

COMUNICACIÓN PREVIA A LA SOLICITUD DE CONCURSO VOLUNTARIO: REQUISITOS

JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

Palabras clave: concurso, comunicación previa, requisitos y efectos, insolvencia inminente.

ENUNCIADO

Don Juan es avalista personal de la entidad «AAA», y una gran parte de sus derechos de crédito están sujetos a los concursos ya declarados de otras dos entidades «BBB» y «CCC» lo que puede impedir hacer frente a las elevadas responsabilidades que como garante personal van a surgir si no se satisface los créditos concurrentes contra la avalada. Por el procurador don «XXX», en nombre y representación de don Juan, se formuló ante el Juzgado de lo Mercantil y con fecha 27 de abril de 2009 comunicación de haber iniciado negociaciones con los acreedores a los efectos previstos en el artículo 5.º 3 de la Ley Concursal (LC), en su redacción dada por el reciente Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.

El documento presentado consta de dos folios en los que se manifiestan lisa y llanamente las negociaciones que se han iniciado y los términos básicos de la negociación. Informar sobre la admisibilidad o no de esta comunicación a la luz de la reforma concursal citada.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. La comunicación previa del artículo 5.º 3 de la LC: requisitos y efectos.
2. Insolvencia inminente en relación con la comunicación previa a la solicitud de la declaración de concurso voluntario.

SOLUCIÓN

1. Según el artículo 5.º 3 de la LC, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en vigor desde el 1 de abril de 2009, no es exigible al deudor que se encuentra en estado de insolvencia actual el deber de solicitar la declaración de concurso conforme al mismo artículo 5.º si ha iniciado negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, siempre que, dentro del plazo previsto en el artículo 5.º 1, es decir, los dos meses siguientes a haber conocido o debido conocer su estado de insolvencia, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para conocer de su declaración de concurso. Hecha esta comunicación, se abre un periodo de tres meses, transcurridos los cuales, se haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada, el deudor tendrá un plazo de un mes para cumplir con su obligación de instar la declaración de concurso voluntario. De esta forma, y según los artículos 15.3 y 22.1 de la LC, si el deudor presenta la solicitud en ese plazo, deberá tramitarse con concurso voluntario, tomando como fecha no la propia de dicho escrito, sino la fecha de la comunicación previa; si se accediere a la declaración del concurso voluntario, las demás solicitudes que hayan podido presentarse, tanto previa como posteriormente, se unirán a los autos, teniendo a los solicitantes como comparecidos. En consecuencia, las solicitudes posteriores a la comunicación previa solo se proveerán cuando el plazo de un mes haya transcurrido por completo y el deudor no haya instado su declaración en concurso.

La comunicación previa, en definitiva, produce dos efectos importantes: de un lado, modula el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo, lo que resulta muy relevante ante una eventual apertura posterior de la sección de calificación y la consideración del concurso como culpable por concurso extemporáneo, según el artículo 165.1.º de la LC; de otro, conduce a la declaración del concurso como voluntario desde la misma comunicación previa a pesar de que posteriormente se presenten otras solicitudes de personas legitimadas, siempre que la solicitud del deudor se presente en el plazo de un mes al que alude el artículo 5.º 3. Se trata, pues, de efectos muy relevantes en el contexto del concurso que habrá de venir y de evidente incidencia para los acreedores que lleguen a concurrir.

Para que estos efectos se produzcan es necesario, por tanto, que se den tres requisitos: el primero, que se acredite el estado de insolvencia actual del comunicante; el segundo, que se acredite el inicio de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; el tercero, que no conste que el solicitante se encuentra incurso en alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 105 de la LC, pues de lo contrario, le estará vedada la presentación de la propuesta anticipada, sin perjuicio de que, presentada esta en su caso junto a la solicitud de concurso voluntario, resultara finalmente inadmitida si se incurriera en alguna de esas prohibiciones. Deben concurrir los tres requisitos, pues faltando alguno de ellos, deviene inadmisibles la comunicación previa.

Cabría pensar, también, que es preciso presentar la propuesta anticipada concreta destinada a las adhesiones. Sin embargo, este requisito no aparece amparado por la letra del precepto, que emplea el artículo indeterminado «una» (propuesta anticipada de convenio) en vez del determinado «la» (propuesta anticipada de convenio): parece que en la mente del legislador no está presente la exigencia

de una propuesta concreta en el momento de esta comunicación previa, que por lo demás tenderá a modificarse durante esos tres meses en lo que se ha dado en llamar escudo protector, tratando con ello de lograr efectivamente las adhesiones necesarias de cara a los artículos 104 y 106.2 de la LC. De lo contrario, una tesis demasiado rígida produciría el efecto de que la comunicación previa se admitió a trámite en relación a una propuesta diferente de la posteriormente dotada de suficientes adhesiones, que será la que el juez tramite.

2. En el presente caso, y atendiendo a la doctrina y requisitos citados, no se puede entender suficientemente justificado el estado de insolvencia actual de Don Juan, avalista personal de la entidad «AAA», que derivaría sustancialmente de que parte de sus derechos de crédito están sujetos a los concursos ya declarados de las entidades «BBB» y «CCC», lo que puede impedir hacer frente a las elevadas responsabilidades que como garante personal van a surgir si no se satisface los créditos concurrentes contra la avalada. Ello, sin embargo, no alude a una insolvencia actual, sino a lo sumo inminente, y en todo caso es precisa la justificación de la concurrencia del estado de insolvencia al que alude el artículo 2.º de la LC, pues así lo dispone el nuevo artículo 5.º 3.

Pero sobre todo, no basta con una mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado, como hace Juan, sino aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya, pues de lo contrario, no se justifica la activación del mecanismo protector del artículo 5.º 3, y versan sobre una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante. Ninguno de estos requisitos concurre, por lo que la comunicación previa formulada entendemos que no puede ser admitida. No sirve cualquier comunicación para acogerse al régimen privilegiado y benefactor que la reforma ha estipulado para el insolvente actual, sino que debe aportarse al menos un indicio real de que existen negociaciones reales, pero siempre sobre la base de una insolvencia actual, no futura y previsible.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 22/2003 (Ley Concursal), arts. 2.º, 5.º, 15.3, 22.1, 104, 106.2 y 165.1.
- Autos del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 11 de mayo de 2009 y de La Coruña, de 12 de mayo de 2009.
- Trabajo del Profesor Yanes Yanes en *Diario La Ley* el 24 de abril de 2009.