole que provisionalmente disponga de cierta cantidad de fondos embargados a condición, por ejemplo, de que justifique haber reservado una cantidad igual de fondos, cuya mate-

rialización es un hecho futuro pero cierto).

Por último, **los embargos cuyo alzamiento se solicita, deberán dificultar gravemente la continuidad de la actividad del concursado**; presupuesto que deberá ser acreditado convenientemente por la administración concursal en su petición.

Aun con la necesidad de cumplir los anteriores presupuestos, la facultad de alzamiento de embargos, concedida expresamente al juez del concurso por la nueva redacción del artículo 55.3 LC, ha supuesto un gran avance en relación a la situación anterior. No obstante, nuevas cuestiones interpretativas han surgido de la redacción del precepto.

Quizás la más controvertida de las nuevas cuestiones que plantea la actual redacción del artículo 55 LC es **la prohibición de levantamiento y cancelación de embargos administrativos**, en lo que algunos han visto un privilegio injustificado a favor de las Administraciones Públicas, y otros han considerado una prerrogativa perfectamente justificable. Entre los de este último grupo, hay quien ha explicado que si el procedimiento ejecutivo se encuentra suspendido respecto a determinados bienes por entenderse que los mismos son esenciales o necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado (por ejemplo, determinada maquinaria de producción), resulta difícilmente explicable que el juez del concurso levante el embargo que pesa sobre los mismos para llevar a cabo su posterior venta a un tercero. De igual modo, se ha considerado que el concepto de bien necesario es un concepto susceptible de mutar durante la tramitación del concurso, por lo que si el juez del concurso cancela el embargo administrativo, se estaría impidiendo

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 28 de mayo de 2012, Nº Rec. 694/2011, (Marginal: 2445793)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de mayo de 2009, núm. 101/2009, Nº Rec.8/2009, (Marginal: 2445792)

a la Administración continuar con la ejecución si en un momento posterior del concurso el bien dejare de considerarse un bien necesario.

Creemos, sin embargo, que los argumentos a favor de mantener los embargos administrativos encuentran dos objeciones. La primera, y más evidente, que esos argumentos no funcionan cuando el bien que se embarga es un saldo bancario o un derecho de crédito frente a cliente (porque el alzamiento del embargo no pretende en ese caso vender el saldo o el crédito embargado, sino realizarlo o hacerlo líquido para asegurar la continuidad de la concursada). Y la segunda, menos práctica y más teórica, que el privilegio encuentra difícil encaje en un sistema concursal uniforme, diseñado precisamente para reducir el número de privilegios e impulsar las soluciones convencionales (el convenio de acreedores), que son difícilmente alcanzables si antes no se asegura que la sociedad en concurso dispondrá de todos sus recursos libres de cargas. No se entiende, por último, que un embargo practicado por un particular pueda ser alzado porque el bien sea esencial para la continuidad de la compañía, y que un embargo público de ese mismo bien no merezca ser cancelado para asegurar el mismo fin.

A ello habría que añadir el hecho de que, a diferencia del embargo sobre otros bienes del deudor, **cuando lo embargado son derechos de crédito, la mera suspensión del procedimiento de ejecución administrativo no es suficiente para evitar perjuicios al procedimiento concursal**, puesto que en tanto el embargo no se alce, los deudores cedidos seguirán abonando sus créditos frente a la concursada a la Administración como consecuencia de la notificación de embargo que presumiblemente habrán recibido. Es decir, la Administración podría cobrar

“Para alzar un embargo dentro de un proceso concursal es necesario que los embargos hayan sido trabados en el seno de procedimientos de ejecución que hayan quedado suspendidos por la declaración de concurso”

preferentemente su crédito durante el procedimiento concursal como consecuencia del embargo a pesar de que éste no otorga privilegio alguno a su crédito. Por tanto, en casos como el descrito **la mera suspensión del procedimiento administrativo contemplada en el artículo 55 LC es ineficaz y no impide los efectos que el propio artículo pretende evitar**, esto es, la alteración de la *pars conditio creditorum* por el beneficio injustificado obtenido por un acreedor.

Por tanto, la prohibición de alzamiento de embargos administrativos

interpretada literalmente generaría contradicciones internas con el propio contenido del artículo 55 de la Ley Concursal.

Asimismo, es de destacar la situación ciertamente peculiar que se daría de interpretarse taxativa y literalmente la prohibición de alzar embargos administrativos, en cuanto la Administración perdería el derecho de ejecución separada por la declaración de necesidad del bien dictada por el juez del concurso, pero no las garantías del embargo. Por tanto, el bien embargado dejaría de ser útil para el procedi-





miento administrativo, que no podría continuar, y para el concurso, ya que no podría enajenarse.

Lo expuesto hace que, a nuestro juicio, deba imponerse una **interpretación correctora de la actual redacción del artículo 55.3 de la Ley Concursal en el sentido de considerar que si bien la mera declaración de un bien o derecho como necesario para la continuidad de la concursada no permite por sí misma cancela-**

lar embargos administrativos, sí cabe la cancelación de dichos embargos administrativos cuando el bien o derecho deba realizarse para favorecer la continuidad del concurso –situación ésta en que la prohibición de alzamiento de embargos administrativos no gozaría de justificación suficiente- o para contribuir al sostenimiento de su tramitación y cumplimiento de sus fines propios (el convenio o, llegado el caso, la liquidación ordenada de la masa activa).

Como argumentos adicionales para tal conclusión nos parece adecuado citar los utilizados por el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca de 28 de mayo de 2012: ”

- a. *El derecho de ejecución separada, como privilegio procesal, debe ser interpretado de forma restrictiva. La Administración Pública es doblemente privilegiada, toda vez que el acreedor laboral, al que el artículo 55 otorga idéntico derecho de ejecución separada, sí puede ver levantados sus embargos:*
- b. *Puesto que no se realiza ninguna distinción, todos los bienes o derechos pueden ser declarados como necesarios para la continuidad, incluso aquellos que deben ser objeto de suspensión para que contribuyan a ello.*
- c. *Tras la reforma, se equiparan la suspensión de ejecuciones ordinarias y la suspensión de ejecuciones administrativas y laborales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. No cabe, por tanto, hablar de suspensión, enten-*

“La mera declaración de un bien o derecho como necesario para la continuidad de la concursada no permite por sí misma cancelar embargos administrativos, sí cabe la cancelación de dichos embargos administrativos cuando el bien o derecho deba realizarse para favorecer la continuidad del concurso”

didada como mera paralización, sino suspensión como integración de los bienes apremiados en la masa activa del concurso libre de los embargos anteriores;

- d. Como consecuencia de lo anterior, la cancelación de embargos es meramente instrumental y una consecuencia necesaria de la suspensión concursal. Al declararse que la ejecución administrativa sobre bienes necesarios para la continuidad queda “suspendida”, se proclama la plena integración de los bienes embargados libre de cargas dentro del concurso. La imposibilidad de cancelar, por tanto, iría en contra de lo proclamado en el mismo precepto.
- e. Se puede disponer de elementos del activo sin ninguna limitación, incluso sin autorización judicial cuando la administración concursal considere indispensables los actos de disposición “para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería” (art. 43 LC)
- f. Sólo quedan excluidos los bienes

“La Ley Concursal no establece el alzamiento automático de los embargos por la mera declaración de concurso del deudor”

afectos a un privilegio especial de las deducciones para atender créditos contra la masa (art. 154 LC). Esto es, la norma no excluye los bienes embargados en un procedimiento administrativo de apremio.

- g. La finalidad de la norma es que el bien o derecho que se declara necesario para la continuidad contribuya a la misma; y si para ello es imprescindible disponer del bien o derecho, tal disposición lo es libre de cargas.
- h. De no procederse a la cancelación, el bien o derecho no resultaría útil para el procedimiento de apremio (que no podría continuar), ni tam-

poco para el concurso (que no podría realizarlo).”

Consideramos en definitiva que los argumentos anteriormente reproducidos son suficientemente sólidos para que la interpretación correctora que predicamos en relación a la posibilidad de alzar los embargos administrativos en sede concursal predomine definitivamente en nuestra jurisprudencia, facilitándose así la continuidad de las empresas concursadas; finalidad ésta que no deja de ser la solución preferida por el legislador reflejada en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA:

- NOGUERA DE ERQUIAGA, JUAN CARLOS. *Ley Concursal*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2011.

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- SUÁREZ VEGA, LAURA, Y NOGUERA DE ERQUIAGA, JUAN CARLOS. *Modificaciones en la Ley concursal por la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*. Economist & Jurist Nº 175. Noviembre 2013. (www.economistjurist.es)
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, OLGA. *Efectos de la cesión de los créditos contra el concursado*. Artículo 122.1.2º de la Ley Concursal. Economist & Jurist Nº 174. Octubre 2013. (www.economistjurist.es)
- PAVÓN, CARLOS. *Preconcurso como método para evitar el concurso de acreedores*. Economist & Jurist Nº 171. Junio 2013. (www.economistjurist.es)