

TRIBUNAS

» Cinco años con la Ley Concursal

La Tribuna del Derecho, Febrero 2010, págs. 10 a 15
Juan Ignacio Fernández Aguado
Socio de CMS Albiñana & Suárez de Lezo



Como se recordará, cuando a finales del año 2002 y principios de 2003 se anunciaba la próxima publicación de la Ley Concursal, uno de los puntos de debate se centró en el plazo de vacatio legis que sería conveniente que la nueva norma respetara para su correcta asimilación. Algunos propugnaron el plazo de cinco años, dado el cambio que esta norma conllevaba frente al régimen normativo que derogaba.

Acertada, o no, la decisión finalmente adoptada, lo cierto y verdad es que transcurridos ya algo más de cinco años desde su entrada en vigor, merece la pena detenerse a analizar si los fines perseguidos con la reforma y los principios que la presidieron han dado su frutos.

En este sentido, debe tenerse presente que uno de los pilares fundamentales que inspiraron la reforma consistía en la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado, deviniendo así el convenio como la solución normal del concurso, que en principio la ley fomenta con una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de todos los afectados.

Hasta tal punto esto es así que, como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley, el sistema legal combina las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.

A pesar de ello, y atendiendo a las estadísticas, durante los tres primeros años de aplicación de la nueva legislación los resultados acreditan que la finalidad de terminar el concurso mediante convenio apenas si dio resultado. Quizá, se afirmaba entonces, por la falta de experiencia con el nuevo texto legal, y la necesidad de testar su eficacia práctica.

Cierto es que cuando la Ley Concursal vio la luz la situación económica general era muy diversa, y el número de procedimientos concursales (entonces, suspensiones de pagos y quiebras, puesto que los procesos de quita y espera y de concurso de acreedores eran prácticamente inexistentes) no llegaba a 1.000, con una cierta tendencia a la baja por aquellos años, que así continuó hasta el 2007.

Pues bien, realizada idéntica consulta después de una experiencia de más de cinco años, y con un volumen de concursabilidad muy acusado, los datos son aún más preocupantes: el número de concursos se ha elevado hasta los 6.000 procedimientos año, y las soluciones alcanzadas vía convenio, se han mantenido, o incluso disminuido si atendemos a las propuestas anticipadas de convenio. Otros muchos, aguardan la interminable tramitación de los incidentes concursales contra el Informe de la administración concursal, o bien agonizan en complicadas liquidaciones sin fin.

Con este panorama, y después de varias imperfectas reformas del sistema, el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia y como ya anticipó de su necesidad en la propia Exposición de Motivos de su última reforma, tiene previsto para este año una nueva reforma de la Ley Concursal, en el que las estimaciones más recientes fijan también en 6.000 la cifra de concursos que se esperan den comienzo en el recién estrenado 2010.

Baste, por ahora, con esta conclusión: el concurso es un procedimiento aún poco utilizado y que no consigue liquidar con rapidez y eficazmente las empresas inviables, ni recuperar las viables sin que el transcurso del tiempo acabe dificultando extraordinariamente su viabilidad. El sistema legal concursal no tiene, ni debe ser destructivo, como muchos opinan, sino que debe contribuir, con la puesta en común de los intereses de los múltiples afectados que normalmente se ven involucrados, a ser capaz de proporcionar medidas de solución y continuidad.

Entre las ideas básicas a tener en cuenta para que se produzca una buena reforma de la Ley Concursal, y así poder mejorar los procedimientos concursales en España, destacaría el principal objetivo de reducir de un año, o más en no pocos casos, a seis meses los plazos de la fase común. Para ello, se propone que haya una recepción de las comunicaciones de créditos por los administradores concursales sin tener que pasar formalmente por el Juzgado Mercantil. También que exista una resolución de las primeras protestas de los créditos por la propia administración concursal: plazo muy breve de 15 días para protestar y plazo de otros 15 días a la administración concursal para resolver, y ya es mucho.

Esta reducción de plazos también se puede conseguir gracias a que haya una aprobación automática y provisional del concurso una vez solicitado, con nombramiento de la administración concursal y concesión al deudor solicitante de un plazo para subsanar los defectos formales de 15 días, transcurridos los cuales sin subsanar se rechazaría el concurso y se tendría por no declarado. Ahora bien, en este punto conviene destacar que la reforma de los plazos, si no se cumplen, de poco sirve: la declaración del concurso con la legislación vigente debe realizarse en el mismo día de su presentación o, si no fuera posible, en el siguiente hábil, tal y como dispone el artículo 13.1 de la Ley Concursal, cuando en algunos partidos judiciales se producen demoras de varios meses en el cumplimiento de tan vital norma.

La reforma de la ley tiene que dotar de más medios, pero esos medios no servirán para nada si no se consigue simplificar el procedimiento reduciendo los plazos. Es un círculo vicioso generado gracias a una irreflexiva creación y atribución de competencias a los Juzgados de lo Mercantil.

De otra parte, una de las grandes diferencias respecto a la concursabilidad de otros países del entorno como pueden ser Italia, Alemania o el Reino Unido es que en España no existe una cultura del concurso como tal. En España el empresario alarga hasta el último día el hecho de ir a concurso. Por este motivo, otro de los pilares de la reforma será adaptar la legislación para que sea más atractiva y evitar que el deudor tarde en reconocer su situación de concurso. Recordemos en este punto, una vez más, la Exposición de Motivos: un concurso al que se acude sin medios, exhausto por el esfuerzo de evitarlo, no es concurso, y debería desterrarse de su sistema legal facilitando una liquidación rápida y un sistema de exacción de responsabilidades eficaz.

Igualmente, debería facilitarse y premiarse singularmente las propuestas anticipadas de convenio, que la introducción del tan mencionado artículo 5.3 de la Ley Concursal ha puesto de moda de forma tan equívoca como equivocada (a título de ejemplo, desde el pasado mes de abril la pro-

puesta anticipada de convenio sólo ha sido utilizado en nueve casos).

Capítulo aparte merecería también el tema de las refinanciaciones que el Real Decreto 3/2009 introdujo como receta sanadora, y que la realidad acreditará que no ha constituido más que de otra salida hacia delante en no pocos casos, perjudicando una vez más una solución acorde para todos los afectados. En otros, la falta de confianza de los acreedores financieros, después de dos ejercicios muy complejos, ha dificultado también este tipo de acuerdos, por lo que tampoco se descartan cambios en este punto.

Quizá una reconsideración sobre la conveniencia de un sistema preventivo del concurso, más armado y completo, podría contribuir notablemente en la mejora de la confianza hacia el concurso. Mientras que la sociedad no perciba que es un procedimiento de solución, no funcionará adecuadamente: agilidad del procedimiento y posibilidad real de acuerdo son los dos pilares para construir un ordenamiento regulador de lo concursal que merezca la confianza de los ciudadanos y empresarios, y que haga posible equiparar a España en términos parecidos a los de otras potencias.

Para este año 2010 se augura que el número de procedimientos concursales estará a la altura del ejercicio pasado. Como hemos apuntado, en 2009 se han rondado los 6.000 procedimientos, una cifra que prácticamente doblaría a la de 2008 con 3.105 concursos.

Una de las tendencias que hay para este año es que el número de procedimientos se mantendrá al no haber síntomas de que se saldrá de la crisis, por lo que no va a bajar la concursabilidad, al menos, de manera inmediata, toda vez que deben considerarse además los tiempos que quedarán por consumir para que todos los procesos ahora en curso, o de próximo comienzo lleguen a su fin, lo que sin duda llevará varios años.

En definitiva, una mayor dosis de practicidad y una menor aportación de dogmas quizá sería un buen comienzo.

Más información

Juan Ignacio Fernández Aguado

juanignacio.fernandez@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España

T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, experiencia e innovación, como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con más de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS, organización de los mayores despachos europeos independientes y cuya ambición es ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com

CMS oficinas y oficinas asociadas: Amsterdam, Berlin, Bruselas, Londres, Madrid, Paris, Rome, Viena, Zurich, Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Munich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofia, Stuttgart, Utrecht, Varsovia y Zagreb.

Asimismo, la organización está asociada con la firma de abogados "The Levant Lawyers" con oficinas en, Abu Dabi, Beirut , Dubái y Kuwait .