



knowsquare .

PREPARADO POR: RAMÓN & CAJAL ABOGADOS

8 DE SEPTIEMBRE DE 2009

EXPERIENCIA PRÁCTICA TRAS LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

NOTA TÉCNICA

knowsquare .

Privado y Confidencial

Prohibida su Distribución sin Autorización Expresa del Autor

El 27 de marzo de 2009 se publicó el Real Decreto Ley 3/2009 a través del cual se reformaron algunos preceptos de la Ley Concursal. Dicha reforma, esperada por algunos y criticada por muchos otros, tenía como apartado más relevante el referido a los acuerdos de refinanciación y en particular, a la protección que dichos acuerdos recibirían siempre y cuando cumpliesen una serie de requisitos.

Pero además, el legislador introdujo la modificación del artículo 5.3 de la Ley Concursal que, si bien de inicio no produjo muchos comentarios, el paso del tiempo ha demostrado que en la práctica es muy utilizado por las compañías en situación crítica.

El artículo 5.3 de la Ley Concursal permite al deudor – siempre que se encuentre en insolvencia actual y lo comunique al Juzgado competente para su declaración de concurso – aplazar tres meses la solicitud de éste, tiempo durante el cual podrá negociar con sus acreedores una propuesta anticipada de convenio. Además, una vez finalizado el plazo de tres meses, dispondrá de un mes adicional para preparar el concurso y solicitar la declaración.

Con este incentivo al deudor se pretende impulsar la presentación de propuestas anticipadas de convenio que, en todo el ejercicio 2008, no superaron la decena y que son consideradas por una parte de la doctrina como una herramienta de gran utilidad para superar la crisis. En síntesis, la propuesta anticipada de convenio permite la agilización del procedimiento, siempre que la misma reciba las adhesiones necesarias de los acreedores, lo que redundará en beneficio de la compañía y de estos. Sin embargo, como a continuación veremos, en ocasiones las empresas en crisis no acuden a esta figura para alcanzar un convenio anticipado sino más bien para prolongar la agonía previa al concurso y, de paso, evitar la presentación de un concurso necesario por un acreedor.

A continuación analizamos las particularidades más significativas que este apartado de la reforma está suscitando en la práctica y que deben ser tenidas en cuenta tanto por la empresa en crisis como por los acreedores.

- Efectos sobre el concurso necesario: Si el deudor comunica el inicio de negociaciones respetando los requisitos del artículo 5.3 de la Ley Concursal, evita la solicitud de concurso necesario que habitualmente se promueve por acreedores no excesivamente relevantes y que no tienen su crédito garantizado. Dichos acreedores pretenden mediante dicha solicitud, que su crédito quede privilegiado en un porcentaje significativo (25%) y que el deudor pierda las facultades de administración de la compañía. De acuerdo con las estadísticas que periódicamente publica el Instituto Nacional de Estadística (INE), el número de concursos necesarios declarados es muy escaso; ello es debido a los exigentes requisitos que la Ley Concursal prevé para proceder a la declaración de éste tipo de concurso lo que ha conducido a que muchas solicitudes sean desestimadas.

Desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley Concursal a través del RD 3/2009, los concursos necesarios son aún más escasos toda vez que las empresas en dificultades, ante la amenaza de solicitud de un concurso necesario, prefieren no arriesgarse al sentido del pronunciamiento judicial que en su día se dicte y optan por comunicar el inicio de negociaciones y de este modo blindarse ante los ataques de los acreedores.

El artículo 15.3 de la Ley Concursal dispone al efecto: “(...) para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta la solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.”

Una vez transcurridos los plazos establecidos legalmente, el deudor habrá de presentar el concurso voluntario de acreedores con o sin propuesta anticipada de convenio -que siempre podrá presentarse hasta que expire el plazo para comunicar créditos. Es evidente que si el deudor no solicita el concurso voluntario, el Juzgado no está facultado para requerir su presentación, pero asumirá el riesgo notable de que otro acreedor inste el concurso necesario con más fundamento legal, sin duda, que si no hubiera existido ese periodo de negociación.

- Efectos sobre las ejecuciones iniciadas o de inminente inicio: Ni el Artículo 5.3 de la Ley Concursal, ni ningún otro de los modificados a través del Real Decreto Ley 3/2009 dispone nada sobre las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni sobre los apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Ello conduce a que la comunicación de inicio de negociaciones no afecte ni perjudique a aquellos acreedores que tengan su crédito garantizado y que hayan iniciado la ejecución del mismo o se dispongan a hacerlo en un futuro inmediato. Esta cuestión influye sensiblemente a la pretendida finalidad del repetido artículo 5.3 por cuanto que si lo que el legislador pretende es que el deudor solicite el concurso y acompañe al mismo una propuesta anticipada de convenio de acreedores, dicho convenio no será fácil de negociar si los acreedores con crédito garantizado – que suelen ser los más relevantes – pueden continuar las ejecuciones iniciadas y, con ello, hacer que determinados bienes de la compañía en crisis queden al margen de la masa activa del concurso.

- Respecto al requisito de la insolvencia actual: Tras la publicación de la reforma surgió el debate doctrinal sobre la necesidad o no de acreditar dicho estado de insolvencia y el modo de hacerlo. Si bien la corriente mayoritaria considera que no es preciso acreditar dicho estado de insolvencia, ya que eso queda diferido al momento en el que se solicite el concurso voluntario, no hay razón para considerar que esa prueba de la insolvencia resulte superflua. En este sentido, consideramos que tanto para el Juzgado de lo Mercantil, que conocerá desde un comienzo la situación exacta de la sociedad, como para la propia sociedad, cuando llegue el momento de analizar la correcta actuación o no de los administradores, es positivo incorporar junto con la comunicación de inicio de negociaciones un balance de situación que pruebe el estado de insolvencia. Si el deudor opta por no acompañar ningún documento, de acuerdo con el RD 3/2009, la comunicación se tendrá igualmente por realizada.

- Tramitación procesal de la comunicación: El artículo 5.3 LC no regula la forma que habrá de revestir dicha comunicación de inicio de negociaciones con acreedores, y tampoco la documentación que habrá de acompañarse. Nuestra experiencia desde la entrada en vigor de la reforma, así como la revisión de alguna de las resoluciones dictadas hasta la fecha, nos lleva a que entendamos recomendable preparar un escrito completo de comunicación firmado por procurador y letrado. A dicho escrito, habrá de acompañarse un poder en el que, ad cautelam, deberá contenerse la facultad especial para intervenir en concursos de acreedores, y como hemos indicado anteriormente, un balance de situación a una fecha próxima al escrito.

Una vez presentado el escrito, y repartido al Juzgado que corresponda, el mismo quedará registrado (bien como Diligencias preliminares o bien como concurso, según el Juzgado del que se trate) y el Juzgado Mercantil dictará un Auto en el que tendrá por efectuada la comunicación sobre inicio de negociaciones con acreedores; dará inicio al cómputo de tres meses para negociar y para presentar el concurso (un mes adicional) y, por último, dispondrá que si existen solicitudes de concurso necesario, las mismas no serán tramitadas en espera de que el comunicante solicite el concurso en los plazos previstos.

- Un dato importante que debe tenerse en cuenta por el deudor que se disponga a comunicar el inicio de negociaciones es que, por el hecho de hacerlo, no queda eximido de las consecuencias negativas que tendría el haber realizado la comunicación una vez transcurridos más de dos meses desde que conoció o pudo conocer su estado de insolvencia. En este sentido, el Auto que en su caso dicte el Juzgado Mercantil teniendo por comunicado el inicio de negociaciones, en modo alguno prejuzgará que el deudor haya cumplido con la obligación que le impone la Ley Concursal respecto al plazo de dos meses. Tal cuestión quedaría sometida a la pieza de calificación que, en su caso, se tramitase en el propio concurso. En el mismo sentido, quedaría para entonces el análisis de la realidad de las negociaciones efectivamente llevadas a cabo por el deudor con sus acreedores.

En conclusión, la novedad introducida por el legislador a través del Real Decreto Ley 3/2009, si bien es positiva por cuanto que incentiva la presentación de una propuesta anticipada de convenio que debe servir para agilizar el concurso de acreedores, en la práctica su utilización viene motivada, más que por la decisiva voluntad de negociar, para utilizarla como escudo temporal en evitación de que un acreedor inste un concurso necesario.

Ramón & Cajal Abogados