

EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DEL DEUDOR DURANTE EL CONCURSO (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES SOBRE BIENES AFECTOS A TAL ACTIVIDAD) *

ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES
*Catedrático de E.U. de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Juan CADARSO PALAU, don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO y don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.

Extracto:

LA continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor durante la tramitación de un procedimiento concursal se formula con carácter general en el artículo 44.1 de la Ley Concursal (LCon). Tras calificar dicha previsión como *principio operativo del nuevo Derecho concursal*, se analiza la disposición legal de carácter general descubriendo su fundamento y conexión con los fines del procedimiento concursal, concretando la aplicabilidad de su excepción: el cierre de la empresa, e interpretando detalladamente los términos en que el principio se enuncia en el precepto citado y la influencia que tiene en su realización práctica las limitaciones que la declaración de concurso impone sobre las facultades patrimoniales del deudor.

Se identifican y relacionan, seguidamente, los preceptos, situados a lo largo del artículo de la LCon, en que el principio de continuidad se proyecta en los diversos aspectos del nuevo concurso de acreedores con la finalidad de facilitar que la actividad profesional o empresarial que venía desempeñando el deudor antes de su declaración en concurso continúe después, bien disponiendo lo necesario para que el concurso no produzca efectos que puedan impedir la actividad, o bien diseñando un entramado normativo que asegure la permanencia de los bienes y de las relaciones jurídicas que había predispuerto el deudor como partes de su organización en su afección a la misma.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D «Crisis de Empresa», SEJ2004-08289-C02-01, del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2004-2007. Conferencia pronunciada el día 14 de marzo de 2005 en la Academia Sevillana del Notariado (Ilustre Colegio Notarial de Sevilla), dentro del ciclo sobre la nueva Ley Concursal.

En las normas relativas a las ejecuciones de garantías reales durante el concurso, se entiende que el conjunto de los artículos 55 y 56 de la LCon no ofrece la protección más intensa posible al principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, pues tal continuidad aparece reforzada en la regulación general de aquellas ejecuciones y no en la especial aplicable, precisamente, a los casos en que las garantías tuvieran por objeto bienes afectos a aquella actividad, lo que resulta contradictorio con la finalidad declarada por el legislador y paradójico en el sistema legal. Se estima que este efecto indeseado deriva de la tramitación parlamentaria que suprimió el apartado 5 del artículo 55 del Proyecto de Ley (que hoy sería el art. 56.5 LCon). Se concluye la conveniencia de modificar la LCon para introducir en su artículo 56 una disposición que consienta la sustanciación sin parálisis ni suspensión de la ejecución de garantías reales constituidas sobre bienes distintos de los afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor.

Palabras clave: insolvencia, concurso y empresa.

Sumario

1. Introducción: los principios operativos del nuevo Derecho concursal.
2. El principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
 - 2.1. Formulación.
 - 2.2. Fundamento.
 - 2.3. La excepción: el cierre de la empresa.
3. La articulación del principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor en la Ley Concursal.
 - 3.1. La continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor como principio modulador de las limitaciones de sus facultades patrimoniales.
 - 3.1.1. Suspensión de las facultades patrimoniales del deudor.
 - 3.1.2. Intervención de las facultades patrimoniales del deudor.
 - 3.2. Disposiciones legales que articulan el principio permitiendo o fomentando la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el concurso.
 - 3.3. Consideración especial de la ejecución de garantías reales en relación con el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

1. INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS OPERATIVOS DEL NUEVO DERECHO CONCURSAL

La continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor durante la tramitación y desarrollo del procedimiento concursal es un principio ordenador de la regulación legal vigente del concurso.

Obviamente nos referimos a la «actividad profesional o empresarial», y no a otras actividades que puede realizar o practicar el deudor concursado. La actividad personal, familiar, social, deportiva o artística del deudor no incumbe a nuestro objeto en cuanto no suponga una conducta habitual y organizada desarrollada públicamente con una finalidad lucrativa, ni tiene trascendencia concursal siempre que no afecte ni pueda afectar al patrimonio del deudor.

Por otro lado, la actividad profesional o empresarial que nos interesa es la «del deudor». Se quiere expresar que la continuidad en tal actividad implica que habrá de ser precisamente el deudor (o sus sustitutos concursales) quien la efectúe. Porque un tercero podría adquirir los elementos materiales y la organización predispuesta por el deudor para su actividad profesional o empresarial y desarrollar tal actividad empresarial o profesional por sí mismo, y no es esta la situación que constituye nuestro objeto.

Por lo demás, la actividad profesional o empresarial del deudor nos importa cuando se verifica «durante el concurso», es decir, una vez declarado el deudor en estado de concurso y antes de la conclusión del procedimiento concursal.

En definitiva, en lo que sigue trataremos sobre la continuación o prosecución de las operaciones y tareas profesionales o empresariales que el deudor viniera desempeñando antes de la declaración de concurso y continúe después de ella con imputación de sus efectos jurídicos y económicos al mismo deudor.

En cuanto constituye una razón, idea, criterio o proposición de general aceptación y básica o fundamental que rige el procedimiento concursal y sobre la cual se procede, aquella continuidad, como se había adelantado, es un principio de nuestro nuevo Derecho concursal ¹.

¹ Así lo indicamos en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho Mercantil*, vol. II, 11.ª ed., Ariel, Barcelona, 2006, págs. 827 y 828; y así lo califican, expresamente, VILA FLORENSA, P., en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS

La nueva ordenación legal del concurso permite identificar junto a los que podríamos calificar de **principios configuradores**, que han dado su forma a aquella ordenación disponiendo las partes que la componen, de suerte que han venido a determinar el sentido general y definitorio del procedimiento concursal y su estructura, otros que podríamos denominar **principios operativos o funcionales** que actúan adecuando las soluciones concretas a las finalidades generales, organizando y preparando el funcionamiento efectivo del sistema jurídico, determinando el contenido normativo de las soluciones legales a los problemas planteados por la situación que la ley considera insolvencia y guiando su aplicación en cada caso ².

Entre los **principios configuradores** podemos reconocer los principios de *unidad* (legal, de disciplina y de sistema) ³, de *flexibilidad* (omnipresente en diversos y numerosos aspectos del procedimiento concursal y en su estructuración), y de *universalidad* (en la composición de la masa activa y de la masa pasiva), del que derivan, a su vez, los principios de la *par condicio creditorum* y de *comunidad de pérdidas*.

Entre los que hemos llamado **principios operativos o funcionales** destacan inmediatamente el de *conservación de los bienes y derechos de la masa activa*, y el de *continuidad de la actividad*

SAYROL, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 249. También lo considera un «principio general», DURÁN LÓPEZ, F., «Los efectos del concurso en las relaciones laborales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. III, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 2.683 y ss., y allí pág. 2.684.

² Acaso sea conveniente recordar que, en cuanto elementos rectores de la política legislativa (en tanto expresan las ideas directrices y básicas que el legislador quiere imponer en un determinado ámbito normativo por entender que responden a la composición de intereses adecuada a los valores imperantes en la colectividad), los principios, una vez incorporados a una legislación concreta, constituyen elementos informadores de dicha regulación. En cuanto tales actúan como verdaderas normas de acción lejos de las meramente programáticas.

Traducen las finalidades del legislador y de la ley al caso concreto con la mediación de las normas jurídicas a través de las cuales se ha articulado, y por eso explican dichas normas y, a la vez, han de guiar su aplicación, vinculando a intérpretes y aplicadores: jueces, doctrina científica, y operadores económicos y sociales.

Así, en cuanto el artículo 3 del C.c. obliga al interpretar las normas jurídicas a atender fundamentalmente a la finalidad de las mismas, y dado que las grandes líneas teleológicas de la legislación concursal las expresan estos principios, es obligado interpretar las disposiciones contenidas en la LCon conforme a los principios enunciados, e, igualmente (y tan importante como lo anterior), es forzado rechazar aquellas interpretaciones y aplicaciones que sean contrarias a los principios, o los desconozcan o restrinjan injustificadamente.

Por otra parte, el artículo 7 del C.c. obliga a ejercitar los derechos conforme a la buena fe y proscribire el abuso del derecho, lo que sucede cuando se sobrepasa el «límite normal» del derecho que se ejerce, y ese límite viene establecido, entre otros parámetros, por los principios que expresan la intención del legislador y la finalidad de la norma habilitante del derecho de que se trate. Los principios concursales operan, por tanto, como criterio para decidir los límites del ejercicio del derecho propio.

Y, finalmente, puesto que expresan las finalidades perseguidas por el sistema jurídico, constituyen un elemento insustituible para establecer si, al amparo de una norma concreta, un sujeto ha procurado un resultado prohibido por el ordenamiento, o contrario a él, esto es, para determinar si se ha producido un fraude de ley ex artículo 6.4 del C.c.

De acuerdo con todo ello, en definitiva, cualquier excepción al principio requerirá norma expresa.

³ Por todos, cfr. OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005, págs. 125-148. A los tres «criterios de unidad» añade, como corolario del de unidad de sistema o de procedimiento, el de *unidad de denominación*: *ibid.*, págs. 148-177. Sobre el principio de unidad (también «de denominación»), *vid.* también, OTERO LASTRES, J.M., «Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. I, cit., págs. 413 y ss.

profesional o empresarial del deudor, que ahora nos ocupa. Y un tercer principio que se superpone a los anteriores: el de *conservación de la empresa*.

Como es evidente entre estos tres principios «operativos» se producen necesariamente interrelaciones dogmáticas y funcionales:

Para conservar la empresa es necesario conservar los bienes y derechos patrimoniales integrados funcionalmente en la organización empresarial dispuesta por el empresario ahora concursado. Como tales bienes y derechos están, declarado el concurso, incluidos en la masa activa, la conservación de esta aparece como un antecedente necesario de la conservación de la empresa. Aunque la conservación de los bienes afectos por disposición del empresario, ahora concursado, no implica sin más la de la empresa, porque la conservación de esta requiere no solo la de los elementos patrimoniales afectos a la actividad, ahora integrados en la masa activa, sino también la de su organización y aptitud funcional, que presta unidad al conjunto, y la de la propia actividad, elementos que integran lo que se denomina *aviamiento*, la aptitud de la empresa para operar en el mercado y que confiere a la empresa su valor específico, diferente del que resulta de sus elementos patrimoniales.

Al tiempo la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor requiere obviamente la conservación de los elementos patrimoniales integrados en la organización profesional o empresarial del concursado y la propia organización como elemento funcional definitorio de la propia actividad. Esto es: la continuidad de la actividad empresarial precisa la conservación de la empresa, sin esta aquella no es posible. Sin embargo, es posible conservar la empresa sin necesidad de que el deudor declarado en concurso prosiga con su ejercicio. Es posible en el seno del procedimiento concursal enajenar la empresa, entendida como una unidad productiva, como el conjunto de medios organizados a fin de desarrollar una actividad económica (y tanto a través de un convenio que prevea la enajenación –art. 100.2-II LCon– como en las operaciones de liquidación –arts. 148.1 y 149.1.1.^a y 3.^a II y 2 LCon–). En tal caso, la actividad empresarial corresponderá al adquirente de la empresa y se verificará ya fuera del concurso. Es lo que puede calificarse como *conservación traslativa* de la empresa ⁴.

Como la doctrina ha puesto de manifiesto, el modelo concursal que ha instaurado la reforma legal es un modelo *híbrido* ⁵ en cuanto que, aunque expresamente rechaza como objeto del concurso el saneamiento de empresas en dificultades (Exposición de Motivos VI LCon), establece la solu-

⁴ La expresión es de OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, cit., pág. 141.

⁵ Expresamente se refieren a este carácter *híbrido* de nuestro nuevo sistema legal concursal, entre otros, RUBIO VICENTE, P.J., «La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 22, 2004-1, págs. 115-155, y allí págs. 115-116; PULGAR EZQUERRA, J., «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma Concursal*, Diles, Madrid, 2003, págs. 435 y ss., y allí págs. 437 y 452; y HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, Europea de Derecho, Madrid, 2004, pág. 498. La misma idea, con detalle, en FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P.J., «Derecho concursal y Constitución económica. Sobre la constitucionalidad y régimen del *cierre judicial de la empresa* y de otras cuestiones concursales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. I, cit., págs. 179 y ss., y allí págs. 194-203.

ción preferente del concurso en un convenio uno de cuyos contenidos típicos puede ser la conservación de la empresa, pero solo si la empresa es viable⁶: de ahí la exigencia de un *plan de viabilidad* si el convenio prevé la continuidad de la actividad empresarial (art. 100.4 LCon). Y dicha conservación es también un objetivo si no resulta posible el convenio y es preciso abrir la fase de liquidación; en tal caso se procurará la enajenación de la empresa en su conjunto (expresión que sin duda esconde la referencia a una organización de elementos patrimoniales y no patrimoniales con aptitud funcional) o de unidades productivas sin su desmembración (arts. 148.1 y 149.1.1.ª y 3.ª II y 2 LCon). De este modo, conforme al modelo elegido por la LCon, la continuidad de la actividad empresarial es una constante tanto si ha de producirse bajo la titularidad del deudor como si corresponde al adquirente de la empresa enajenada en el propio procedimiento concursal⁷.

Por eso cuando en lo que sigue hablamos de «continuidad» no nos referimos a la conservación de la empresa, que no requiere necesariamente la continuidad del empresario concursado en la titu-

⁶ La conservación mediante el saneamiento o reorganización de la empresa se presenta como una alternativa a la liquidación cuando permite una mejor satisfacción de los acreedores. Porque, no se olvide, no se trata de salvar lo insalvable (el mantenimiento a ultranza de organismos inertes económicamente y no productivos causaría daños estructurales irreparables a la economía nacional), no se trata, en definitiva, de la supervivencia de una empresa concreta a cualquier precio, sino de afrontar como solución a la crisis una reestructuración tan profunda como sea necesaria en un contexto competitivo. Quienes no tienen éxito en el mercado, están condenados a desaparecer.

«Quebrar bien es una operación quirúrgica lamentable para el que la sufre, pero puede ser sana para el sistema económico» afirmaba GIRÓN TENA («Dos conferencias sobre el estado de nuestra legislación mercantil», *RFDUM*, 40, 1971, pág. 41). Nótese que GIRÓN enlaza la quiebra, como situación individual, que padece un deudor, con el conjunto del sistema económico. Es importante, efectivamente, destacar que el tratamiento y la orientación que un ordenamiento jurídico da a las crisis económicas influyen en la vitalidad y sanidad del total del sistema productivo, y aun en su supervivencia.

Es verdad, como sugiere GIRÓN, que del mismo modo que una amputación o una extirpación de un órgano es un acto traumático que sin embargo es imprescindible en muchas ocasiones para la salud del paciente y para su supervivencia, la quiebra clásica, llamémosle «liquidatoria», puede ser también ineludible para el correcto funcionamiento del sistema económico. Pero debe añadirse, inmediatamente, que al igual que la Ciencia Médica, desde hace ya largo tiempo, tiende a sustituir técnicas y métodos traumáticos por otros menos agresivos siguiendo una finalidad conservacionista, el instituto concursal debe evolucionar desde aquella vieja quiebra «liquidatoria» hacia una que no solo no excluya la conservación y saneamiento de las unidades productivas en dificultades, sino que la fomente como objetivo que puede facilitar una más amplia y plena satisfacción de los acreedores y que, al tiempo, atienda a intereses generales, como son el incremento de la productividad y el mantenimiento del empleo, de modo que se recurra a la liquidación solo como último recurso, cuando el objetivo conservacionista sea inalcanzable o inviable.

En definitiva lo que se esconde tras todo ello es la consideración de un profundo cambio en la *concepción del concurso*. No es ya solo un procedimiento, o expediente, dirigido a dar satisfacción a los intereses privados de los acreedores, y exclusivamente eso. También hay intereses públicos e intereses sociales y colectivos, generales, en suma, en juego. *Intereses públicos*: adecuado y productivo funcionamiento del tejido productivo (recaudación con redistribución, equilibrios regionales y sectoriales en el desarrollo, garantía de aprovisionamiento, etc.); *sociales*: mantenimiento de los puestos de trabajo y creación de nuevos, evitación de la alteración de precios por bajada de la oferta o desabastecimiento, minoración de las pérdidas de empresas de alta tecnología con freno al desarrollo tecnológico vinculado al desarrollo I+D; *colectivos*: mantenimiento y desarrollo de la industria conexas y de proveedores, mantenedores, etc., de reducida dimensión pero esenciales para la solidez del sistema productivo, aseguramiento, y, con él, mantenimiento de los niveles de ahorro e inversión, estabilidad de los intermediarios del crédito, del sistema bancario y de mercado financiero en general (cfr., por todos, SANTINI, G., «Crisis empresarial en la Economía de Mercados», en AA.VV., *La reforma del Derecho de Quiebra*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 35-66).

⁷ Cfr. J.I. FONT GALÁN, L.M. MIRANDA SERRANO, J. PAGADOR LÓPEZ y P.J. VELA TORRES, «Viabilidad "antitrust" de las soluciones concursales de conservación de la empresa», *RDM*, 252, 2004, págs. 463-531, y allí, págs. 473-478.

laridad de la actividad ⁸, sino a la continuación de las operaciones profesionales o empresariales bajo la titularidad del mismo concursado, y durante el concurso, al menos hasta la aprobación judicial de un convenio, a cuyos efectos habrá de estarse en lo sucesivo, o hasta la apertura de la fase de liquidación, que implicará la pérdida de la empresa para el deudor y su imposibilidad de proseguir con su ejercicio, por cuanto supondrá o la enajenación de la empresa en su conjunto (o de las diferentes unidades productivas susceptibles de funcionamiento independiente), o bien su desmembración con liquidación de sus elementos componentes separadamente, con pérdida de su organización y unidad funcional.

2. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL O EMPRESARIAL DEL DEUDOR

2.1. Formulación.

Anunciado en la Exposición de Motivos de la LCon (III y VI), el principio se formula expresa y formalmente, con la generalidad que conviene a su carácter, en el apartado 1 del artículo 44 de la LCon: «La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor».

El contraste con el anterior sistema de Derecho concursal es total ⁹.

Recuérdese que bajo el régimen legal anterior la declaración de quiebra interrumpía en la práctica el ejercicio de la empresa del quebrado e impedía a este su continuación. Los drásticos efectos

⁸ Por eso este principio se articula en la LCon, de un lado, a través de las disposiciones que se dirigen a facilitar la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (*vid. infra* 3), y de otro, además, mediante normas específicas que no aseguran la permanencia de la titularidad del concursado y sí, tan solo, de la actividad de la empresa por él organizada.

Así, entre las segundas, podemos señalar las siguientes: a) cuando la conservación de la empresa esté en juego se permite, si la empresa es de «especial trascendencia para la economía» y se documenta su viabilidad y se autoriza motivadamente por el juez, superar en el convenio los límites legales para las proposiciones de quita o de espera (art. 100.1.II LCon –sobre este precepto, cfr. J.I. FONT GALÁN, L.M. MIRANDA SERRANO, J. PAGADOR LÓPEZ y P.J. VELA TORRES, «Insolvencia de empresas de economía social y del tercer sector: soluciones extraordinarias de convenio concursal. Socialización constitucional del Derecho concursal», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 15, octubre de 2004, págs. 9-28–); b) cuando el convenio prevea la enajenación de la empresa a un tercero, se exige el compromiso de este de continuar la actividad empresarial (art. 100.2.II LCon); c) la preferencia legal explícita por la enajenación unitaria de la empresa en la liquidación de la masa activa del concurso «siempre que sea factible», lo que se traduce en la incorporación de tal previsión en el Plan de Liquidación (art. 148.1 LCon) y su inclusión entre las reglas legales supletorias de dicho Plan (art. 149.1.1.ª LCon), estableciéndose que tendrán preferencia las ofertas de compra que garanticen la continuidad de la empresa (art. 149.1.3.ª II LCon).

En todas estas disposiciones subyace la conservación de la empresa como un objetivo desligado «de la conducta y destino del empresario a efectos jurídicos y procedimentales» (RUBIO VICENTE, *ob. cit.*, pág. 115), materializando «la asunción [...] de la separación a efectos concursales del binomio empresa-empresario, sustrayendo a esta el destino del sujeto y preservando su continuidad» (RUBIO VICENTE, *ob. cit.*, pág. 130).

⁹ También destacan expresamente tal contraste y el papel garantizador de la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor del artículo 44.1 de la LCon, FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P.J., «Derecho concursal y Constitución económica...», *cit.*, pág. 205.

que la quiebra imponía: inhabilitación del quebrado (art. 878 C. de c.) y prohibición para ejercer el comercio (art. 13.2.º C. de c.), desapoderamiento de sus bienes y ocupación de sus pertenencias y cierre de sus almacenes, depósitos de mercancías y efectos, así como de su escritorio o despacho (art. 1.046 C. de c. de 1829), nulidad radical de los actos realizados por el quebrado a partir del momento al que se retrotrajeran los efectos de la declaración, conversión de todos los créditos en créditos dinerarios, vencimiento anticipado de los créditos aplazados (art. 883 C. de c.), la tendencia general a la rescisión de los contratos pendientes de cumplimiento, etc., disponían un escenario en el que de hecho la actividad empresarial no encontraba lugar¹⁰. El procedimiento de quiebra se dirigía predominantemente a la liquidación de los bienes del quebrado. Las funciones administrativas de los síndicos se orientaban a preparar la masa activa para su liquidación y distribución a la masa pasiva, y solo con esa finalidad y solo hasta tanto concluían las tareas de delimitación de la masa activa y esta podía liquidarse se ordenaba a los síndicos una administración conservadora de los bienes¹¹.

El anterior régimen legal de la quiebra¹², como escribe GARRIGUES¹³, «no admite expresamente la posibilidad de una continuación del comercio que ejerce el quebrado. Evidentemente pueden los acreedores autorizar en este sentido a los síndicos. Se alteraría entonces el ritmo de venta de los bienes, pero no por eso dejaría de ser el patrimonio del quebrado un patrimonio en liquidación, siquiera sea una liquidación más lenta y provechosa, que evite un malbaratamiento de las mercancías o la interrupción de un suministro. Pero el comercio sería siempre un comercio en vía de extinción gradual».

Frente a este sistema, en nuestro nuevo Derecho concursal, el concurso no interrumpe ni impide la continuidad de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor antes de la declaración de concurso. Y aún más, por el contrario, la LCon estima conveniente aquella continuidad y por eso la regula y la facilita, mediante un conjunto de disposiciones a través de las cuales el principio que formula escueta pero tajantemente el artículo 44.1 se articula, como tendremos ocasión de comprobar.

No puede pues extrañar que la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor después de declarado el concurso haya sido considerado un «efecto natural de la declaración de concurso»¹⁴.

¹⁰ Como nos recuerdan VILA FLORENSA, P., en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal...*, cit., pág. 248, tales efectos suponían en la práctica el cese inmediato de la actividad del quebrado.

¹¹ Por todos, cfr. J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 6.ª ed., Madrid, 1974, pág. 449.

¹² Aunque, como es sabido, la suspensión de pagos, por el contrario, suponía la continuidad del deudor en su actividad. Los artículos 3 y 6 de la Ley de 26 de julio de 1922 así lo disponen al establecer, respectivamente, que se devolverán al suspenso los libros de contabilidad «para que [...] continúe en ellos haciendo los asientos de sus operaciones», y que «el comerciante suspenso conservará la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios». Cfr. SAGRERA TIZÓN, J.M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, T. I, Bosch, Barcelona, 1974, págs. 417-420, quien califica aquella continuidad de «principio general» del procedimiento. Recientemente vuelve a insistir en esta característica del procedimiento de suspensión de pagos, destacando la prescripción del artículo 3 de la Ley de 1922, BARRERA COGOLLOS, J.L., en SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 445.

¹³ Ob. y vol. cit., pág. 450.

¹⁴ En expresión de J.I. FONT GALÁN, L.M. MIRANDA SERRANO, J. PAGADOR LÓPEZ y P.J. VELA TORRES, «Viabilidad...», cit., pág. 478, y también, en «Derecho concursal y Constitución económica...», cit., págs. 205 y 206.

2.2. Fundamento.

La LCon formula el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor con la pretensión de conciliar los intereses generales con el interés particular del concurso ¹⁵.

En cuanto a los primeros, baste señalar, siquiera sea superficialmente, que los principios de continuidad de la actividad empresarial del deudor y de conservación de la empresa, que tienen, pues, un fundamento común, convienen a finalidades e intereses generales¹⁶ reconocidos incluso en el ámbito constitucional. Así, desde el punto de vista general, la continuidad de la actividad es lo más adecuado a «la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general» que nuestra Constitución encarga a los poderes públicos en su artículo 38 y al *derecho fundamental al trabajo*, reconocido a todos en el artículo 35. Además, es lo más coherente en una política que por imperativo del artículo 40.1 de la CE debe orientarse al *pleno empleo*, que también es un criterio rector de las políticas de la Unión Europea, como lo prueba su inclusión con tal carácter en la frustrada Constitución Europea (arts. I.3.3, II.75, III.117 y III.209).

Por otra parte, por lo que hace a lo que reiteradamente la LCon denomina «intereses del concurso», que no parece ser otra cosa que el interés de los acreedores, como colectivo ¹⁷, a una pronta solución del concurso y al mayor grado posible de satisfacción de sus créditos en el menor tiempo ¹⁸, realmente la continuación de la actividad, naturalmente bajo una gestión ordenada y prudente, es, con frecuencia, esencial para un manejo adecuado de la situación de insolvencia, y un instrumento que, acaso, pudiera ayudar a su superación y, casi siempre, a acercar un más alto grado de satisfacción de los acreedores. Desde luego la continuidad de dicha actividad permite a la masa activa contar con ingresos (aunque para ello hayan de afrontarse los consiguientes costes) ¹⁹ y da una imagen de normalidad que evita en buena medida que el pánico o la ansiedad de los proveedores, clientes, etc., dificulte soluciones convenientes e incluso obligue, impidiendo la necesaria tranquilidad de las operaciones, a liquidaciones apresuradas y no siempre oportunas o adecuadas.

E incluso si se llega a la liquidación la continuidad de la actividad empresarial del concursado en las fases anteriores del procedimiento supone innegables ventajas para lograr la más amplia satisfacción posible del «interés del concurso». Piénsese que aquella continuidad permitirá mantener durante el concurso el valor de la organización, que será superior al de las partes que la componen, es decir, conservar lo que en la Ciencia contable se llama «fondo de comercio», y materializar

¹⁵ De modo explícito la Exposición de Motivos de la LCon en su apartado VI se refiere a este objetivo al observar que la conservación de la actividad profesional o empresarial del deudor puede ser instrumento para el beneficio «no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses».

¹⁶ Tales intereses se han destacado, y enumerado ejemplificativamente, *supra* en el último párrafo de la nota 6.

¹⁷ Y no el de cada acreedor aislado: cfr. OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología...*, cit., pág. 174.

¹⁸ Cfr. Exposición de Motivos de la II LCon que se refiere a «la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso».

¹⁹ Este argumento es el que se encuentra *a contrario* en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 24 de junio de 2005, por el que se autoriza la venta de ciertos bienes de la masa activa innecesarios para la continuación de la actividad empresarial que «no producen rendimiento y sí costes que gravan la masa».

tal valor en una liquidación en bloque de la empresa, que consienta transmitir no solo los elementos patrimoniales afectos a la actividad sino también la clientela, el *know-how* y otros conocimientos específicos de la actividad empresarial (funcionamiento del mercado, relaciones con los proveedores, manejo de los canales de distribución, etc.), y con ello incrementar los fondos disponibles para el pago a los acreedores sobre los que existirían en un escenario en el que la actividad empresarial del deudor hubiera cesado con su declaración en concurso ²⁰.

2.3. La excepción: el cierre de la empresa.

Aunque, como se ha indicado, la LCon, y con amplio fundamento, se declara palmariamente favorable a la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor durante la tramitación del concurso, y articula toda una batería de medidas para facilitarla, como veremos más adelante, no deja de contemplar la posibilidad de que sea necesario el cese, total o parcial de dicha actividad, o, si se quiere, el cierre de la empresa del deudor.

Tal posibilidad es contemplada en el artículo 44.4 de la LCon con la expresa indicación de que constituye una medida «excepcional» ²¹, como corresponde a la previa caracterización de la continuidad de la actividad como principio general.

Con tal sentido, el precepto invocado establece que el juez puede acordar «el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones» o «el cese o la suspensión, total o parcial» de la actividad profesional o empresarial del deudor ²².

Este cierre de la empresa o cese total o parcial de la actividad empresarial del deudor requiere auto que el juez solo puede dictar a solicitud de la administración concursal (y nunca de oficio) y previa audiencia tanto del deudor como de los representantes de los trabajadores ²³, garantías proce-

²⁰ Idea que comparte TIRADO MARTÍ, I., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, vol. I, pág. 1.376.

²¹ Excepcionalidad que también destaca OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología...*, cit., pág. 139, anudando a tal condición la inclusión legal de garantías procesales (requerimiento de la administración concursal y audiencia de interesados), a las que nos referimos seguidamente en el texto. En contra del carácter excepcional de la norma que nos ocupa, FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P.J., «Derecho concursal y Constitución económica...», cit., págs. 206 y 207, para quienes el artículo 44.4 de la LCon es una norma no excepcional sino «adversativa y yuxtapuesta» a la del apartado 1, aunque concluyen que, «de todas formas» son normas «radicalmente opuestas» (*ibid.*, pág. 207).

²² Es imposible no observar que se trata de uno de los raros preceptos en los que nuestro ordenamiento distingue entre empresa y establecimiento y entre cierre de la empresa y cese o suspensión de su explotación. También reparan en tal precisión, FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P.J., «Derecho concursal y Constitución económica...», cit., pág. 214. En este mismo trabajo (págs. 214-251) puede encontrarse un amplio y detallado examen hermenéutico del artículo 44.4 de la LCon tanto desde el punto de vista sustantivo como desde la óptica procesal.

²³ Para FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P.J., «Derecho concursal y Constitución económica...», cit., págs. 251-264, la decisión del juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor, sería inconstitucional, por vulnerar el contenido esencial de la libertad de empresa, salvo que en el procedimiento (con ocasión del trámite de audiencia, por ejemplo) hubiera quedado constancia de la conformidad del

sales que demuestran la presencia de intereses generales en el fundamento del principio de continuidad de la actividad empresarial del deudor.

La solicitud de cierre puede formularse en cualquier momento del procedimiento concursal²⁴. Debe insistirse en que el cierre o la suspensión de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado es una posibilidad excepcional que debe justificarse y rodearse de garantías, como se ha indicado. La regla general, el principio, es la continuidad de dicha actividad²⁵, por lo que no es cierto, como algunos defienden²⁶, que sea preciso solicitar del juez del concurso la continuación de la actividad, y menos aún que tal solicitud haya de fundarse en un «plan de viabilidad» que contenga un análisis de la producción, cartera de pedidos, clima laboral y líneas de financiación. Solo el cierre o la suspensión de la actividad profesional o empresarial del deudor precisan ser objeto de solicitud.

Es evidente lo oportuno de la norma. No puede dejar de reconocerse que, por más que el principio general sea, por las razones expresadas, el de continuidad, en muchas ocasiones lo más prudente que puede decidirse respecto a una empresa en dificultades es su cierre o una reorganización, que frecuentemente exige su redimensionamiento y el cierre de alguno o algunos de sus sectores de actividad, partes, secciones o establecimientos²⁷. Pueden señalarse algunas indicaciones típicas de cierre de la empresa o de suspensión de su actividad.

En general, seguramente²⁸, procede decretar el cese o la suspensión de la actividad profesional o empresarial del deudor siempre que mantener abiertos al público sus establecimientos resulte gravoso para los intereses del concurso²⁹, o cuando mediante el cierre de alguna línea o centro de producción se asegure o facilite la continuidad de la empresa o se optimice su rentabilidad³⁰, o cuando así venga impuesto por otras decisiones adoptadas en el procedimiento³¹.

deudor con la medida solicitada. No compartimos esta opinión. El cierre empresarial es una medida coherente con un procedimiento que, quírase o no, puede de forma natural dirigirse a la liquidación del patrimonio del deudor, solución que antes aparece como el efecto de la propia actividad empresarial del deudor en el mercado que del ejercicio anticonstitucional de facultades que vulneran la libertad de empresa.

²⁴ JIMÉNEZ SAVURIDO, C. (dir.), HERMIDA, C. y GARCÍA, E. (coords.), *La nueva regulación concursal*, Colex, Madrid, 2004, pág. 168.

²⁵ En el mismo sentido, también, BEREĆIBAR MUTIOZÁBAL, J.R., PRIOR GARCÍA, I. y FERNÁNDEZ DE RETAMA GOROSTIGOIZA, D., *Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Quantor, Madrid, 2004, pág. 85.

²⁶ Esta es la opinión de JIMÉNEZ SAVURIDO, C., ob. cit., págs. 165-166.

²⁷ Para FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P.J., «Derecho concursal y Constitución económica...», cit., pág. 208, «en determinadas ocasiones tal medida puede ser la más razonable, necesaria y justa de todas las posibles; e incluso las más eficiente en sentido jurídico-económico a fin de preservar a la masa activa de pérdidas y disminuciones patrimoniales insalvables».

²⁸ Se trata de una cuestión que solo puede decidirse a la vista del caso concreto.

²⁹ SUÁREZ ROBLADANO, J.M., GÓMEZ GIL, M.A., MÁRQUEZ CARRASCO, R. y GÓMEZ LUCAS, M.A., *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Colex, Madrid, 2003, pág. 125.

³⁰ JIMÉNEZ SAVURIDO, C., ob. cit., pág. 167.

³¹ Hay decisiones que impiden la continuación de la actividad empresarial. Si se decreta la extinción colectiva de *todos* los contratos de los trabajadores dependientes, ningún sentido tiene mantener formalmente abiertos los establecimientos de la entidad concursada, por lo que procede ordenar el cese de la actividad al amparo del artículo 44.4 de la LCon (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, de 23 de junio de 2005).

Desde un punto de vista más técnico, la empresa que, por la limitación de la demanda o por la insuficiencia de factores de la producción, no pueda producir una cantidad de bienes, o prestar servicios, en un volumen tal que, dada la demanda existente, determine un precio igual al coste marginal de la última unidad producida o del último servicio prestado, y en la que, por el contrario, el precio resulta inferior a dicho coste marginal, produce con pérdidas.

A corto plazo producir con pérdidas puede ser una decisión empresarial aceptable, si se considera que, asumiendo tales pérdidas, se salvaguardan puestos de trabajo, se mantienen abiertas vías de aprovisionamiento y se conserva clientela, y que, por tanto, es una decisión que consiente una más eficaz reactivación de la empresa cuando mejore la demanda o se resuelvan los problemas de suministro o de estructura de costes. Pero esta situación solo puede ser temporal y breve. Si se prolonga conduce naturalmente a la liquidación de la empresa o a una reorganización más o menos intensa, como ya se había dicho, es decir, a un supuesto en el que estará justificado el cese de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Por otra parte, en circunstancias de pérdidas especialmente intensas en relación con la concreta estructura de costes de la empresa estará indicado el cierre inmediato de la producción. El caso paradigmático será aquel en el que la actividad productiva empresarial se halle por debajo de lo que los economistas llaman «punto mínimo de explotación». Ello ocurre cuando la oferta empresarial de productos o servicios determina un ingreso menor que los «costes variables» o de la producción (materias primas, gastos de distribución, suministros de energía, comunicaciones, salarios corrientes de producción, etc.). Como los «costes fijos» (compromisos inevitables independientes de la producción: intereses, amortizaciones, alquileres, cuotas fijas de líneas de aprovisionamiento de energía, impuestos de establecimiento, salarios generales del personal fijo, etc.) han de afrontarse en todo caso, aquel ingreso inferior a los costes variables implica necesariamente que las pérdidas van a ser mayores que los costes fijos, es decir, que las pérdidas son mayores manteniendo la explotación que cesando la producción. Y en tal situación lo aconsejable será no producir, cerrar y cesar la actividad para limitar las pérdidas a los costes fijos, o, incluso, si el cierre fuere total y definitivo, eliminar tales costes, que en las circunstancias descritas, sin compensación alguna incrementan el nivel de endeudamiento durante el concurso y hacen cada vez más dificultosa la satisfacción de los acreedores³².

3. LA ARTICULACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL O EMPRESARIAL DEL DEUDOR EN LA LEY CONCURSAL

Como conviene a un principio concursal, y seguramente el principio operativo más importante del nuevo sistema concursal, la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el concurso, atraviesa en diagonal todo el articulado de la LCon, en cuyo texto no es difícil identificar normas explicables por su finalidad de facilitar, precisamente, aquella continuidad.

³² En cuanto al fundamento y explicación de las afirmaciones del texto, por todos, cfr. SAMUELSON, P., *Curso de Economía Moderna*, 17.ª ed., Aguilar, Madrid, 1975, págs. 499-508.

Dentro de ellas, el artículo 44 de la LCon representa la regulación central, general y nuclear del principio. En los preceptos que contiene, prescindiendo de sus apartados 1 y 4, el primero y el último, que corresponden a la formulación misma del principio de continuidad, y de los que nos hemos ocupado en lo que antecede, el principio se presenta en una de sus funciones más intensas y, a la vez, más elementales, como instrumento de modulación de las aplicaciones concretas de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, permitiendo una especie de «ajuste fino» en la traducción concreta de las reglas sobre las facultades patrimoniales del deudor a cada caso ³³.

3.1. La continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor como principio modulador de las limitaciones de sus facultades patrimoniales.

Como es sabido, carente de sentido sancionador y con el objetivo de asegurar la integridad y la conservación de la masa activa y de su valor, el efecto más importante e inmediato que la declaración de concurso produce sobre el deudor es la limitación de sus facultades patrimoniales sobre los bienes y derechos que se integran en la masa activa del concurso (cfr. art. 40 LCon), facultades que o bien se sujetan a *intervención* o bien quedan *suspendidas*.

A la vez que limita las facultades patrimoniales y concede a la administración concursal las atribuciones correspondientes a la intervención o a la suspensión decretada (art. 40), la LCon, como hemos comprobado, establece como principio la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44.1). Es obvio que ambas previsiones han de conjugarse armónicamente de forma que se respeten las limitaciones impuestas y, al tiempo, se consienta la continuidad prescrita.

Con esa finalidad el principio de continuidad se contempla en los apartados 2 y 3 del artículo 44 de la LCon con una función moduladora de aquellas limitaciones, estableciéndose una regulación que procura que la aplicación del régimen de intervención o el de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor no ahogue la viabilidad real de la continuidad de su actividad profesional o empresarial.

3.1.1. Suspensión de las facultades patrimoniales del deudor.

Si el deudor estuviera sujeto a **suspensión** de sus facultades patrimoniales corresponde, naturalmente, a la administración concursal, que sustituye al deudor en el ejercicio de tales facultades

³³ En ocasiones la regulación central del principio, contenida en los apartados 2 y 3 del artículo 44 de la LCon, se ha confundido con la virtualidad total y compleja del propio principio, y con ello se ha limitado este funcionalmente a una mera misión moduladora de las limitaciones de las facultades patrimoniales del deudor que conlleva la declaración de concurso. Sobre esta base ha podido decirse que «el principio de continuidad [...] no se formula por la Ley Concursal en términos absolutos, sino meramente relativos en relación [con las limitaciones de las facultades patrimoniales del deudor]» [VILA FLORENSA, P., en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal...*, cit., pág. 249]. Por las razones expresadas no podemos compartir esta visión, que estimamos injustificadamente *reduccionista*.

(art. 40.2 LCon), la gestión y dirección de la actividad profesional o empresarial del deudor, en cuanto a su dimensión patrimonial³⁴, y la adopción de «las medidas adecuadas para su continuación» (cfr. art. 44.3 LCon)³⁵. De momento en caso de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor no parecen plantearse especiales problemas: la actividad profesional o empresarial del deudor continuaría a través de la gestión de la administración concursal³⁶.

3.1.2. Intervención de las facultades patrimoniales del deudor.

3.1.2.1. Régimen de autorización general.

Si el deudor tuviera sus facultades patrimoniales sometidas a **intervención** las conservaría por lo que la gestión profesional o empresarial le correspondería, pero necesitaría la autorización o conformidad de la administración concursal para cada uno de los actos en que se descomponga su actuación. Este es el régimen general previsto para el caso de que las facultades patrimoniales del deudor se intervengan (art. 40.1 LCon). Pero este sistema podría provocar una lentitud en las operaciones profesionales o empresariales contradictoria con las exigencias del tráfico hasta el punto de dificultar gravemente o incluso impedir su propia continuidad.

Para evitar este riesgo y dispensar de la necesidad de que el deudor deba solicitar la autorización para cada decisión profesional o empresarial con trascendencia patrimonial antes de materializarla, deteniendo el transcurso normal de su tráfico, la LCon diseña un mecanismo de *autorización previa y general*, que pretende evitar las frecuentes interrupciones de actividad a que obligaría la aplicación sin excepciones de las reglas generales de la intervención de las facultades patrimoniales del deudor, permitiendo, por el contrario, que su actividad profesional o empresarial prosiga de un modo ágil.

³⁴ Los actos de ejercicio de facultades patrimoniales que quedan suspendidos o intervenidos son los actos de administración y de disposición sobre los bienes indicados (art. 40.6 LCon). Son estos actos los que se someten a supervisión o se vetan al deudor.

La precisión del texto quiere expresar que no quedan incluidas las facultades o actos no encuadrables ni entre los de administración ni entre los de disposición. Así, el deudor puede hacer libremente sin limitación alguna los actos estrictamente profesionales, entendiendo por tales los que se verifican conforme al arte o técnica profesional y caracterizan la profesión de que se trate. Solo el deudor puede realizarlos y no puede ser sustituido ni sometido a aprobación ajena pues requieren la condición y la habilitación profesionales, que tienen un claro carácter personal. No obstante, inmediatamente ha de observarse que en cambio sí quedarían sometidos a suspensión o intervención los gastos y la percepción de los ingresos que la realización de los actos profesionales supone, por lo que tales gastos e ingresos habría de verificarlos la administración concursal o el deudor con la conformidad o autorización de aquella según esté suspendido o intervenido en sus facultades patrimoniales.

³⁵ La habilitación contenida en la expresión legal no parece que deba limitarse a los actos imprescindibles para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, como afirma parte de la doctrina (cfr. *v. gr.*, JIMÉNEZ SAVURIDO, C., ob. cit., pág. 167).

³⁶ Advirtamos, de un lado, que no es lo mismo continuidad en la actividad que continuidad en la gestión (cfr. JIMÉNEZ SAVURIDO, C., ob. cit., pág. 164), y, de otro, que la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor no constituye un supuesto de transmisión de empresa: supone un desplazamiento de la gestión y no de la titularidad (cfr. ALTÉS TÁRREGA, J., en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (coord.), *Concurso e Insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 205). De este modo, efectivamente, el empresario sigue siendo el concursado cuya actividad profesional o empresarial continúa, aunque no sea ya él quien toma las decisiones porque no mantiene la gestión.

De este modo la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones que autoriza con carácter general (art. 44.2.I LCon), los cuales pueden ser realizados por el deudor sin necesidad de autorización o conformidad singular.

Los actos que pueden ser objeto de este régimen de autorización previa son *únicamente los propios del giro o tráfico de la actividad del deudor* (por lo que debemos entender excluidos de esta posibilidad los actos y operaciones que, aunque pudieran ser jurídicamente principales, fueran extraños al objeto de la actividad profesional o empresarial y no tuvieran conexión, orgánica o funcional, jurídica o económica, con tal actividad, de modo que no se verificarían como parte de una gestión empresarial o profesional ordinaria).

Además, la LCon sugiere criterios para determinar los actos u operaciones autorizados con carácter previo por la administración concursal: la naturaleza o la cuantía. Se trata de pautas absolutamente lógicas: quedarán autorizados los actos que pertenezcan a ciertas categorías de actos u operaciones y/o no superen cierta cuantía. En definitiva, con estos criterios muy frecuentemente se delimita un ámbito de actuaciones profesionales o empresariales «ordinarias»³⁷, dejando fuera cualquier acto que pudiera considerarse de administración o gestión extraordinaria, que seguiría precisando autorización o conformidad singular en cada caso.

De cualquier modo, los actos que, por la razón que sea, no queden cubiertos por la autorización general deben someterse a la regla ordinaria, por lo que su realización precisa autorización o conformidad previa y específica de la administración concursal.

La autorización general supone un mecanismo *apriorístico*, pero no la ausencia de control, porque la supervisión es esencial al estado de intervención en que se halla el deudor. Es más: la función directa de este sistema es facilitar la actividad del deudor, no el control de la administración concursal, y menos aún dispensar del mismo. La administración concursal, como consecuencia ineludible del sistema, estará abocada a comprobar si cada uno de los actos y operaciones realizados por el deudor al amparo de la autorización general y previa acordada está efectivamente fuera o dentro de dicha autorización. Ello implica un *control a posteriori* respecto de la conformidad de cada uno de los actos con la autorización previa³⁸. Si alguna de las actuaciones del deudor no se compadeciera

³⁷ Aunque no se diga, parece perseguirse la autorización de actos ordinarios de gestión empresarial. Podrían considerarse dentro de una actuación profesional o empresarial ordinaria el pago de salarios, cuotas sociales, tributos, rentas –alquileres, *leasing*, etc.–; ventas de mercaderías dentro de los precios medios o de las tarifas establecidas; compras de materias primas y abono de suministros de energías, etc., dentro del coste medio aceptado en el mercado y en plazos o condiciones establecidos en el marco de los contratos de tracto sucesivo con cuyo cumplimiento se continúe; abono de cuotas de hipotecas y otros pagos garantizados.

³⁸ Efectivamente, la fiscalización será posterior a la realización del acto (cfr. JIMÉNEZ SAVURIDO, C., ob. cit., pág. 166). No resulta correcto, por consiguiente, entender, como hace VILA FLORENSA, P., en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal...*, cit., págs. 250-251, que la autorización general implica la ausencia de fiscalización de la administración concursal y supone eliminar el juicio sobre la procedencia o no de cada operación, concluyendo que la medida es muy desacertada en cuanto supone introducir un grave elemento de inseguridad. Nada de ello: existe un efectivo control y supervisión de la administración concursal, solo que, en beneficio de la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor con la mayor normalidad y agilidad posible, será exclusivamente posterior, lo que, eso es verdad, excluye la posibilidad de un *control de oportunidad*, de forma que habrá de limitarse a verificar la incardinabilidad del acto en la autorización general.

con las condiciones de autorización, habría de considerarse anulable salvo que la administración concursal la subsanase confirmándola (cfr. art. 40.7 LCon).

La posibilidad de que las actuaciones profesionales o empresariales del deudor pudiesen ser anuladas no obstante la existencia de una autorización general puede generar inseguridad en el tráfico. Por eso, para minimizar esta consecuencia indeseable, y aunque la LCon no lo diga expresamente, ha de entenderse que la autorización y su contenido debe publicarse conforme a los artículos 23 y 24 de la LCon (esto es: tal y como se publica el auto declarativo de concurso y, con él, las limitaciones de facultades patrimoniales que dicha declaración impone al deudor), por aplicación del artículo 40.4.II de la LCon bajo el supuesto de que la autorización supone una alteración del régimen general equiparable a una «modificación de las facultades de la administración concursal». En todo caso, estimamos que debería publicarse como parte que es de la intervención de las facultades patrimoniales del deudor, respecto de la cual constituye una modalidad de aplicación práctica. La publicidad (registral y extrarregistral) de los actos que por su naturaleza y cuantía están autorizados confiere a los terceros un conocimiento esencial para su propia seguridad.

Por último, no obstante el silencio de la LCon, la administración concursal puede, sin duda, modificar (limitar, alterar, ampliar o extender) la autorización y también revocarla (volviendo al régimen general de autorizaciones singulares) cuando lo estime conveniente, ya que no es una modalidad necesaria de ejercicio de la supervisión que le corresponde. La extralimitación del concursado, el cambio de las condiciones del mercado, el cambio en la situación del concurso, etc., pueden justificar sobradamente la revocación. En ocasiones la revocación operará de modo automático: así si el juez decide el cambio de la situación de intervención a la de suspensión; si se abre la fase de liquidación, o si el deudor persona natural falleciera. En todo caso, a la revocación habría de darse la misma publicidad que recibió la autorización revocada.

3.1.2.2. Régimen anterior al inicio de la actividad de la administración concursal.

Con ello no acaban las previsiones legislativas que persiguen garantizar la efectividad de la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor mediante la modulación del régimen de limitaciones de sus facultades patrimoniales.

Esta preocupación del legislador por asegurar la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor se manifiesta especialmente en el momento inicial del concurso. Declarado el concurso y decretada la intervención de las facultades patrimoniales del deudor, este podría continuar su actividad siempre que los actos en que consista sean autorizados, singularmente o con carácter general, como acabamos de ver, por la administración concursal. Pero entre la declaración de concurso y el inicio del funcionamiento efectivo de la administración concursal puede mediar un tiempo durante el cual la actividad del deudor estaría abocada a interrumpirse. Para evitarlo la LCon dispone en tal supuesto que «sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez [...], hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado» (art. 44.2.II).

La solución legal para garantizar la continuidad de la actividad del deudor hasta el efectivo inicio del ejercicio de sus funciones por la administración concursal consiste, pues, en atribuir al deudor facultades para realizar los actos propios de la actividad siempre que se cumplan tres condiciones:

- a) Ha de tratarse de actos *proprios de su giro o tráfico*. Como ya se ha indicado, ello implica que solo quedan incluidos los actos esenciales y caracterizadores de la actividad de que se trate, quedando fuera de la autorización los que carezcan de conexión con la misma en los términos ya señalados *supra*.
- b) El deudor solo puede verificar por sí mismo y sin asistencia ni supervisión (salvo la prevista, en su caso, como medidas cautelares en la declaración de concurso) los actos que sean «imprescindibles para la continuación de la actividad». Seguramente la interpretación de este requerimiento que más acuerdo puede concitar sea la de que con esta exigencia la LCon se refiere a actos indispensables e ineludibles para la conservación de la actividad (no necesariamente, obvio es, de conservación de los bienes y derechos patrimoniales) de suerte que no pueden dejar de realizarse si la actividad ha de seguir y de forma que su ausencia interrumpiría la misma actividad.
- c) Los actos solo se entienden autorizados si se ajustan a las «condiciones normales del mercado». Esto quiere decir que los actos cuyas características exceden de las condiciones en que se realizan usualmente tales actos en el tráfico no pueden ser efectuados por el deudor sin más requisitos.

Esta última exigencia plantea importantes problemas de interpretación. ¿A qué *condiciones normales del mercado* se refiere? ¿A las condiciones en las que ese tipo de actos se realiza habitualmente con cualquier sujeto, o, más restrictivamente, a las condiciones en las que se efectúa usualmente con sujetos insolventes? A nadie se le oculta que las condiciones normales del mercado de sujetos insolventes (grupo al que pertenece el deudor concursado) son más gravosas y onerosas que las normales en el mercado general, porque comúnmente el acreedor, aun siéndolo contra la masa, pedirá garantías y seguridades adicionales e intereses y retribuciones más elevadas que le pongan a cubierto o compensen de un posible incumplimiento provocado por la situación de su contraparte.

A favor de la primera posibilidad, esto es, entender que la LCon exige que los actos correspondan a las condiciones habituales con las que se realizan con cualesquiera sujetos, está, sin duda, la propia literalidad del precepto al referirse a las condiciones «normales» del mercado, y no, simplemente a las «condiciones del mercado». Tal interpretación ofrece una ventaja indiscutible, el deudor al hacer uso de la autorización legal no podrá celebrar actos especialmente perjudiciales para el concurso. Pero tiene un grave inconveniente: en esas condiciones «normales» el tercero frecuentemente no accederá a contratar con el deudor concursado, y como se trata de actos «imprescindibles» para la continuidad de la actividad del deudor, la negativa supondrá la interrupción de dicha actividad. Esta interpretación, por tanto, conducirá en una proporción muy significativa de casos a una consecuencia, justamente, contraria a la pretendida explícitamente por la LCon.

Por eso, en virtud del principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (cuya naturaleza y eficacia requiere, entre otras cosas, que la interpretación de las normas se

adecue a su finalidad y sentido ³⁹), debe entenderse que se trata de las condiciones normales para sujetos insolventes o con dificultades patrimoniales, siempre que, además, sean actos propios del giro del deudor e imprescindibles para su continuación ⁴⁰.

Aunque tampoco lo diga la ley, los actos realizados por el deudor al amparo de la autorización contenida en el artículo 44.2.II de la LCon, requieren el control posterior del juez y, después, una vez que inicie su actividad, de la administración concursal ⁴¹, y si exceden las condiciones legales recién analizadas, serán anulables, conforme a los efectos previstos para los actos que infringen las limitaciones que pesan sobre las facultades patrimoniales del deudor.

En todo caso, no puede olvidarse que esta solución legal es subsidiaria de las disposiciones concretas que hubiera podido adoptar el juez como medidas cautelares al declarar el concurso (cfr. art. 21.1.4.º LCon). Entre tales medidas podría exigir autorización judicial para los actos del deudor durante el período que va desde la declaración de concurso hasta el inicio del funcionamiento efectivo de la administración concursal, con o sin una autorización general previa al modo de la regulada en el artículo 44.2.I de la LCon. Seguramente ello no será infrecuente y en la práctica vendrá a evitar gran parte de las dificultades hermenéuticas que se han planteado.

Un último asunto, no exento de trascendencia práctica, ha de abordarse sobre esta misma cuestión. La previsión legal, en cuya virtud los actos propios del giro del deudor que sean imprescindibles para la continuación de su actividad y se realicen en las condiciones normales del mercado pueden ser efectuados sin necesidad de autorización hasta tanto la administración concursal sea operativa, se limita al supuesto en el que el deudor está sujeto a intervención de sus facultades patrimoniales. Pero nada se dispone para el caso de que esté suspendido en sus facultades, aunque es obvio que el problema es igual o más grave.

La actividad profesional o empresarial del deudor suspendido corresponde a la administración concursal, pero hasta que esta funcione de modo efectivo no podrá adoptar las decisiones propias de la actividad de que se trate, y tampoco podrá adoptarlas el deudor, suspendido en sus facultades patrimoniales y al que no alcanza la literalidad de la conformidad legal para su actuación por sí mismo en los términos del artículo 44.2.II de la LCon que acabamos de analizar.

En otras palabras, durante el tiempo que media entre la declaración de concurso y el inicio de su labor por la administración concursal, la actividad del deudor quedará inexorablemente interrumpida. Ello contradice la finalidad perseguida.

³⁹ *Vid. supra* nota 2.

⁴⁰ En definitiva, lo que se defiende es que se trate de «condiciones normales *dadas las circunstancias*». La decisión acerca de si un determinado acto cumple o no este requisito deberá tomarse a la vista de la necesidad del acto para la continuación de la actividad (el otro requisito) y a la luz de una valoración sobre su conveniencia económica en las circunstancias concretas.

⁴¹ VILA FLORENSA, P., en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal...*, cit., pág. 251, en coherencia con su opinión sobre el régimen de autorización general *ex* artículo 44.2-I de la LCon, reflejada *supra* en la nota 38, afirma que la interpretación de los requisitos (actos propios del giro, imprescindibles para la continuación de la actividad y convenidos en condiciones normales del mercado) se abandona al deudor. Se trata, de nuevo, de un error: como se acaba de indicar, el juez, primero, y la administración concursal, después, deben verificar la compatibilidad de la actuación del deudor con las previsiones legales.

Desde luego que siempre será posible que el juez, en el auto declarativo de concurso, acuerde, como medida cautelar al amparo del artículo 21.1.4.º de la LCon, que el concursado continúe con su actividad (con los límites previstos en el art. 44.2.II LCon para el supuesto de intervención, o con otros requisitos que determine para el caso concreto, o sin limitación –lo que resultará más extraño, dada la suspensión que pesa sobre el deudor–), o que tales actos necesarios para la continuidad de la actividad hayan de ser decididos por el propio juez, o que la actividad se interrumpa.

Esto último será lo que ocurra si nada prevé al respecto el auto declarativo de concurso. Y, como quiera que esta interrupción, aunque pudiera considerarse temporal, e incluso breve, puede provocar la práctica imposibilidad de la continuación posterior de la actividad (pérdida de clientela, desabastecimiento por los proveedores o la retirada de estos, etc.), y, por tanto, una lesión irreversible del principio de continuidad y consiguientemente la posterior ineficacia práctica de las normas en que este principio se articula, a nuestro juicio sería conveniente entender que la previsión legal contenida en el artículo 44.2-II de la LCon, en principio reservada para los supuestos de intervención, es igualmente aplicable, por analogía⁴², dada la identidad de razón, al caso de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor.

Si se acepta tal conclusión, de acuerdo con la misma, y como sucede en el caso de intervención, si el juez no desea que el deudor sometido a suspensión continúe por sí mismo su actividad hasta el efectivo desempeño de la administración concursal debe adoptar medidas que excluyan esta posibilidad. En otro caso, si no se admitiera la aplicación analógica de la norma del artículo 44.2.II de la LCon a este supuesto, en principio, hasta la aceptación de los administradores la actividad queda paralizada, debiendo el juez adoptar las medidas cautelares necesarias para que la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuando la administración concursal se encuentre en el ejercicio efectivo de sus funciones, no sea «ilusoria»⁴³.

3.2. Disposiciones legales que articulan el principio permitiendo o fomentando la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el concurso.

Como ya se había anticipado, el principio de continuidad, que analizamos, se proyecta sobre el conjunto del texto legal, en el que no son infrecuentes normas que pueden ser reconocidas como disposiciones cuya finalidad es permitir y aun facilitar que la actividad profesional o empresarial que venía desempeñando el deudor antes de su declaración en concurso continúe después⁴⁴, bien dispo-

⁴² No obstante, ha de reconocerse, desde luego, que la analogía resulta discutible. Obviamente la mayor dificultad para admitir tal aplicación analógica reside en el hecho de que en este supuesto el deudor tiene suspendidas, y no meramente intervenidas, sus facultades patrimoniales, de suerte que, en realidad, en cuanto afecten a bienes y derechos integrados en el concurso, carece de ellas (mientras que las conserva en caso de intervención). Por eso no faltan quienes, partiendo de la base de que, en tal situación, la LCon no otorga ningún margen de confianza al concursado, nieguen la aplicación de la previsión del artículo 44.2.II de la LCon cuando el deudor está suspendido en el ejercicio de sus facultades patrimoniales (SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., GÓMEZ GIL, M.A., MÁRQUEZ CARRASCO, R. y GÓMEZ LUCAS, M.A., ob. cit., pág. 125).

⁴³ JIMÉNEZ SAVURIDO, C., ob. cit., pág. 167. Pero, en muchas ocasiones, interrumpida la actividad profesional o empresarial, esta no podrá reanudarse, o su reanudación requerirá un esfuerzo extraordinario, que normalmente no resultará conveniente realizar.

⁴⁴ Aunque también residen en la LCon disposiciones que excepcionan el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Se trata de supuestos en los que este principio cede ante intereses que se estiman susceptibles de

niendo lo necesario para que el concurso no produzca, por su misma declaración, efectos que puedan impedir la actividad, o bien diseñando un entramado normativo que asegure la permanencia de los bienes y de las relaciones jurídicas que había predispuesto el deudor como partes de su organización en su afección a la misma.

Sin ánimo de exhaustividad, estimamos que las siguientes previsiones de la LCon responden a esa finalidad:

- A. Los «actos de disposición inherentes [es decir, inseparables, esenciales y característicos ⁴⁵] a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor» quedan excluidos de la prohibición de disposición en que se concreta de modo predominante la proyección legal del principio de conservación de los bienes y derechos de la masa activa. Tales actos, en virtud de lo establecido en el artículo 43.3 de la LCon quedan sujetos directa y exclusivamente al artículo 44 de la LCon que, como acabamos de señalar, contiene el desarrollo normativo central o nuclear del principio que le es específico, el de continuidad de dicha actividad.

El principio de conservación de los bienes y derechos de la masa activa se formula en el artículo 43.1 de la LCon destacando su funcionalidad más relevante: presidir y regir el desempeño de la administración concursal, a la que se prohíbe enajenar o gravar bienes de la masa activa (o autorizar las enajenaciones decididas por un deudor con sus facultades patrimoniales intervenidas) hasta la aprobación judicial de un convenio (porque con tal aprobación cesan los efectos de la declaración de concurso: art. 133.2 LCon, por lo que alzadas las limitaciones, resulta inútil el principio que las modula) o hasta la apertura de la fase de liquidación (porque a esta la enajenación del activo le es consustancial e indispensable), salvo autorización del juez (art. 43.2 LCon).

De este modo, un acto de disposición durante las fases común y de convenio del concurso exige requisitos adicionales a los que imponen, con carácter general, las limitaciones de

una mayor protección, y en concreto: la estabilidad y seguridad de los sensibles mercados financieros. Así se explica que en ciertos sectores de actividad empresarial sometidos a autorización administrativa la declaración de concurso sea causa de revocación de la autorización, por lo que impedirá seguir operando y las entidades concursadas no podrán continuar su actividad empresarial. Este es el caso de las empresas de servicios de inversión y de las sociedades de capital-riesgo y sociedades gestoras de Entidades de Capital-Riesgo [cfr. arts. 73 h) –redactado conforme a la disp. final decimotercera.4 LCon– y 74.4 LMV y 13 b) Ley 1/1999, de Entidades de Capital-Riesgo, en la redacción establecida por la disp. final vigésimo cuarta.2 h) LCon, respectivamente].

⁴⁵ Según VILA FLORENSA, P., en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal...*, cit., pág. 247, la exigencia legal excluye los actos accesorios y conexos, aunque sean muy importantes para la actividad. Pero, si fueran tan importantes que resultasen esenciales y fuesen característicos de la misma (v. gr. ventas de ciertos residuos del proceso de fabricación), seguramente habrían forzosamente de ser considerados incluidos en la norma en cuanto «inherentes». Quedaría por determinar si «actos inherentes a la continuación de la actividad» (art. 43.3 LCon) es expresión equivalente a «actos u operaciones propios del giro o tráfico» (art. 44.2.I LCon). La respuesta ha de ser necesariamente negativa, entre otras cosas porque aquellos son exclusivamente «actos de disposición» (sobre la significación y extensión de estos, vid. DÍAZ MORENO, A., «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. II, cit., págs. 1.843 y ss., y allí págs. 1.851-1.856) mientras que estos son todos los «actos u operaciones propios de la profesión o empresa», de modo que pertenecen a ámbitos bien diferentes. En todo caso, es obvio que la norma no exige que hayan de ser «imprescindibles para la continuación de la actividad», exigencia más restrictiva que la ley reserva para el supuesto del artículo 44.2-II de la LCon.

las facultades patrimoniales del deudor sobre los actos de administración. Para estos basta la actuación de la administración concursal, si el deudor está suspendido, o la decisión del deudor y la conformidad de la administración concursal, si estuviera intervenido. Los actos de disposición requieren, además, autorización judicial, que expresará el convencimiento del juez del concurso de que la enajenación o constitución del gravamen de que se trate es oportuna y conveniente, o al menos no es perjudicial, para los intereses del concurso.

Pero la aplicación incondicional de este régimen podría dificultar una fluida continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, porque habría de interrumpirse o, al menos, frenarse, retenerse o contenerse en su discurrir ordinario cada vez que sea precisa una enajenación, lo que muy bien puede ser, precisamente, el objeto de la actividad (ventas de mercaderías, renovación de materias primas o de otros factores patrimoniales de la producción, etc.).

Se trata, en definitiva de «mantener con la mayor normalidad posible la actividad económica del concursado», haciendo innecesaria la solicitud al juez de autorización para la realización de los actos de disposición referidos, que requeriría presentación de escritos, sus proveídos, notificaciones, etc., que «podrían demorar las actuaciones el tiempo suficiente como para frustrar el objetivo de continuar con la actividad [profesional o empresarial] del deudor»⁴⁶.

Por eso el artículo 43.3 de la LCon excluye de tal régimen a los actos referidos, evitando que la aplicación del principio de conservación pueda impedir o dificultar la implementación del de continuidad, al que, justamente, se remite, y que, como se ve, es el que prima en el conflicto entre ambos principios.

- B.** Los créditos que genere la actividad tras la declaración de concurso, incluyendo los laborales, tendrán la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.5.º LCon); ello implica que los costes de explotación serán satisfechos con carácter de *prededucibles*, lo que seguramente resultará decisivo para que los acreedores titulares de los correspondientes créditos (proveedores, trabajadores, financiadores, etc.) no se retiren, lo que haría imposible la continuación de la actividad.
- C.** Se mantiene la obligación del deudor de llevanza de la contabilidad (art. 46 LCon)⁴⁷, lo que presupone⁴⁸ y, al tiempo, facilita la continuidad de su actividad profesional o empresarial⁴⁹ (en cuanto la información contable es un elemento muy importante para la gestión).

⁴⁶ SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., GÓMEZ GIL, M.A., MÁRQUEZ CARRASCO, R. y GÓMEZ LUCAS, M.A., ob. cit., pág. 122.

⁴⁷ Debe entenderse que si el deudor es persona jurídica y el concurso alcanza la fase de liquidación, como la concursada ha de disolverse (art. 145.3 LCon), lo único razonable es formular las cuentas exigidas por el artículo 273 de la LSA [VILA FLORENSA, P., en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal...*, cit., pág. 259; y, en el mismo sentido, BARRERA COGOLLOS, J.L., en SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., págs. 463-464].

⁴⁸ Aunque no lo diga la LCon (al contrario, su literalidad no recoge excepciones, formulando la obligación de continuar con la llevanza de contabilidad de modo universal y tajante), no parece lógico que el deudor tenga obligación de formular las cuentas si cesa en su actividad empresarial. Efectivamente, no parece que tenga tal obligación en el concurso cuando no la tendría sin él. Además, ¿qué movimientos patrimoniales se asentarán, si ninguno se produce?

⁴⁹ Como destaca SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., GÓMEZ GIL, M.A., MÁRQUEZ CARRASCO, R. y GÓMEZ LUCAS, M.A., ob. cit., pág. 126, el legislador otorga especial importancia a la continuación del deber de contabilidad y por eso lo trata específica y separadamente de las actividades (en general) de continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, entre las que, sin duda, se encuentra, la llevanza de contabilidad.

D. Cuando el deudor es una persona jurídica, el mantenimiento de sus órganos sociales y que la disolución no sea un efecto de la declaración de concurso (cfr. art. 48 LCon), sino solo de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LCon), facilita, obviamente, la continuidad de la actividad que constituya su objeto ⁵⁰.

En los mismos parámetros se halla también el reconocimiento del derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos sociales colegiados a la administración concursal (art. 48.1 *in fine* LCon). El ejercicio de este derecho podría ser útil para agilizar la implementación práctica del sistema legal contenido en el artículo 44 de la LCon y, en esa medida, facilitar la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor con la mayor normalidad posible ⁵¹.

E. La declaración de concurso no provoca el vencimiento anticipado de los créditos ni su conversión a dinero ⁵², efectos que no se producen hasta la apertura de la fase de liquidación (art. 146 LCon). Nótese que ambos efectos impedirían de hecho la continuación de la actividad.

F. Se mantiene, como regla general, la vigencia de los contratos celebrados por el deudor antes de la declaración de concurso (art. 61 LCon).

G. Aunque en relación con un contrato celebrado por el deudor antes de la declaración de concurso exista causa de resolución, el juez puede decidir no resolverlo en interés del concurso (art. 62.3 LCon), obligando así a un cumplimiento que puede ser decisivo para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ⁵³.

H. En caso de una modificación sustancial de carácter colectivo de las condiciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción para mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda de las que, conforme al artículo 41 del ET, confieren al trabajador afectado el derecho de rescisión del contrato de trabajo con indemnización, dicho derecho queda en suspenso, siendo improcedente su ejercicio, durante la tramitación del concurso con el límite máximo

⁵⁰ Por lo demás tal actividad habrá de someterse a las reglas de los artículos 40, 43 y 44, entre otros, de la LCon, que hemos analizado *supra* 3.1, de modo que la validez de los actos sociales queda supeditada al cumplimiento de los requisitos establecidos en tales reglas.

⁵¹ Aunque el derecho de asistencia no tiene mucha eficacia práctica (la inasistencia no tiene efectos y tampoco, ni siquiera, la falta de convocatoria a la administración concursal), y no es una actuación imprescindible para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, sí puede ser muy útil en ciertos casos como mecanismo que facilite el asesoramiento directo e inmediato de los órganos sociales en cuanto a las implicaciones del procedimiento concursal en la actividad social, y la acomodación de las decisiones sociales a las autorizaciones conferidas por la administración concursal *ex* artículos 40.1 y 44.2 de la LCon, e incluso como instrumento que permita adelantar en el mismo acto la confirmación o la autorización de la administración concursal de la decisión acordada por los órganos sociales.

⁵² Evidentemente, no obstante la expresión legal, iniciada la liquidación los créditos cuyo objeto fueran prestaciones no dinerarias se convierten en «créditos dinerarios» no en «dinero»: «¡qué más querrían el deudor y los acreedores!» (F. de P. BLASCO GASCÓ, «La fase de liquidación concursal», en VV.AA., *La nueva Ley Concursal, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, 2003, págs. 499-576, y allí, págs. 522-531).

⁵³ Cuyo ejercicio así se protege (cfr. BEREĆIBAR MUTIOZÁBAL, J.R., PRIOR GARCÍA, I. y FERNÁNDEZ DE RETAMA GOROSTIGOIZA, D., *Comentarios a la nueva Ley Concursal*, cit., pág. 109).

de doce meses (art. 64.9.I LCon). Igual suspensión recae sobre el derecho de rescisión del trabajador por modificaciones consistentes en traslados colectivos que supongan movilidad geográfica en los términos del segundo párrafo del artículo 64.9 de la LCon.

La suspensión del derecho del trabajador a rescindir en los supuestos indicados su contrato de trabajo, permite, al menos temporalmente, de un lado, seguir contando con la fuerza de trabajo de los empleados afectados y, de otro, no tener que hacer frente, de momento, al pago de las indemnizaciones. Es obvio que ambas cosas pueden determinar la continuidad de la actividad empresarial del deudor⁵⁴.

- I. En caso de concurso los contratos del personal de alta dirección pueden ser suspendidos o extinguidos por la administración concursal, y las indemnizaciones previstas en los contratos para tales casos quedan sin efecto, estableciéndose otras con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo (art. 65 LCon)⁵⁵.

Ello implica romper los llamados «blindajes», tan frecuentes en los contratos del personal de alta dirección en nuestra práctica, y con la ruptura liberar la actividad empresarial del deudor de una pesada rémora⁵⁶ que, tanto en cuanto representa un coste, a veces importante, como en cuanto implica una restricción a la adopción de decisiones de gestión, podría entorpecer gravemente una reorganización necesaria para la continuidad de la actividad⁵⁷.

⁵⁴ Se trata, pues, de un «sacrificio del derecho del trabajador [...] en aras del mantenimiento de la actividad de la empresa»; un sacrificio solo temporal, por otra parte, en el entendimiento de que, tras un año, la empresa ha debido asegurar su viabilidad económica (SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., GÓMEZ GIL, M.A., MÁRQUEZ CARRASCO, R. y GÓMEZ LUCAS, M.A., ob. cit., pág. 152).

⁵⁵ Esta moderación de la indemnización corresponde al juez, no a la administración concursal, a quien se atribuye, no obstante, la facultad de extinguir el contrato, causa del nacimiento del derecho a la indemnización (sobre la atribución de esta facultad a la administración concursal, que sin duda es «exorbitante», *vid.* VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. III, cit., pág. 3.355 y ss., y allí pág. 3.368-3.370). En todo caso, el juez «podrá» moderar la indemnización, no está obligado a hacerlo (cfr. VIGUERA RUBIO, J.M., ob. cit., pág. 3.382). Y si lo hace no puede reducirla por debajo de la establecida para el despido colectivo (a tenor del art. 51.8 ET: 20 días de salario por año con un máximo de 12 mensualidades). Como certeramente observan VIGUERA RUBIO, J.M., ob. cit., págs. 3.384-3.385, y VALPUESTA GASTAMINZA, en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 515 (y en el mismo sentido también CASANELLAS BASSOLS, R., «La actuación de la administración concursal ante el personal de alta dirección», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 4, 2006, págs. 269 y ss., y allí pág. 276), obviamente el límite señalado es un suelo o límite *mínimo* (el juez no podrá reducir la indemnización por debajo del mismo) y no un techo o límite *máximo* [como erróneamente han entendido FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal», en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma Concursal*, cit., págs. 409 y ss., y allí, pág. 223, y VILA FLORENSA, P., en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal...*, cit., pág. 350].

⁵⁶ No puede dejar de reconocerse, sin embargo, que, aunque se ha pretendido romper un «blindaje» que muchas veces se integra por cláusulas abusivas y, frecuentemente, «autocontratadas», no siempre las cláusulas de «blindaje» resultan abusivas [cfr. MARTÍNEZ GARRIDO, L., en SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., págs. 783-784 –en nota 784–].

⁵⁷ Naturalmente pueden identificarse otras finalidades de la norma: no agravar más la situación patrimonial del deudor con la necesidad de abonar altas indemnizaciones, o reconocer «cierta responsabilidad del alto directivo en la situación de crisis» que desemboca en la declaración de concurso [cfr. VALPUESTA GASTAMINZA, en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pág. 515].

- J.** Aunque la declaración de concurso es causa de resolución de los contratos administrativos celebrados por el deudor con una Administración Pública, no opera automáticamente hasta que se abre la fase de liquidación, de modo que, hasta ese momento, la Administración puede decidir continuar con el contrato, si el contratista/deudor ofrece garantía suficiente que asegure su ejecución [arts. 111 b) y 112.2 y 7 RDLeg. 2/2000 que aprueba la Ley de Contratos con las Administraciones Públicas, redactados por la disp. final decimotercera.2 y 3 LCon, a los que se remite el art. 67.1 LCon]. No parece necesario destacar la trascendencia que tiene para la continuidad de la actividad empresarial en ciertos sectores (los relacionados con obras públicas, señaladamente) el mantenimiento de los contratos con la Administración Pública ⁵⁸.
- K.** Ciertos contratos de préstamo u otros de concesión de crédito al deudor, de adquisición de bienes con precio aplazado, y de arrendamientos urbanos celebrados y vencidos anticipadamente o resueltos por incumplimiento del deudor antes de la declaración de concurso pueden rehabilitarse con ciertas condiciones según establecen los artículos 68, 69 y 70 de la LCon, lo que permite a la masa activa y a la actividad del deudor contar con bienes, o con recursos procedentes de financiación ajena o con el uso de locales que pueden ser decisivos o importantes en la organización de dicha actividad y vitales para su supervivencia ⁵⁹.
- L.** Los actos efectuados por el deudor antes de la declaración de concurso, siempre que reúnan la doble condición de ser «actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial» del mismo, y de haber sido «realizados en condiciones normales» no pueden rescindirse mediante las acciones rescisorias concursales previstas en los artículos 71 a 73 de la LCon (art. 71.5 LCon). La norma quiere evitar tanto que la rescindibilidad de los actos propios de la actividad empresarial agrave o acelere la crisis de la empresa al incorporar en sus relaciones con proveedores y clientes un importante elemento de inseguridad, y, al tiempo, asegurar la continuidad en las mejores condiciones posibles de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Debe añadirse que, como por definición los actos «ordinarios» celebrados en «condiciones normales» no pueden ser perjudiciales para la masa activa, es imposible no preguntarse si acaso la norma es innecesaria puesto que, de todos modos, en tales casos, no pudiendo probarse el perjuicio, no procedería la rescisión. A la vista de los cuatro primeros apartados del artículo 71 de la LCon, la norma no es innecesaria, pero su virtualidad se limita, lo que no es poco, a evitar el juego de las presunciones *iuris et de iure* de perjuicio patrimonial

⁵⁸ En el mismo sentido, JIMÉNEZ SAVURIDO, C., ob. cit., pág. 165.

⁵⁹ Por eso SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., GÓMEZ GIL, M.A., MÁRQUEZ CARRASCO, R. y GÓMEZ LUCAS, M.A., ob. cit., págs. 154-156 y BEREÇIBAR MUTIOZÁBAL, J.R., PRIOR GARCÍA, I. y FERNÁNDEZ DE RETAMA GOROSTIGOIZA, D., *Comentarios a la nueva Ley Concursal*, cit., pág. 122, consideran que las rehabilitaciones son mecanismos para facilitar, impulsar y proteger la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. En el mismo sentido, pero implícitamente, PINTÓ RUIZ, J.J., «Incidencia de la Ley Concursal en la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas», *RDM*, 252, 2004, págs. 651 y ss., y allí págs. 659-674. Para MARCO ARCALÁ, L.A., «La rehabilitación de créditos y de contratos en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. III, cit., págs. 2.871 y ss., y allí págs. 2.879 y 2.880, el interés general más directamente relacionado con la rehabilitación es el de continuidad de la empresa, y, por ello, tal continuidad es la finalidad esencial perseguida por el legislador con esta institución, si el deudor es empresario.

contenidas en el artículo 71.2 de la LCon y a exonerar al deudor y al contratante *in bonis* de la carga de la prueba en contrario del perjuicio en los supuestos en que este se presume *iuris tantum* conforme al artículo 71.3 de la LCon ⁶⁰.

- M. Sobre los bienes necesarios para la continuidad de la actividad no puede en ningún caso continuarse una ejecución que ya se hubiera iniciado antes de la declaración de concurso (arts. 55.1 *in fine* y 56.2 *in fine*), porque, siendo necesarios, si fueran objeto de remate la actividad habría de interrumpirse.
- N. Los artículos 56.3 y 155.2 de la LCon permiten evitar la ejecución de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor mediante su rehabilitación durante el plazo en el que las correspondientes acciones de ejecución están paralizadas o suspendidas, pagando los plazos vencidos y atendiendo los sucesivos con cargo a la masa, lo que asegura la aplicación de los bienes afectados a la actividad profesional o empresarial del deudor facilitando su continuidad ⁶¹.

3.3. Consideración especial de la ejecución de garantías reales en relación con el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Entre las normas que podrían representar la presencia del principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor en la LCon están las que establecen un régimen especial para las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a dicha actividad en el artículo 56 de la LCon.

Este régimen especial aparentemente procura el mantenimiento de los bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor dentro de la masa activa del concurso en beneficio de la continuidad de la propia actividad ⁶². Pero, a nuestro juicio, la simple aplicación del régimen general

⁶⁰ En equivalente sentido, *vid.* MASSAGUER, J., «Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, cit., págs. 4.210 y ss., y allí págs. 4.226 y 4.227.

⁶¹ Cfr., con relación al artículo 155.2 de la LCon, BERECÍBAR MUTIOZÁBAL, J.R., PRIOR GARCÍA, I. y FERNÁNDEZ DE RETAMA GOROSTIGOIZA, D., *Comentarios a la nueva Ley Concursal*, cit., pág. 102.

⁶² Se trata de mantener dentro de la masa activa todos los bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, así que la finalidad es, en primer lugar, conseguir la continuidad de dicha actividad (JIMÉNEZ SAVURIDO, C., *ob. cit.*, pág. 195). «[...] [E]s una forma de proteger la continuidad [...] de la actividad del concursado, evitando que la pérdida de un bien concreto [...] pueda frustrar la posible continuidad de la actividad empresarial» [ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., pág. 613]. En el mismo sentido, CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pág. 515, considera que el artículo 56 de la LCon es un «corolario del artículo 44». Por su parte, SALINAS ADELANTADO, C., «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, cit., págs. 3.861 y ss., y allí págs. 3.875-3.876, advierte que la continuidad no es la única finalidad de las previsiones de la LCon sobre la ejecución de garantías reales: también persigue facilitar la liquidación de la empresa en bloque, preparar la aplicación del artículo 149.1.1.^a de la LCon.

asegura con mayor intensidad ese objetivo, así que, acaso, el régimen especial, no se ajusta adecuadamente al principio que nos ocupa.

Detengámonos en esta cuestión.

Una vez declarado el concurso contra los bienes que componen el patrimonio del deudor no pueden iniciarse ejecuciones singulares de ningún tipo: ni judiciales ni extrajudiciales, ni apremios administrativos o tributarios (art. 55.1.I LCon).

Quedan, pues, paralizadas las acciones de carácter ejecutivo. La parálisis comienza en la declaración de concurso y, ante la falta de previsión legal expresa para este específico aspecto, debe entenderse que se extiende hasta la aprobación de un convenio (porque dicha aprobación hace cesar los efectos del concurso sustituyéndolos por los previstos en el propio convenio: art. 133.2 LCon), o hasta la conclusión del concurso en otro caso, pues los efectos del concurso se extienden a la fase de liquidación, o se reponen en esta fase si se abriera tras la aprobación de un convenio que los hizo desaparecer (arts. 145, 146 y 147 LCon).

Igualmente, desde la declaración de concurso y durante idéntico período quedan suspendidas las ejecuciones ya iniciadas en aquel momento, que no podrán continuarse (art. 55.2 LCon), con la excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en los que antes de la declaración de concurso se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que, en ese mismo momento, ya se hubieran embargado bienes, y, en ambos casos, como ya hemos indicado, siempre que los bienes objeto de embargo no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1, párrafo 2.º LCon).

Este es el régimen general previsto para las ejecuciones singulares: parálisis de las correspondientes acciones y suspensión de las que ya estuvieran en tramitación, con la única excepción señalada. Y dichas parálisis y suspensión se extienden hasta la aprobación judicial de un convenio o, en su defecto, hasta la conclusión del procedimiento.

De tal régimen general, sin embargo, la ley exceptúa las ejecuciones de garantías reales (art. 55.4 LCon). Pero no quedan exceptuadas todas las ejecuciones de garantías reales, sino, conforme al tenor del artículo 55.4 de la LCon, solo las que sean objeto de normas especiales en la propia LCon⁶³, y estas son únicamente las ejecuciones de garantías reales *sobre bienes afectos a la acti-*

⁶³ Del tenor literal del apartado 4 del artículo 55 de la LCon («Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real») se infiere sin dificultad que no se excluyen todas las ejecuciones de garantías reales de las previsiones generales sobre ejecuciones que contiene ese precepto, sino solo y exclusivamente aquellas ejecuciones de garantías reales que, a su vez, son objeto de previsión legal especial y expresa (en el art. 56). Esta observación resulta de esencial importancia argumental para la posición que se mantiene a continuación en el texto.

vidad profesional o empresarial del deudor⁶⁴: así lo establece el apartado 1 del artículo 56 de la LCon, al que se remite el apartado 2 del mismo precepto⁶⁵.

En relación con tales ejecuciones, y solo en relación con ellas⁶⁶, la LCon diseña un régimen especial en su artículo 56, conforme al cual no pueden iniciarse ni proseguirse si ya estaban en tramitación; pero, a diferencia de lo que sucede para el resto de ejecuciones, la parálisis y la suspensión de la ejecución de las de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor tiene un carácter más interino, destacándose su índole temporal, y solo se extiende hasta la aprobación judicial de un convenio que no afecte a las garantías (lo que es fácil dado el carácter de privilegiados especiales de los créditos en cuestión) o, en su defecto, hasta que transcurra un año sin que se haya abierto la fase de liquidación (art. 56.1.I y 2 LCon).

⁶⁴ Tales «bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor» son aquellos destinados por el titular de la organización a la explotación, de modo permanente y que satisfacen necesidades de la industria, por lo que no lo son los que no pueden (carecen de aptitud funcional para) generar la actividad productiva: joyas, obras de arte (salvo, en ambos casos, que sean mercaderías), dinero, saldos de cuentas bancarias, rentas, intereses y frutos, etc., ni tampoco los que han sido separados de la actividad (por su desafección, v. gr. entregándolos en prenda, etc.). Cfr. CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pág. 456, para quien si la actividad profesional o empresarial del deudor cesa, desaparece también la afección de los bienes y con ella la posibilidad de aplicar el régimen especial del artículo 56 de la LCon (*ibid.*, pág. 457).

En todo caso, es pacífico que los llamados «bienes afectos» no son los «necesarios para la continuidad de la actividad». Estos son «afectos», pero los «afectos» no son siempre «necesarios». Estos constituyen un subconjunto más restringido dentro de los afectos y, legalmente, cumplen una función más restringida también en el sistema legal: todos los «afectos» determinan la aplicación del régimen especial previsto para las ejecuciones de garantías reales en el artículo 56, pero solo los «necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» determinan la improcedencia de la prosecución de las ejecuciones de garantías reales ya iniciadas al tiempo de la declaración de concurso que, en ese momento, ya tuvieran publicados los anuncios de subasta, como establece el último inciso del artículo 56.2 de la LCon. Cfr. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., pág. 615; HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, cit., pág. 330; SALINAS ADELANTADO, C., ob. cit., pág. 3.875. Para mayor precisión en cuanto a la diferencia entre bienes simplemente «afectos a la actividad» y bienes «necesarios para la continuidad de la actividad», vid. CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pág. 455, y nota 9.

⁶⁵ Puesto que el régimen especial no tiene por objeto a todas las ejecuciones de garantías reales, resulta incorrecta la afirmación de la Exposición de Motivos de la LCon (III) que predica el tratamiento legal especial de «las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado» [todas].

⁶⁶ Sin embargo, el régimen especial es también aplicable a situaciones contractuales que la LCon asimila (también, v. gr., al establecer los privilegios especiales: vid. art. 90.1.4.º LCon) a las garantías reales (sin duda entendiendo el concepto de garantía en sentido amplio, y tales situaciones como instrumentos contractuales que utilizan «la propiedad como garantía», como observa SALINAS ADELANTADO, C., ob. cit., pág. 3.875, aunque frente a las pretensiones ejecutivas propias de las garantías reales, tienen pretensiones reivindicatorias o resolutorias del título de transmisión): durante el mismo período de parálisis o suspensión de las acciones de ejecución de garantías reales, tampoco podrán ejercitarse las tendencias a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles o los bienes cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el mismo Registro, ni las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad, siempre que, igualmente, estos bienes arrendados o vendidos se hallen afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad (art. 56.1, párrafo 2.º LCon), de modo que si dichos bienes carecieran de esta afección, las referidas acciones se registrarían por las reglas generales.

Como en el régimen general también en el especial hay excepciones. Dos de tales excepciones se hallan en el mismo artículo 56 de la LCon. La primera permite que puedan continuar las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor que a la fecha de declaración de concurso se hubieran iniciado estando ya publicados los anuncios de subasta; salvo, como también ocurría en el régimen general, que los bienes afectados fueran necesarios para la continuidad de aquella actividad⁶⁷, en cuyo caso la ejecución queda suspendida (art. 56.2 *in fine* LCon). La segunda permite la ejecución separada, sin parálisis ni suspensión, de las ejecuciones de garantías reales «cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de esta» (art. 56.4 LCon), cualquiera que sea la afección funcional de dicho bien⁶⁸.

Las otras excepciones al sistema especial previsto en el artículo 56 de la LCon para la ejecución de garantías reales se encuentran ubicadas en otros preceptos de la LCon. Se trata de las garantías que recaen sobre buques y aeronaves, que pueden ejecutarse separadamente (art. 76.3 LCon); y de los supuestos de incumplimiento de la obligación asumida (al amparo de los arts. 155.2 y 56.3 LCon) por la administración concursal y con cargo a la masa de satisfacer las cuotas o plazos de amortización y de intereses de los créditos con garantía real para evitar su ejecución, en los que la garantía puede ejecutarse aunque no haya llegado el fin del plazo de parálisis o de suspensión establecido en el artículo 56.1 y 2 de la LCon (art. 155.2 *in fine* LCon).

En suma, el régimen especial de parálisis y suspensión temporal previsto en el artículo 56 de la LCon se aplica a las ejecuciones de garantías reales que, además, recaigan, precisa y exclusivamente⁶⁹, sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado. Quedan fuera, pues, del régimen especial las ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes carentes de aquella afección. Como el artículo 55.4 de la LCon no excepciona de la aplicación de las reglas generales sobre ejecuciones en el concurso a todas las de garantías reales, sino solo a las que sean objeto de específica regulación en la misma LCon⁷⁰, y estas son exclusivamente las que recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, las ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor solo pueden quedar sometidas a las reglas generales, lo que significa su parálisis o suspensión sin gozar de la temporalidad propia y reservada al régimen especial, del que están excluidas.

⁶⁷ *Vid. supra* nota 64.

⁶⁸ Como nos recuerda CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pág. 444, conforme al artículo 662 de la LEC (pero también con arreglo a los arts. 126, 127 y 134 LH), debe considerarse «tercer poseedor» el concursado que adquirió un bien embargado antes de su ejecución y después de haberse anotado el embargo o de consignarse registralmente el procedimiento de apremio. No es, pues, el «tercer hipotecario» del artículo 34 de la LH, sino el adquirente de dominio que no se subroga en la obligación garantizada con la hipoteca y que únicamente soporta el gravamen en su aspecto pasivo: cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 456-457, también citado por SALINAS ADELANTADO, C., *ob. cit.*, pág. 3.877, donde añade que también ha de considerarse «tercer poseedor» al concursado que constituye la garantía sobre bienes propios para asegurar deudas ajenas, advirtiendo de la necesidad de permitir en tal caso la libre y separada ejecución de la garantía, entre otras cosas porque el acreedor no estará integrado en la masa pasiva.

⁶⁹ *Vid. supra* nota 66.

⁷⁰ *Vid. supra* nota 63.

La consecuencia de este doble sistema, especial para las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y general para las demás ejecuciones, sean o no de garantías reales, es que los bienes pertenecientes o afectos a la actividad del deudor sobre los cuales penda ejecución por ser objeto de garantía real están menos protegidos en cuanto a su permanencia en la masa activa que los demás sobre los que, igualmente, penda ejecución.

Adviértase qué distinta solución reciben situaciones similares sin más diferencia que los bienes que constituyen su objeto.

SUPUESTO 1A: Ejecución de garantía real sobre un bien afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor (*v. gr.*, una nave industrial donde se lleva a cabo la fabricación), habiendo transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación.

CONSECUENCIA: el acreedor puede iniciar la ejecución o reanudarla si ya estuviera en tramitación a la declaración de concurso (art. 56.1 y 2 LCon).

SUPUESTO 1B: Ejecución de garantía real sobre un bien NO afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor (*v. gr.*, una finca de uso estrictamente personal o familiar), habiendo transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación.

CONSECUENCIA: La acción de ejecución está paralizada por lo que no puede plantearse o suspendida su tramitación si ya se hubiera iniciado con anterioridad a la declaración de concurso. Permanecerá así hasta la conclusión del procedimiento concursal, salvo que antes se apruebe judicialmente un convenio (art. 55.1 y 2 LCon).

SUPUESTO 2A: Ejecución de garantía real sobre un bien afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor (*v. gr.*, una nave industrial donde se lleva a cabo la fabricación), que NO sea necesario para la continuidad de la actividad, cuando ya estuviera iniciada la ejecución y publicados los anuncios de la subasta al declararse el concurso.

CONSECUENCIA: El procedimiento de ejecución puede continuar (art. 56.2 LCon).

SUPUESTO 2B: Ejecución de garantía real sobre un bien NO afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor (*v. gr.*, una finca de uso estrictamente personal o familiar) [por definición no estando afecto a la actividad NO es tampoco necesario para su continuidad], cuando ya estuviera iniciada la ejecución y publicados los anuncios de la subasta al declararse el concurso.

CONSECUENCIA: La tramitación de la ejecución está suspendida y no puede continuarse y así permanecerá hasta la conclusión del procedimiento concursal, salvo que antes se apruebe judicialmente un convenio, pues solo podrían continuar ciertos procedimientos administrativos de ejecución y ciertas ejecuciones laborales pero ninguna ejecución de garantías reales (art. 55.1-II y 2 LCon).

Como puede verse la LCon no ofrece en su regulación de las ejecuciones de garantías reales la protección más intensa posible al principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El régimen general previsto para las ejecuciones singulares asegura mejor la permanencia de los bienes en la masa activa y, por tanto, su disponibilidad para el ejercicio profesional o empresarial.

Seguramente podrá decirse que el más permisivo régimen con el ejercicio de ejecuciones singulares durante el procedimiento concursal que la LCon establece para las de garantías reales persigue reconocer el enorme valor que para el mercado del crédito tienen las garantías reales, cuya propia naturaleza y función han de respetarse también durante el concurso. Esto es lo que advierte la Exposición de Motivos (III) LCon. Pero entonces ¿por qué no se incluyen en el régimen especial todas las garantías reales, sino solo algunas, abandonándose las demás al régimen general de las ejecuciones singulares durante el concurso?

La respuesta a esta pregunta nos ofrece, además, una explicación de las paradójicas consecuencias de la regulación descrita.

Y tal respuesta está en la tramitación parlamentaria:

El Proyecto de Ley Concursal ⁷¹ regulaba la ejecución de garantías reales, que nos ocupa, en el artículo 55. En tal precepto se recogía lo que hoy constituye el contenido del artículo 56 de la LCon ⁷² y además un último apartado (5) que establecía: «Las acciones tendentes a la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado distintos de los señalados en el apartado 2 [se refería en realidad al apartado 1] se substanciarán hasta que tenga lugar la realización de los bienes, suspendiéndose la tramitación posterior en los términos y durante el plazo previsto en el apartado 1».

Es decir, que el Proyecto establecía un régimen diferente del general aplicable a las ejecuciones singulares para las que lo fueran de garantías reales, para todas ellas ⁷³. En tal régimen las ejecuciones singulares que no fueran de garantías reales quedan paralizadas o suspendidas, mientras las de garantías reales podían iniciarse y continuarse durante el concurso, con excepción de las que afectaran a bienes integrados en la actividad profesional o empresarial del deudor, que sufrían una parálisis o suspensión temporal de menor duración, en principio, que la que afectaba al resto de las ejecuciones.

Este sistema es coherente y armónico, y responde adecuadamente, a la vez, a la naturaleza y función de las garantías reales y al principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

⁷¹ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 101-1, de 23 de julio de 2002.

⁷² Con la diferencia de que en vez de referirse a las ejecuciones de garantías reales sobre «bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad» (art. 56.1 LCon), se refería a las que recaían sobre «bienes del concursado afectos al tráfico empresarial o comercial, a las actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, los que estén afectos al proceso productivo», con manifiesta mayor precisión.

⁷³ La incorrección de la Exposición de Motivos de la LCon puesta de manifiesto *supra* en la nota 65, se explica en que el pasaje corresponde no al texto de la Ley sino al del Proyecto y no ha sido modificado con este.

Pero el apartado 5 del artículo 55 del PLCon fue enmendado. En el Congreso de los Diputados las enmiendas 283 (Grupo Socialista) ⁷⁴ y 481 (Grupo Parlamentario Catalán) ⁷⁵ propusieron su supresión. Realmente ninguna de las dos pretendía conscientemente la supresión total del precepto. Basta leer su motivación, coincidente en ambas: con razón se advertía que «una vez que ha tenido lugar la realización de los bienes, carece de sentido que se suspenda la tramitación posterior. Después de la realización, tan solo queda por efectuar el pago entregando a la masa activa el sobrante y entregando también al mejor postor el bien adjudicado. Se produciría una profunda perturbación en el vigente sistema de ejecuciones si una persona, a la que se ha adjudicado un bien en pública subasta, no puede entrar en posesión inmediata de dicho bien».

Sin embargo, las enmiendas de supresión fueron aceptadas tal cual fueron formuladas en la Ponencia, y en el Informe de la Ponencia ⁷⁶ el apartado 5 del artículo 55 aparece con la mención «suprimido». El texto del ya artículo 56 en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados ⁷⁷ ya es idéntico al vigente.

Aunque solo se trataba, en realidad, de suprimir el último inciso del apartado 5. Con eso se hubiera satisfecho la motivación de los enmendantes. Si así se hubiera hecho, las ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor no hubieran quedado paralizadas por la declaración de concurso, pudiéndose iniciar o continuar tras dicha declaración. Y todo el sistema gozaría de una congruencia de la que ahora carece, puesto que la tramitación parlamentaria ha convertido en regla suavizadora (el art. 56.1 y 2 LCon) del régimen general para las ejecuciones (el art. 55 LCon) para ciertas ejecuciones de garantías reales, lo que no era en el Proyecto más que una limitación o restricción de la regla general (contenida en el precepto proyectado suprimido) sobre ejecuciones de garantías reales.

Se trata, sin duda, de un magnífico ejemplo de que, como se ha dicho «no siempre la tramitación parlamentaria ha contribuido a mejorar el texto» ⁷⁸.

La interpretación que se defiende, y que se estima que constituye la posición más ajustada a las previsiones legales, se apoya, sustancialmente, por tanto, en las disposiciones contenidas en los apartados 4 del artículo 55 y 1 y 2 del artículo 56 de la LCon, de las que se deduce directamente que no hay tres regímenes reguladores de las ejecuciones: uno general (parálisis o suspensión: art. 55 LCon) y dos específicos para la ejecución de garantías reales según estas recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor (parálisis o suspensión temporal: art. 56 LCon), o sobre bienes carentes de dicha afectación, porque no solo no existe previsión alguna para las últimas, sino

⁷⁴ *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 101-15, de 2 de diciembre de 2002, pág. 200.

⁷⁵ *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 101-15, de 2 de diciembre de 2002, pág. 277.

⁷⁶ *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 101-17, de 24 de marzo de 2003.

⁷⁷ *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 101-22, de 11 de abril de 2003.

⁷⁸ Cfr. A. DÍAZ MORENO, «Concurso y garantías personales. De la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, 2, 2004, págs. 21-41, y allí, pág. 24, nota 2.

que, por el contrario, el artículo 55.4 de la LCon determina clara e indubitadamente, su sujeción al régimen general, de donde solo existen dos sistemas legales para las ejecuciones en el procedimiento concursal, el general del artículo 55 de la LCon (al que se someten todas las ejecuciones que no lo sean de garantías reales y también estas cuando recaen sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado) y el especial del artículo 56 de la LCon (al que corresponden las ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado). Esta tesis se abona con las normas contenidas en los artículos 57 de la LCon⁷⁹ y 568 de la LEC⁸⁰ y 127 LH⁸¹. Y, a mayor abundamiento, cuenta a su favor con el argumento derivado del análisis de los antecedentes: si el régimen de libre inicio o prosecución de la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor estaba previsto en el Proyecto de Ley y se suprime en su tramitación, es evidente que el legislador ha optado explícitamente por eliminar aquel régimen. No se trata de un olvido sino de una opción expresa y clara, que, por supuesto, no consiente la reintroducción del régimen suprimido por la vía de la interpretación.

A pesar de la batería argumental que puede esgrimirse, lo cierto es que la tesis que aquí se mantiene es hoy absolutamente minoritaria⁸². La doctrina opina que si la garantía real recae sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, su ejecución no se paraliza ni se suspende en ningún caso⁸³, porque no siéndole de aplicación el régimen especial, puede ser ejecutada

⁷⁹ Este precepto regula el ejercicio de las acciones de ejecución de garantías reales cuyo inicio o reanudación proceda con arreglo al anterior artículo 56, es decir, las de garantías sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor. Si las demás garantías reales pueden iniciarse o proseguirse una vez declarado el concurso (como defiende mayoritariamente la doctrina, tal y como se indica seguidamente), ¿qué trámite habrá de darse a tales acciones y ante qué órgano? No hay previsión alguna en la LCon al respecto, lo que demuestra que estas garantías se sujetan a la regla general de la parálisis o suspensión de las ejecuciones. Desde la posición mayoritaria, partiendo de la libre ejecución separada de las garantías reales sobre bienes carentes de aquella afectación, se dirá que se aplican los mismos trámite y jurisdicción previstos en el artículo 57 (SÁNCHEZ-RUS, H. y SÁNCHEZ-RUS, A., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, Civitas, Madrid, 2004, pág. 1.073], o, con un alto grado de imprecisión, «el régimen legal ordinario sin quedar afectada por la declaración de concurso» [ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., págs. 613-614] «con normalidad, con arreglo a las disposiciones que les sean de aplicación» (VILLORIA RIVERA, I., «Las garantías reales en la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2, 2005, págs. 225-233, y allí, pág. 229). Desde luego no podemos compartir ninguno de estos enfoques.

⁸⁰ Primero derogado (disp. derog. única.3.11.º) y luego redactado de nuevo (disp. final tercera.7) por la LCon para disponer tajantemente que las ejecuciones de garantías hipotecarias y pignoraticias sobre bienes de un deudor declarado en concurso se rigen (todas y sin excepciones) por la LCon, por lo que no deja espacio para un tercer régimen (coexistente con el del art. 55 LCon y con el del art. 56 LCon) que consintiera, como pretende la doctrina mayoritaria, la libre y separada ejecución de las garantías reales que recaigan sobre bienes distintos de los que estén afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor. Y con el mismo significado ha de entenderse la modificación del artículo 98 de la LEC que decreta la disposición final tercera.3 de la LCon.

⁸¹ La modificación del artículo 127-VII de la LH operada por la disposición final séptima de la LCon ha de interpretarse, a nuestros efectos, como un reforzamiento de la línea argumental que se mantiene, por las mismas razones expresadas en la nota anterior con relación al artículo 568 de la LEC.

⁸² Solo comparte el planteamiento que se defiende, OLAVARIA TÉLLEZ, A., «Créditos con garantía real», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, cit., págs. 3.797 y ss., y allí págs. 3.811 y 3.812.

⁸³ CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pág. 454.

de forma independiente al procedimiento concursal y sin límite temporal alguno ⁸⁴. Y ello sin más apoyo argumental ⁸⁵, o con el apoyo de una pretendida interpretación *a contrario sensu* del artículo 56 de la LCon ⁸⁶, que olvida que esta disposición no contiene una regla que exceptúa a ciertas garantías reales de una pretendida regla general según la cual en principio la ejecución de las garantías reales no se paraliza ni suspende, sino una regla que excepciona, para suavizarlo, del régimen general previsto para las ejecuciones a las de garantías reales cuando recaen sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, por lo que la interpretación *a contrario sensu* conduce, cabalmente, en la dirección contraria: hacia la afirmación de la parálisis y suspensión indefinida de las ejecuciones de las garantías reales que no se incluyen en el supuesto del artículo 56 de la LCon hasta la aprobación judicial de un convenio o, en su defecto, hasta el fin del procedimiento concursal. O, a lo más, se añaden algunos razonamientos adicionales en apoyo de las tesis mantenidas que tampoco son compartibles ⁸⁷. No faltan, naturalmente, quienes reconozcan, al menos, el carácter problemático de la cuestión ⁸⁸.

⁸⁴ ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», en QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 289 y ss., y allí págs. 297-298.

⁸⁵ Sin apoyo argumental: *vid.* ASENCIO MELLADO, J.M., «Artículo 56», en GALLEGO SÁNCHEZ, E. (coord.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, vol. I, La Ley, Madrid, 2005, págs. 678 y ss., y allí pág. 67; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en SAGRERA TIZÓN, J.M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., págs. 613-614; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en SALA REIXACHS, A., MERCADAL VIDAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal...*, cit., pág. 311; y VILLORIA RIVERA, I., «Las garantías reales en la Ley Concursal», cit., pág. 229.

⁸⁶ Aduciéndose como inicial (y errónea) premisa que este precepto establece cuándo no cabe la ejecución separada, y, por tanto, también, *a contrario*, cuándo cabe: en todos los supuestos de garantías reales que no incurrir en el supuesto de hecho del artículo 56 de la LCon. Así CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., págs. 449 (en nota 1) y 455-458; y LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «Los efectos de la declaración de concurso (Una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. II, cit., págs. 2.005 y ss., y allí págs. 2.029-2.030.

⁸⁷ *V. gr.* que la LCon ha regulado expresamente el régimen procedimental al que debe ajustarse el inicio o la reanudación de las actuaciones individuales en el artículo 57 (desconociéndose que tales previsiones solo son aplicables a los supuestos del art. 56, por así disponerlo expresamente en su apartado 1 el meritado art. 57 LCon; *vid. supra* nota 79); que la regla que sanciona que el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos a la garantía (art. 155.1 LCon), aclara que así sucede «ya sean objeto de ejecución separada o colectiva», cuestión que para nada implica que las ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor no queden paralizadas o suspendidas por la declaración de concurso del deudor, ni tampoco, por supuesto, que cuando se paralizan el acreedor pierde su derecho a cobrar, aunque es lo que parece desprenderse del argumento utilizado. Cfr. SÁNCHEZ-RUS, H. y SÁNCHEZ-RUS, A., en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, cit., pág. 1.043.

⁸⁸ MASCARELL NAVARRO, M.J., en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (coord.), *Concurso e Insolvencia punible*, cit., págs. 241-243, hace un planteamiento paralelo al que aquí se ha mantenido: la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales era la regla en el Proyecto, limitándose solo para las que recaen sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pero la tramitación parlamentaria suprimió tal regla del texto de la ley. Lo que resulta sorprendente es la conclusión a la que llega la autora tras su discurso: «entendemos que la iniciación o prosecución de los procesos o procedimientos de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado no afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad gozan del derecho de ejecución separada» (*ibid.*, pág. 243). Pero, seguramente, arrastrada por su línea de razonamiento, no puede por menos que reconocer «sin embargo», de un lado, que el artículo 55.5 del Proyecto de Ley Concursal no debería haber sido suprimido en su totalidad (afirmación que compartimos sin reservas), y, de otro, que hay «dudas» en la defensa de las tesis mayoritarias, además «aumentadas» tanto por la Exposición de Motivos de la LCon (que refiere en su apdo. III la paralización temporal –el régimen previsto en el art. 56 LCon– a todos los supuestos de ejecución de garantías reales sin distinciones ni excepciones), como por el propio tenor literal del artículo 55.4 de la LCon (*ibid.*, pág. 243).

Tras el análisis de las tesis y planteamientos de la doctrina, abrumadoramente contraria a la posición que aquí se ha defendido ⁸⁹, no se han identificado razones que puedan justificar un cambio de opinión, por lo que ratificamos la que se ha venido manteniendo.

Ello, sin embargo, no quiere decir, en absoluto, que se estime que las posiciones doctrinalmente mayoritarias son inadecuadas para la solución de los conflictos relativos a las garantías reales en el procedimiento concursal. Al contrario, tales tesis contienen seguramente la solución más proporcionada a los intereses en presencia y más ajustada a las necesidades del tráfico. Tal solución, que la ejecución de garantías reales de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor no quede paralizada ni suspendida por la declaración de concurso, es también la que quiso la Comisión General de Codificación y el Gobierno que presentó al Parlamento el Proyecto de Ley Concursal, pero, por más que resulte idónea y más coherente con el nuevo sistema concursal (como se ha indicado ⁹⁰), no es la solución legal.

Por eso, solo puede concluirse, en cuanto a la cuestión estudiada, la urgente necesidad de reponer, mediante la oportuna reforma legal, un apartado 5 en el artículo 56 de la LCon, en cuya virtud se permita expresamente que las acciones tendentes a la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado distintos de los señalados en el apartado 1 del mismo artículo 56 puedan sustanciarse sin parálisis ni suspensión alguna.

⁸⁹ Lo que, sin duda, ha arrastrado en la misma dirección la opinión de los jueces. Esta, de momento, parece ser que la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor concursado no ha de sufrir parálisis ni suspensión por causa de la declaración de concurso («Primer encuentro de jueces de la especialidad mercantil», Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, *Anuario de Derecho Concursal*, 7, 2006, págs. 229 y ss., y allí pág. 244).

⁹⁰ Entre otras cosas, el artículo 56 de la LCon aparecería como un precepto de articulación, sin paliativos, del principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, y no, por el contrario, como un elemento extraño en la articulación del principio.