

Your World First

2014 - 5

LA MODIFICACIÓN DEL ART. 5BIS LC

Hacia un refuerzo del precurso

Índice

- 1. Antecedentes**
 - 2. Líneas básicas de la reforma**
 - 3. Límites en el ámbito de la aplicación y control de su cumplimiento**
 - 4. Límites a la presentación de la comunicación**
 - 5. El carácter público o reservado**
-

1.- Antecedentes

La profunda reforma de la Ley Concursal realizada por medio del Real Decreto-Ley 4/2014 incluye una modificación del artículo 5 bis LC. El régimen resultante refuerza considerablemente las herramientas de protección de las negociaciones deudor-acreedores previas al concurso, lo que dota a este precepto de un alcance práctico aún mayor que el que ya tenía hasta ahora. De hecho, como se explicará más adelante, la reforma sin duda amplía el sentido inicial de la norma, buscando su mayor eficacia. Para comprender esta afirmación, es necesario un breve recordatorio del origen del precepto reformado y la finalidad que perseguía en su momento.

Como es sabido, este artículo procede del antiguo artículo 5.3 LC, introducido en 2009, cuyo contenido pasaría a constituir un precepto autónomo con la reforma realizada por la Ley 38/2011 (el 5bis LC). La finalidad de la norma, que ha recibido distintas denominaciones en el tráfico (precurso, escrito paraguas...), era favorecer las negociaciones de acuerdos de refinanciación o similares. Para ello se trataba de ofrecer, a cambio de una notificación al juzgado competente, un tiempo añadido al que la Ley Concursal concede, en general, al deudor para cumplir con la obligación de solicitar la apertura del procedimiento concursal (dos meses). La norma proporcionó al deudor la posibilidad de ampliar ese plazo en tres meses, más uno ulterior en el que se podía solicitar el concurso. De este modo, si el deudor estaba negociando un acuerdo con sus acreedores, en la práctica tenía seis meses para solicitar el concurso en caso de insolvencia.

La adición de ese tiempo resulta de especial importancia. Hay pocas dudas de que dos meses desde la insolvencia es un plazo extremadamente breve para la negociación de un acuerdo que, con frecuencia, resulta muy complejo de diseñar y alcanzar. Dado que el retraso en la solicitud de concurso puede suponer la calificación culpable y, con ella, la posible responsabilidad personal de los administradores sociales, ese tiempo actuaba como una espada de Damocles que comprometía el éxito de estas negociaciones. Ampliando el plazo, se entendía que se generaba un

entorno que favorecía estas soluciones, aparentemente preferidas en el mercado y que parecen permitir una solución más ventajosa que el concurso.

La plena eficacia de la medida requería añadir, además, un efecto paralizador sobre las solicitudes de concurso necesario. Si se aplazaba el deber del deudor de solicitar el concurso, en beneficio de una salida negociada previa, carecía de sentido que ese resultado pudiera alcanzarse por el comportamiento de los acreedores. Una actuación, por cierto, que podía encubrir un comportamiento estratégico de determinados acreedores o constituir una amenaza cierta para la posibilidad de conseguir el acuerdo. De este modo (aunque la medida sufriría ciertos cambios en su configuración técnica concreta en 2011), la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores suponía la posposición de la posible declaración de concurso necesario al momento en que, transcurrido el plazo añadido, el deudor no había solicitado el concurso voluntario. Es más, de solicitarlo, la solicitud se consideraba realizada en la fecha en que se produjo la comunicación del inicio de las negociaciones, asegurando de este modo la tramitación del concurso como voluntario.

2.- Líneas básicas de la reforma

La reforma de la Ley Concursal mantiene las líneas básicas del modelo diseñado inicialmente. Es decir, permitir al deudor comunicar la existencia de negociaciones con sus acreedores para proteger este proceso de negociación y ampliar el plazo en el que debe solicitar el concurso, de haber insolvencia actual. Sin embargo, y al mismo tiempo, el RD-Ley 4/2014 ha modificado el contenido del artículo 5bis de manera importante. Sin perjuicio de desarrollar con más amplitud algunos de estos cambios, conviene recogerlos ahora de manera sucinta.

En primer lugar, se ha incorporado una precisión en cuanto al tipo de negociaciones que están cubiertas por la regla ("acuerdos de refinanciación de los previstos en el artículo 71bis.1 y en la disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio", así como los acuerdos extrajudiciales de pago). En segundo lugar, se ha añadido la posibilidad de que la comunicación realizada sea objeto de publicidad en el Registro Público Concursal, sin perjuicio de que se mantenga el carácter reservado, a petición del deudor. En tercer lugar, en lo que es la novedad de mayor trascendencia, el efecto de paralización asociado a la comunicación del artículo 5bis LC se extiende no solo a las solicitudes de concurso, sino a ciertos derechos de ejecución individual. En cuarto lugar, se fija un plazo de un año durante el cual no será posible formular una nueva comunicación. A continuación se analizarán los cambios con mayor detalle, salvo el que se refiere a los efectos sobre las acciones ejecutivas individuales, que serán objeto de un tratamiento específico en una nota ulterior.

3.- Límites en el ámbito de la aplicación y control de su cumplimiento

La previsión de una comunicación previa al concurso, a los efectos de proporcionar ciertos instrumentos legales de protección, ha ido sufriendo distintas alteraciones en el curso de su existencia, que marcan un proceso de expansión y contracción del tipo de negociaciones abarcadas. Para entender el alcance real del modo en que se ha modificado el art. 5bis LC en este punto, es necesario un breve recordatorio del proceso evolutivo de la previsión legal.

El párrafo tercero introducido en 2009 en el art. 5 LC en 2009 preveía su aplicación al proceso de negociación de las adhesiones necesarias para proponer una propuesta anticipada de convenio. Se trataba de dar un plazo más amplio para obtener ese 20% del pasivo al que el art. 106 LC condicionaba la admisión a trámite de la propuesta. En la práctica, sin embargo, los deudores solían usar ese tiempo añadido para negociar acuerdos extrajudiciales de refinanciación, escapando así a la obligación de solicitar el concurso y la tramitación del correspondiente convenio propuesto anticipadamente. La polémica generada por esa práctica, en apariencia contraria al espíritu de la ley, se resolvería con la reforma realizada por medio de la Ley 38/2011. Desde entonces, el artículo 5bis LC aclaraba que la obligación de solicitar el concurso transcurrido el plazo añadido se excluía cuando el deudor "no estuviera en situación de insolvencia". Se daba, así, vía libre al empleo de la comunicación para proteger negociaciones de acuerdos de refinanciación que, removiendo la insolvencia, permitían luego evitar el concurso. Centrada la regla especial en el deber de solicitar el concurso, cualquier acuerdo que removiera la insolvencia, al margen de su naturaleza jurídica, venía amparado por el plazo.

Pues bien, la reforma realizada por medio del RD-Ley 4/2014 altera profundamente la técnica legislativa introduciendo limitaciones expresas que reducen la posibilidad de empleo de la comunicación del artículo 5bis LC.

En efecto, su párrafo primero incluye ahora un listado de negociaciones para los que puede emplearse. En

consecuencia, los efectos vinculados a la comunicación no solo se refieren al deber de solicitar el concurso en un plazo determinado, sino a la totalidad de las previsiones contempladas en el precepto, que van mucho más allá. Parece bastante claro que la intención de legislador es limitar el tipo de negociaciones que permiten, comunicando su existencia, beneficiarse del conjunto de reglas especiales contempladas en el artículo 5bis LC (ampliación del plazo para solicitar concurso, no tramitación de solicitudes de concurso necesario, paralización de ciertas ejecuciones individuales). En efecto, como se indica literalmente, se podrá poner en conocimiento del juzgado:

a) el inicio de negociaciones para, alternativamente:

- alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el art. 71bis.1 LC;
- alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en la disposición adicional cuarta;
- obtener las adhesiones necesarias para presentar una propuesta anticipada de convenio;

b) la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pago, de los contemplados en los artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal.

La limitación del tipo de negociaciones que puede amparar la regla específica del artículo 5bis LC plantea, sin embargo, el problema de su eficacia, más allá de la relativa utilidad de una remisión a los criterios más elementales de delimitación del tipo. Y es que tanto el art. 71bis como la Disposición Adicional Cuarta no solo recogen una tipificación muy elemental de las negociaciones sino, sobre todo, detallan los requisitos a los que se condiciona la protección legalmente dispuesta en esos preceptos. Su concurrencia, en realidad, solo puede evaluarse a posteriori, una vez alcanzado el acuerdo, así que no tiene mucho sentido tener que valorarlos en un trámite de mera negociación (¿cómo anticipar en ese momento si la negociación tendrá el apoyo que se exige en el artículo 71bis, por ejemplo?). Por este motivo, la remisión que se realiza en el art. 5bis LC parece tener un alcance muy limitado, referido solo a los elementos básicos de estos acuerdos. Es decir, con carácter general, que se trate de acuerdos que busquen "la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo" (art. 71bis.1 LC). Para los acuerdos propios de la Disposición Adicional Cuarta, parece que la única particularidad residiría en su limitación a acreedores de pasivo financiero, dado que el apoyo mínimo que se contempla como condición no es, por su propia naturaleza, evaluable en el contexto de la comunicación del art. 5bis LC. Lo que sí queda claro, al menos del tenor literal, es que la limitación deja fuera del ámbito de protección del art. 5bis LC los acuerdos de refinanciación no colectivos del art. 71bis.2 LC.

El hecho de que el precepto se limite a cierto tipo de negociaciones obliga a considerar la necesidad de un control en ese momento. Si la tipificación de los supuestos trata de evitar que se haga un uso abusivo del procedimiento de comunicación, cabría plantearse la necesidad (y utilidad) de controlar la concurrencia de los requisitos al realizar la comunicación y el órgano encargado de hacerlo (ahora será el secretario del juzgado). Más aún si los efectos de la comunicación se refuerzan hasta el extremo de poder afectar a las acciones ejecutivas individuales. Se trata de un problema que, en realidad, ya se produjo en anteriores versiones de la Ley Concursal y que se reconduce a la exigibilidad por el Juez competente de un cierto grado de prueba sobre las condiciones de aplicación. De hecho, ante la presencia de posiciones contradictorias de los tribunales al respecto, la reforma de 2011 incluyó en el art. 5bis LC un párrafo tercero que decidía finalmente la cuestión, en la línea de lo defendido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia ("el secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor"). Esta última reforma, sin embargo, ha eliminado esa referencia, limitándose a emplear un modo verbal ("el secretario judicial ordenará la publicación") que, pese a lo que pueda parecer, entendemos que deja margen como para no dar por cerrada esta cuestión. No sería de extrañar que la discusión se reproduzca, nuevamente, en los Juzgados de lo Mercantil, divididos entre quienes soliciten, como mínimo, un principio de prueba de los presupuestos de aplicación (habida cuenta del carácter intencionadamente limitado de la herramienta) y quienes, sobre la base del modo imperativo y la experiencia precedente, entiendan que la mera comunicación será, por sí misma, bastante para producir los efectos previstos en la Ley Concursal.

La ampliación de los efectos podría orientar la respuesta en un sentido diverso al que ha terminado asentándose hasta ahora. El planteamiento tradicional partía implícitamente de la idea de que el control podía realizarse a posteriori, sobre todo porque el posible incumplimiento de los requisitos terminaría teniendo relevancia en un momento ulterior, como es el de la calificación. En definitiva, si la comunicación buscaba, sobre todo, permitir una ampliación en el plazo para la solicitud de concurso, las consecuencias de su uso irregular (comunicar el inicio de unas negociaciones inexistentes) se concretarían en el incumplimiento del deber de solicitar el concurso y, con él, su posible calificación culpable. La situación ahora, en cambio, es bien distinta. Desde el primer momento se reconocen efectos de indiscutible importancia, que afectan directamente a la posición inmediata de los acreedores y que, en apariencia, el legislador ha querido limitar a ciertos escenarios. Siendo así, puede parecer ahora más razonable reclamar que el deudor acredite, de algún modo, que se está dentro de alguno de los supuestos que contempla el art. 5bis.1 LC. Y ello al margen de que las formalidades relativas a esa comunicación puedan seguir siendo las que hasta ahora se han venido aceptando.

4. Límites a la presentación de la comunicación

El nuevo artículo 5bis LC reconoce al deudor el derecho a notificar la existencia de negociaciones “en cualquier momento”, aunque antes del vencimiento del plazo de dos meses en el que la solicitud de concurso es obligatoria para el deudor, según se establece en el artículo 5 LC. En apariencia, por tanto, la única limitación temporal sería la derivada de este último precepto. La fórmula empleada, además, mantiene la posibilidad de emplear la comunicación de negociaciones tanto en los casos de insolvencia actual, como en los de insolvencia inminente y, de hecho, cabría pensar que su uso sería incluso posible por deudores perfectamente solventes. Aunque este último supuesto parece un tanto extravagante (¿qué deudor solvente se arriesgaría al coste reputacional que supone recurrir al art. 5bis LC?), no lo es tanto, desde el momento en que su utilidad trasciende la normativa concursal, proyectándose sobre los derechos inmediatos de los acreedores (¿por qué no forzar la situación cuando la comunicación puede tener carácter reservado?). No es descabellado que un deudor considere, entre sus posibles estrategias, la del empleo de esta comunicación buscando paralizar acciones ejecutivas individuales que pudieran pretender sus acreedores, de acuerdo con lo que indica el párrafo cuarto del artículo 5bis LC. Esta última posibilidad permite comprender la trascendencia real del alcance de los requisitos exigidos y de los mecanismos de control de su cumplimiento.

Por otra parte, existe también una limitación a nuevas comunicaciones incluida en el último de los párrafos. Según se establece en el párrafo sexto, “formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año”. La finalidad es nítida. La medida y sus efectos son excepcionales y hay que evitar, en lo posible, que pueda hacerse un uso abusivo de ella. Hay algunas cuestiones abiertas, como en qué medida puede pesar en el legislador la idea de que, si la negociación tiene éxito se asegurará la viabilidad en el medio plazo o, si fracasa, parece previsible la necesidad de apertura de un procedimiento concursal. También queda pendiente un análisis del modo en que la coordinación con los plazos relativos al deber de solicitar el concurso pueda amortiguar un tanto la eficacia de la limitación. Igualmente, tampoco se resuelve si habrá un sistema de comunicación entre juzgados para asegurar el cumplimiento de la norma, cuando las comunicaciones no han sido públicas (por ejemplo, si el deudor puede optar, como juzgado competente, entre las dos opciones que le proporciona el art. 10.1 LC). En todo caso, es evidente que el legislador quiere impedir un empleo recurrente de la comunicación.

5. El carácter público o reservado

La reforma ha incorporado un sistema específico de publicidad de las comunicaciones contempladas en el artículo 5bis LC. Así, se prevé que el secretario judicial ordene la publicación, en el Registro Público Concursal, de un extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada. Este medio de publicidad puede omitirse en aquellos casos en los cuales el deudor solicite expresamente que la comunicación tenga un carácter reservado. Curiosamente, la Ley Concursal no preveía una publicidad de la comunicación, a pesar de lo cual el RD 892/2013, de 15 de noviembre, sí la contemplaba, al regular los extremos objeto de publicidad en el Registro Público Concursal.

La posibilidad de que la presentación de la comunicación ex art. 5bis LC sea objeto de publicidad específica y, por tanto, que pueda ser conocida por terceros, debe valorarse positivamente. Una vez más, en tanto que hay ciertos efectos que se producen como consecuencia de la misma y que afectan a los acreedores de manera inmediata, es razonable que pueda conocerse su existencia. De hecho, cabría pensar si esa publicidad no debería ser obligatoria, en la medida en que afecta a terceros. Sin embargo, es posible que el conocido atractivo de las negociaciones preconcursales asociado a su discreción haya pesado en el legislador. No puede entenderse de otro modo que se ofrezca al deudor la posibilidad de que esa comunicación no sea objeto de publicidad.

El legislador ha querido, pues, dejar en manos del deudor, la decisión sobre la posibilidad de conocimiento por parte de los terceros. Ello es criticable, en tanto que la publicidad prevista lo es en protección de estos últimos, como se deduce simplemente de leer la exposición de motivos del Real Decreto que regula el Registro Público Concursal. No podría decirse que hay otros motivos que informen, en concreto, la publicidad de la negociación y cuyo alcance puede dejarse a voluntad del deudor. Si así fuera, la norma habría previsto las consecuencias asociadas a cada alternativa, cosa que no se hace. Siendo de esta manera, cabe entender que la finalidad prevista es la misma que para cualquier otro acto del procedimiento objeto de publicidad: la posibilidad de conocimiento por los terceros (señaladamente, los acreedores del deudor). A tenor de lo manifestado por parte de la doctrina que ya se ha ocupado de esta cuestión, puede que el sistema de publicidad sea más aparente que real, por ser previsible que la mayoría de los deudores opten por el carácter reservado. Y es que, a falta de algún incentivo concreto (positivo para la publicación, o negativo para el carácter reservado), parece obvio que al deudor le seguirá beneficiando que la existencia de unas negociaciones que presuponen una situación patrimonial cuando menos delicada, se mantengan en el plano de la mayor reserva posible.

Si está interesado en obtener información adicional sobre el contenido de esta Alerta puede ponerse en contacto con:

Bancario y Financiero

Gracia Sainz - gracia.sainz@cms-asl.com

Abraham Nájera - abraham.najera@cms-asl.com

Beltrán Gómez de Zayas - beltran.gomezdezayas@cms-asl.com

Procesal

José Antonio Rodríguez - jantonio.rodriguez@cms-asl.com

Juan Ignacio Fernández Aguado - juanignacio.fernandez@cms-asl.com

Javier Mendieta - javier.mendieta@cms-asl.com

Los comentarios expuestos contienen información de carácter general sin que constituya opinión profesional o asesoramiento jurídico.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Calle Génova 27, 28004 - Madrid, España

T +34 91 451 93 00, www.cms-asl.com
