

SEGUNDA NOTA INFORMATIVA A PROPÓSITO DEL CONCURSO DE NUEVA RUMASA Y SUS EFECTOS PARA LOS INVERSORES PRIVADOS

LA SITUACIÓN PRECONCURSAL Y SUS EFECTOS

2.- LA SITUACIÓN PRECONCURSAL Y SUS EFECTOS 2.1. ¿En qué consiste la situación preconcursal?; 2.2. ¿Qué efectos tiene?; 2.3. ¿Cuando y como concluye la situación de “preconcurso” o “Diligencias preeliminarias de concurso”?

2.- LA SITUACIÓN PRECONCURSAL Y SUS CONSECUENCIAS

2.1. ¿En qué consiste la situación preconcursal?

Ya, inicialmente, conviene advertir que ningún precepto de la Ley Concursal hace mención alguna al concepto “preconcurso”. En realidad, la bautizada como “situación preconcursal” del grupo Nueva Rumasa, S.A., es lo que ha sido viniendo definida por la jurisprudencia como “diligencias preeliminarias de concurso”¹. Tales diligencias preeliminarias, a las que tanto vienen refiriéndose últimamente los medios de comunicación, no son sino una facultad que se concede al deudor llamado a entrar en concurso, para obtener una moratoria de hasta cuatro meses en la obligación de solicitar el mismo. Dicha facultad viene regulada en el artículo 5.3 de la Ley Concursal, bajo la rúbrica del artículo 5 “deber de solicitar la declaración de concurso”; y ha sido incorporado, recientemente, tras la última gran reforma de la Ley operada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica².

Es de ver que el mal llamado “preconcurso” es, en realidad, como ya se ha avanzado, una moratoria para el deudor que, en estado de insolvencia actual, (es decir, presupuesto para solicitar el concurso), haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y lo haya puesto en conocimiento del juzgado. Son varias las condiciones que deben concurrir para que la empresa pueda acogerse a la moratoria prevista en el artículo 5.3LC³:

1.- Encontrarse en estado de insolvencia actual, en los términos previstos en el artículo 2.2 LC, insolvencia entendida como el estado en el cual el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

¹ Por todos, AJMER, número 1 de Pontevedra, de 01/09/2009.

² El citado 5.3 LC dispone que “El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.”

³ Ya reseñadas por la jurisprudencia que ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto; a título de ejemplo: AAP Madrid, de 5/2/2010.

No puede, pues, acogerse al aplazamiento previsto en el artículo 5.3 LC el deudor cuyo estado de insolvencia es inminente y no actual⁴.

2.- Haber iniciado negociaciones para admitir a trámite una propuesta anticipada de convenio⁵. Es debatido en los tribunales si se debe justificar o no el inicio de tales negociaciones⁶.

3.- Comunicarlo al juzgado territorialmente competente dentro del plazo para solicitar la declaración de concurso; esto es, dos meses desde que se conoció o debió conocer el estado de insolvencia actual, por remisión al artículo 5.1 LC.

La jurisprudencia es también controvertida en este punto, generándose duda acerca de si con la comunicación se debe o no acreditar el presupuesto de insolvencia actual, para solicitar acogerse al artículo 5.3 LC⁷.

4.- En fin, solicitar la declaración de concurso transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, con independencia de que se hayan alcanzado o no las adhesiones necesarias para aprobar la propuesta anticipada de convenio.

2.2. ¿Qué efectos tiene?

Las diligencias preliminares de concurso incoadas al amparo de lo previsto en el artículo 5.3 LC producen, fundamentalmente, tres efectos de carácter procesal⁸. A saber:

1º) al solicitante no le será exigible, durante cierto período, el deber de solicitar el concurso, que por regla general ha de hacerse en el plazo marcado en el artículo 5.1 de la Ley Concursal, lo que le permitiría eludir las consecuencias legales inherentes al incumplimiento de esa obligación.

Efectivamente, sabido es que el retraso en la solicitud de concurso es una de las causas de calificación culpable del mismo, por imperativo del artículo 165.1ºLC. Así, el deudor debe presentar solicitud de concurso tan pronto conozca o pueda conocer su estado de insolvencia, entendido como

⁴ AAP Madrid, de 5/2/2010; AJMER número 5 de Madrid, 17/04/2009; AJMER número 1 de Bilbao, de 02/06/2009; AJMER de Granada, de 11/5/2009.

⁵ Hay que recordar que por efectos de la reforma del artículo 106.1 de la Ley Concursal llevada a cabo por el RDL 3/2009..., la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio requerirá de adhesiones de acreedores de cualquier clase que alcancen 1/10 parte del pasivo, siempre que la PAC se presente con la solicitud de concurso; frente a la quinta parte exigida con anterioridad a la reforma.

⁶ Participa de esta interpretación el AJMER número 5 de Madrid, 17/04/2009. En sentido contrario, no es preciso acreditar el inicio de negociaciones según el AJMER número 5 de Madrid, de 14/04/2009.

⁷ Entienden que no se precisa la acreditación de requisito alguno, el AAP Pontevedra, de 27/01/2010 y el AJMER número 1 de Bilbao, de 02/06/2009. Por el contrario, entienden que debe aportarse un principio de prueba de la insolvencia actual y del inicio de negociaciones, así como manifestar si se encuentra incurso en prohibiciones del artículo 105 LC; el AJMER número 1 de Granada 03/06/2009 y la Providencia del JM número 1 de Pamplona, de 15/06/2010.

⁸ Efectos certeramente reseñados por el AJMER número 8 de Barcelona, de 11/05/2009 y por el AAP de Madrid, de 05/02/2010; y reiterados, entre otras, por el AAP de Pontevedra, de 21/01/2010 y el AAP de Pontevedra, de 27/01/2010.

incapacidad de atender regularmente el pago de sus obligaciones⁹. De estar incurrido en presupuesto objetivo de concurso y no solicitar el mismo en el término de dos meses, los declarados culpables pueden ser condenados a satisfacer las deudas generadas con posterioridad al momento en el que venció el plazo para solicitar el concurso¹⁰.

2º) el peticionario dispondrá del plazo de tres meses, contados desde su comunicación, para acabar de negociar y obtener las adhesiones, tras lo cual, lo haya conseguido o no en la medida suficiente para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, dispondrá de un mes para solicitar la declaración de concurso;

Como acabamos de poner de manifiesto, de ser solicitada, y admitida, la comunicación prevista en el artículo 5.3LC, el plazo para presentar la solicitud de concurso voluntario se amplía hasta 4 meses más.

3º) Las solicitudes de concurso necesario que puedan presentarse con posterioridad a la comunicación del deudor quedarán sujetas a una espera durante ese período, gozando de preferencia la voluntaria que finalmente pueda presentar el deudor si se atiene a los plazos legales¹¹, tal y como dispone el artículo 15.3 LC¹².

Ciertamente, este es uno de los efectos más significativos de la admisión del expediente previsto en el artículo 5.3LC. Durante el plazo de vigencia de la moratoria no se podrá presentar ninguna solicitud de concurso necesario por parte de ningún acreedor¹³ y, en consecuencia, no cabrá el aprovechamiento del beneficio que contempla la LC en su artículo 91.6º, relativo a la calificación como privilegiado general la cuarta parte del crédito del acreedor instante del concurso.

2.3. ¿Cuándo y como concluye la situación de “preconcurso” o “Diligencias preliminares de concurso”?

El precepto que comentamos no admite alternativa en lo que concierne a la finalización de las diligencias preliminares de concurso. La dicción literal no ofrece duda alguna; *“Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor,*

⁹ Tal y como establece la SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2009.

¹⁰ Interpretación que realiza la SAPB de 30/10/2009.

¹¹ AJM número 5, de Madrid 17/04/2009; AJMER número 8 de Madrid, de 29/12/2009; AJMER número 1 de Bilbao, de 02/06/2009.

¹² El artículo 15.3LC establece que: “Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo 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 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.”

¹³ En consecuencia, ningún acreedor podrá verse beneficiado con el privilegio general del 25% de su crédito que le concede el artículo 91.6º de la LC; aunque tampoco correrá el riesgo de verse condenado a pagar las costas del proceso para el supuesto en el que la solicitud de concurso necesario sea desestimada por el juez (20.1LC).

haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.”

De este modo, parece que, necesariamente, el expediente incoado al amparo del artículo 5.3 LC ha de concluir con la solicitud y posterior tramitación de un concurso. No se puede dejar pasar la ocasión de poner de relieve que el artículo 22.1, segundo párrafo, LC dispone que: “A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada en el plazo del artículo 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo.”. Tales efectos se limitan, en lo que refiere al artículo 22.1LC, a considerar que el concurso solicitado tendrá la consideración de voluntario. Esta manifestación, aun siendo innecesaria, ratifica la interpretación de que la comunicación formulada al amparo del artículo 5.3 LC no produce un desplazamiento al momento de la comunicación, de la activación de los efectos que se despliegan con el Auto de declaración de concurso¹⁴.

Pese al rigor del tenor literal de la norma, la realidad es que, de no solicitarse la declaración de concurso una vez transcurrido el plazo de 4 meses previsto en el artículo 5.3 LC, lo que corresponde es el archivo de las actuaciones¹⁵; archivo que, de por sí, no exime a la deudora de solicitar la declaración de concurso, en el supuesto de estar incurrida en insolvencia actual. En este caso, el incumplimiento del deber de solicitud del concurso puede afectar a la calificación¹⁶.

Puede ocurrir, por el contrario, que en el *iter* que transcurre desde la comunicación del inicio de negociaciones previsto en el artículo 5.3 hasta la finalización del plazo previsto para la solicitud de concurso por parte del comunicante, haya desaparecido la situación de insolvencia actual. Ello, de ordinario, vendrá auspiciado por haber alcanzado la deudora un acuerdo de refinanciación con los acreedores en los términos expuestos por la Disposición Adicional Cuarta de la LC¹⁷. En este supuesto, entiende también la

¹⁴ En concreto, los contenidos en el título III de la Ley Concursal.

¹⁵ AJM-1 Alicante 21.12.2009.

¹⁶ En efecto, el artículo 15.3LC en ningún momento está eximiendo expresamente a la deudora que se acoge al artículo 5.3LC de la obligación de solicitar el concurso una vez vencido el plazo. Antes bien, el incumplimiento de tal obligación podría afectar a la calificación del concurso *ex* artículo 165.2LC, del mismo modo que si el concurso se hubiera solicitado una vez transcurrido el plazo de dos meses concedido por el artículo 5.1LC.

¹⁷ DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. Acuerdos de refinanciación.

1. A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.

2. En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.

b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y

jurisprudencia que procede el archivo de las actuaciones por la simple manifestación del deudor en el sentido de haber desaparecido el presupuesto de hecho de la insolvencia¹⁸.

En conclusión, dos son las finalidades últimas de la institución que comentamos, en ambos casos, mediante la concesión de un plazo adicional para solicitar el concurso. En primer lugar, evitar el mayor número de concursos, promoviendo la celebración de acuerdos de refinanciación del deudor con sus acreedores; en segundo lugar, y subsidiariamente, reducir el tiempo de tramitación del concurso a través de la promoción de la Propuesta anticipada de Convenio.

Desafortunadamente, ningún mecanismo tiene a su disposición el acreedor ante el expediente comentado, pues no es parte del mismo y su capacidad de incidencia dependerá; en primer lugar, de si su colaboración en la refinanciación es necesaria para el mantenimiento de la actividad de la deudora¹⁹; y en segundo lugar, de si su adhesión es necesaria, en mayor o menor medida, para la admisión de una Propuesta Anticipada de Convenio, circunstancia que difícilmente se dará en un inversor particular de Nueva Rumasa, S.L. o de alguna de las sociedades vinculadas a ésta.

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

C) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

3. Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos.

¹⁸ AAJMER número 1 de Córdoba, de 10/09/2009 y número 1 de Pontevedra, de 01/09/2009.

¹⁹ A la práctica, solo es necesaria la colaboración de los acreedores bancarios.