

Conclusiones sobre algunos aspectos de la Declaración del concurso y del procedimiento abreviado después de la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011

Seminario de 25 de enero, 26 de abril de 2012 y 14 de mayo de 2012

Los presentes criterios no tratan de imponer una determinada doctrina, sino que responden a la necesidad evidente unificar la interpretación que damos en nuestra práctica a la Ley Concursal. Lógicamente no cierran ningún debate jurídico, sino que su objetivo es mucho más modesto, pero, en cualquier caso, lo que nos interesa dejar claro es que por si solas no pueden ni deben fundamentar jurídicamente una pretensión.

Nuestras conclusiones surgen del debate de problemas que compartimos, la búsqueda de soluciones comunes y el compromiso profesional de respetarlas en la medida que se adapten al caso enjuiciado, pero sabemos que los casos son más diversos que las soluciones que aquí se proponen, por lo que las respuestas necesariamente han de ser igualmente diversas, nuestro objetivo es limitar esas diferencias y comprometernos a explicarlas.

Tampoco es nuestra intención proporcionar una guía de soluciones de obligado cumplimiento para los administradores concursales, sino presentar una propuesta razonable de soluciones jurídicas a los problemas del concurso estudiados, debidamente consensuadas, pero que no exime de fundamentar jurídicamente cualquier pretensión ante nuestros Juzgados.

Lógicamente estos criterios respetan las decisiones que las correspondientes secciones de las Audiencias Provinciales han ido adoptado sobre los problemas planteados y están sometidos a lo que los tribunales vaya resolviendo sobre estas materias.

Participantes.

Enrique Grande Bustos, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona

José María Ribelles Arellano, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona

José María Fernández Seijo, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona

Luis Rodríguez Vega, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona

Daniel Irigoyen Fujiwara, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona

Francisco Javier Fernández Álvarez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona

Raúl García Orejudo, Magistrado, Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.

Marta Cervera Martínez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona.

Bárbara Cordova Ardao, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona.

Juan Manuel de Castro Aragonés, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona

Hugo Novales Bilbao, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil de Girona

Eduardo Enrech Larrea, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6, con competencias en materias mercantiles.

Cesar Suárez Vázquez, Juez del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona.

Yolanda Rios López, Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 3 y 4 de Barcelona.

1. COMUNICACIÓN DEL ART. 5 BIS:

1.1. No es posible prorrogar el plazo de tres meses establecido en el art. 5 bis LC.

No está prevista la posibilidad de prórroga alguna, con lo que, conforme lo establecido en el art. 134.1 LEC, el plazo es improrrogable.

1.2. Solicitudes de concurso necesario: art. 5 bis en relación con el art. 15.3 LC

1.2.1. Presentada la comunicación prevista en el art. 5 bis LC, no se admitirán a trámite ni las solicitudes de concurso necesario presentadas con anterioridad a la comunicación del art. 5 bis pero pendientes de proveer, ni las solicitudes presentadas con posterioridad a dicha comunicación. El art. 15.3 LC no establece distinción alguna en su tratamiento, por lo que parece que debe darse la misma solución.

1.2.2. La inadmisión a trámite significa que se archivará la petición sin más trámite, una vez comprobada la existencia de la comunicación prevista en el art. 5 bis, por medio de auto. La solicitud así archivada no producirá ningún efecto aunque el deudor no llegue a presentar la solicitud de concurso voluntario.

1.3 Transcurrido el plazo legal de un mes sin que la deudora haya solicitado la declaración de concurso, el secretario judicial dictará un DECRETO archivando el procedimiento, salvo que, durante el mes hábil previsto en el art. 5 bis apartado 4, se hubieran presentado solicitudes de concurso necesario, en cuyo caso se les dará el trámite que corresponda.

2. MODELO UNIFORME DE SOLICITUD DE CONCURSO VOLUNTARIO Y MEMORIA.

2.1 Se procederá a la revisión del modelo estandarizado de **impreso de solicitud de concurso voluntario** como de la **memoria** aprobados en su día por la Junta Sectorial de Jueces de este partido y la Sala de Gobierno del TSJ de Cataluña, a fin y efecto de adaptarlos a la redacción del actual art. 6 LC. En concreto:

- Dirección electrónica de los acreedores.
- Indicación de los representantes legales de los trabajadores.
- Indique la solicitante del concurso si ha cesado o no en su actividad.

3. LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO SOBRE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.

3.1. Acción social de responsabilidad: (art. 238 LSC)

- Las acciones sociales en trámite deben de acumularse al concurso, inclusive de oficio por el juez del concurso, para su tramitación conforme al procedimiento declarativos iniciado (art. 51.1, párrafo tercero LC).
- Declarado el concurso, el juez del concurso es el único competente para conocer de las acción social, art. 8 LC, pero únicamente está legitimada para la su ejercicio la administración concursal (art. 48 quarter)

3.2. Acción de responsabilidad por deudas (arts. 363 y 367 LSC):

- Las acciones en trámite deben suspenderse hasta la conclusión del concurso (art. 51 bis 1 LC)
- No se pueden emprender nuevas acciones contra los administradores sociales después de declarado el concurso de la sociedad (art. 50.2 LC), lo actuado es nulo de pleno derecho.

3.3. Acción individual de responsabilidad por daño contra los administradores sociales (arts. 236 y 241 LSC):

- No resultan afectadas por la declaración de concurso, ni las que se encuentre en trámite ni las que se inicien con posterioridad a la declaración

3.4. En los asuntos en trámite en los que se hayan acumulado acciones de reclamación de cantidad contra la sociedad y la de responsabilidad por deudas contra su administrador:

- Si el actor no desiste de la acción por deudas contra los administradores, el procedimiento ha de quedar en suspenso hasta la conclusión del concurso.
- Si la actora desiste de la acción de responsabilidad, el juez mercantil que venía entendiendo del procedimiento, deberá continuar para resolver sobre la reclamación de cantidad.

3.5. En el caso de acumulación de la acción de responsabilidad por deudas y acción individual de responsabilidad por daños:

- Si la actora desacumula y desiste de la acción de responsabilidad por deudas, procede la continuación del procedimiento respecto de la acción individual por daños hasta sentencia.
- Si la actora no desacumula y no desiste de la acción de responsabilidad por deudas, el procedimiento deberá ser suspendido (art. 48 quarter).

3.6. Las anteriores normas solo son aplicables a procesos declarativos iniciados antes del 1 de enero de 2012 respecto de concursos declarados después de dicha fecha, al no existir norma transitoria expresa que permita extender sus efectos a los concursos declarados con anterioridad y respecto de los litigios iniciados antes de la entrada en vigor de los arts. 50.2 y 51 bis, DT 1º y DT 9º Ley 38/2011.

4. EL ART. 13 LC ESTABLECE UN SOLO PLAZO PARA SUBSANAR DEFECTOS PROCESALES O MATERIALES.

5. SOLICITUD DE CONCURSO NECESARIO PRESENTADA POR UN ACREEDOR EN VIRTUD DE UN EMBARGO INFRUCTUOSO.

Por una parte, el art. 15.1 LC establece que “Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia”, por otra el art. 176 bis. 4 dispone que “También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsible créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros”.

Así pues, el art. 15.1 LC establece que el juez debe declarar directamente el concurso en aquellos casos en los que la solicitud se presente por un acreedor y se base en la existencia de un procedimiento judicial o administrativo de apremio en el que no haya sido posible el embargo de bienes suficientes para cubrir el pago de dicha deuda, pero por otra parte el art. 176 bis.1 LC también obliga al juez del concurso a declarar su conclusión “cuando el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa”, sino es “previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros”, declaración que, conforme el párrafo cuarto del art. 176 bis, puede hacerse en el mismo momento en que se declara el concurso si aquellas circunstancias constaran de forma evidente.

Un interpretación conjunta de ambos preceptos, obligaría a declarar y concluir simultáneamente el concurso necesario solicitado, ya que la insuficiencia de bienes del concursado es presupuesto de ambas decisiones.

Para evitarlo, sería conveniente que el acreedor en su solicitud procediera, conforme lo previsto en el art. 176 bis 5, a describir y justificar indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o calificar el concurso culpable y al mismo tiempo justificar el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsible.

La ausencia de dichos requisitos en la solicitud podrá ser subsanada a requerimiento del Juzgado en el plazo de cinco días, conforme el art. 13 LC.

6. DECLARACIÓN DE CONCURSOS CONEXOS.

6.1 La tramitación de los concursos declarados conjuntamente

6.1.1. Para el supuesto de que sociedades del mismo grupo opten por la solicitud de declaración conjunta de concurso, el solicitante podrá optar presentar una sola solicitud de todas las sociedades o por presentar una solicitud por cada una de las sociedades del grupo, pero en cualquiera de los dos casos la documentación a aportar conforme al art. 6 LC, así como los formularios normalizados y los CD con la documentación, serán los correspondiente a cada una de las sociedades separadamente.

6.1.2 Decanato asignará en estos casos tantos NIG's como sociedades del grupo hayan solicitado su declaración conjunta de concurso.

6.1.3. La declaración conjunta implicará dictar un solo auto y nombrar a la misma administración concursal.

6.1.4. Posteriormente, la oficina judicial registrará cada sociedad como si fueran concursos diferentes, de tal manera que se abran tantas secciones como concursadas, tramitándose los procedimientos de forma coordinada. Declaración conjunta no significa tramitación en un único expediente sino tramitación en expedientes independientes pero coordinados entre sí.

6.1.5 A los efectos de la declaración conjunta tendrán la consideración de parejas de hechos, no solo aquellas que estén inscritas, sino también aquellas a las que le corresponda según el Derechos Civil Catalán o derecho personal.

6.1.6. En el caso de declaración conjunta de cónyuges o parejas de hecho, en este caso, sí que se tramitarán en el mismo expediente debiendo presentar la administración concursal un solo informe pero distinguiendo por cada uno de ellos la lista de acreedores y el inventario.

6.2. Cabe la declaración conjunta de concurso de una empresa y de su avalista.

Si bien el art. 25 LC parece referirse a las sociedades personalistas, el citado precepto puede ser interpretado para permitir la declaración conjunta de una sociedad y de su avalista o fiador siempre que concurran en ambos casos, los presupuestos de insolvencia del art. 2.4 LC.

6.3. Retribución de la administración concursal en caso de declaración conjunta de empresas del mismo grupo:

A estos efectos se computarán una sola vez las operaciones intersocietarias. Se sumaran los activos y pasivos de todas las concursadas y sobre el monto total, se aplicará el arancel previsto en el anexo del RD 1860/2004. Una vez calculado el importe final, se distribuirá entre las empresas concursadas del grupo en proporción de su pasivo. (AP Barcelona auto de 9 de febrero de 2012, Rollo 501/11)

6.4. Las operaciones entre sociedades del grupo solo se computarán a estos efectos en el activo de las sociedades pero no en su pasivo.

7. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

7.1. Para valorar la “especial complejidad” del concurso a fin de aplicar el procedimiento abreviado, bastará la concurrencia de uno de los tres supuestos que se recogen en el art. 190.1 LC.

7.2. La tramitación del procedimiento abreviado será, en todo caso, potestativa del juez salvo que concurren los presupuestos del art. 190.3 LC, es decir en dos supuestos:

- Cuando junto con la solicitud presente un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento. Es irrelevante si la concursada está integrada por una o varias unidades productivas. Bastará con que se proponga la venta de una.
- Cuando el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y al mismo tiempo no tuviera en vigor contratos de trabajo.

7.3. El supuesto previsto en el 190.3 se seguirá en todo caso el procedimiento abreviado, concurren o no las circunstancias mencionadas en el apartado primero del citado precepto.

7.4. Únicamente será obligatorio para el deudor la presentación de un plan de liquidación cuando el mismo vaya acompañado de una oferta en firme de venta de la unidad productiva. No será preciso presentar dicho plan en ningún otro caso, como cuando haya cesado en su actividad y no tenga contratos de trabajo en vigor, la elaboración del plan de liquidación pasa a ser exclusiva responsabilidad de la administración concursal salvo en el supuesto citado, por ello ha desaparecido de los documentos enumerados en el art. 6 LC.

7.5. Cuando la concursada haya cesado en su actividad y no tenga contratos de trabajo en vigor, la liquidación, no solo podrá pedirse por el deudor, sino también por la administración concursal, conforme lo establecido en el art. 148.3 LC

7.6. INVENTARIO PROVISIONAL DE BIENES: Únicamente se exigirá en el procedimiento abreviado, no en el ordinario, debiendo la administración concursal aportarlo en el plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la aceptación del cargo, excepto en el procedimiento previsto en el art. 191 ter, que son 10 días. Su finalidad es que la administración tome un primer contacto con la masa activa del concurso y adopte, en su caso, las medidas de conservación que estime oportunas o bien valore la posibilidad de solicitar la conclusión al amparo del art. 176.4 LC.

7.7 PLAZO PARA PRESENTAR EL INFORME PROVISIONAL. El plazo para presentar el inventario será de quince días desde la aceptación del cargo por el administrador concursal, y el plazo para presentar el informe será de un mes desde la fecha en la que haya aceptado el cargo, pero en el caso de que se ese plazo se solape con el de comunicación de créditos, el plazo para presentar el informe concluirá a los cinco días de haber concluido aquel, conforme el art. 74.2.2 LC. No se trata de una prórroga sino de una forma diferente de computar el plazo para presentar el informe en aquellos casos en los que concluye antes que el plazo para comunicar los créditos.

7.8 PETICIÓN DE LIQUIDACIÓN CON LA SOLICITUD INICIAL excepto en el supuesto previsto en el art. 191 ter. Si la solicitud de declaración de concurso viene acompañada de la solicitud de liquidación, caben dos posibilidades. La primera, ordenar la apertura de la fase de liquidación en el mismo auto de declaración de concurso, supuesto que procederá por lo general en los casos en los que haya cesado definitivamente la actividad de la compañía y no tenga contratos de trabajo en vigor. La segunda, que se tenga por solicitada la liquidación, conforme el art. 21.1.1º LC, para proceder a su apertura conforme lo previsto en el art. 142.1. LC, en el plazo de diez días, con el fin de que el administrador concursal tenga tiempo suficiente para tomar conocimiento del asunto.

La administración concursal tendrá que presentar el plan de liquidación con su informe provisional, conforme el art. 75.2.4º LC en relación con el art. 148.1 LC, a menos que la apertura de dicha fase se le haya notificado con menos de quince días antes de presentar el informe, en cuyo caso, contará con ese plazo para elaborar el plan, art. 148.1 LC.

7.9 HONORARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

7.9.1 La reforma de la Ley Concursal permite que se solapen las fases común y de liquidación del concurso, mientras que el RD 1860/2004 de los aranceles parte de la base de que las retribuciones eran sucesivas. Como regla general los honorarios de una y otra fase no deben de solaparse, los de la fase de liquidación se devengarán una vez abierta la fase de liquidación, aprobado el plan de liquidación y presentado los textos definitivos, regla que puede excepcionarse cuando la actividad desplegada lo justifique.

7.9.2. Si la apertura de la fase de liquidación se abriese como consecuencia de la inexistencia de actividad y de contratos de trabajo en vigor deberá limitarse a un máximo del 25% el factor de corrección por sustitución de facultades de disposición y administración y, en cualquier caso su aplicación deberá ser especialmente justificada por la administración concursal.

7.9.3. Incumplido el convenio, la administración concursal tendrá derecho a los honorarios correspondientes a la fase de liquidación de acuerdo con las cifras de activo y pasivo que se fijen nuevamente conforme al art.180 LC.

7.10. IMPUGNACIÓN DE LA LISTA DE ACREEDORES

7.10.1. En cuanto lo haya elaborado, y como máximo dentro de los cinco días anteriores a presentar el informe, la administración concursal deberá comunicar por correo electrónico a los acreedores **el proyecto de lista de acreedores**, pudiendo los acreedores pedir la rectificación de errores materiales de ambos documentos o que se complementen los datos comunicados (art. 191.3 LC), por ejemplo, las deudas de la Agencia Tributaria o de la Tesorería fruto de una certificación complementaria.

7.10.2. **Contenido de la comunicación electrónica.** La administración concursal deberá comunicar a cada acreedor del que tenga el correo electrónico el proyecto de inventario íntegro y el crédito que le haya reconocido con su clasificación. La administración concursal no tiene la obligación de

comunicar individualmente a cada acreedor la totalidad de la lista de acreedores. El anterior trámite es exclusivamente extrajudicial. Resulta innecesario poner en conocimiento del Juzgado su cumplimiento.

7.10.3. El plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores se computará desde la presentación del informe, no desde la presentación del inventario, ya que es la presentación del informe la que se notifica a las partes y en el tablón de anuncios.

7.10.4. Concluido el plazo para impugnar el informe, las impugnaciones se unirán a una pieza separada, en la que el secretario judicial dictará resolución dando traslado **SOLO** al administrador concursal por un único plazo de diez días.

Es recomendable que las impugnaciones reúnan los requisitos de una demanda incidental, ya que la contestación de la administración concursal ha de reunir los requisitos de una contestación, pero en todo caso hay que advertir que precluye para el impugnante el momento para proponer prueba, por lo que ha de acompañar a dicha impugnación la documentación y la petición de prueba de la que quiera servirse en apoyo de su impugnación en el caso de no ser aceptada por el administrador concursal.

7.10.5. El administrador deberá presentar en un solo escrito las impugnaciones que acepte, por el contrario deberá presentar un escrito por cada una de las impugnaciones que rechace, en forma de contestación a la demanda con proposición de prueba.

En el caso que se oponga a alguna de las impugnaciones, la administración concursal en un escrito separado informará al Juzgado si estas exceden o no el límite del 20% previsto en el art. 191.4 LC.

7.10.6. Cuando haya oposición, se formará un incidente concursal para cada una de las demandadas de impugnación de la pieza separada y su correspondiente contestación.

No ha sido posible, por el momento, unificar criterio sobre si es necesario emplazar al acreedor titular del crédito afectado por la impugnación o al concursado o, por el contrario, basta que la impugnación se dilucide entre el acreedor o el concursado impugnante y la administración concursal.

7.10.7. En su caso, el acreedor que no haya sido parte del incidente y tenga interés legítimo podrá interponer recurso contra la sentencia que resuelva otras impugnaciones (art. 97.1 LC).

7.10.8. Las modificaciones introducidas en el informe definitivo como consecuencia de las impugnaciones aceptadas por la administración concursal, en la pieza separada, pueden ser objeto de impugnación conforme lo previsto en el art. 96 bis. 3 dentro de los diez días siguientes a la puesta de manifiesto de los textos definitivos, al considerar dichas modificaciones como nuevas comunicaciones.

7.10.9. Publicidad del informe definitivo.

A los textos definitivos deberá darse la misma publicidad que al informe provisional (art.95 LC). Sería recomendable que la administración concursal, de forma simultánea a la presentación de los textos definitivos, notificara electrónicamente a los acreedores afectados cualquier modificación de los textos definitivos respecto del informe provisional.

8.1. PROPUESTA DE CONVENIO

8.1.1. Plazo de presentación de propuesta de convenio. El informe al que hace referencia el plazo de cinco días previsto en el art. 191.5 LC es el del informe provisional.

8.1.2. Valoración de la propuesta de convenio. En la misma providencia de admisión a trámite se dará traslado al administrador concursal de la propuesta de convenio presentada para que la evalúe en aplicación de las normas de procedimiento ordinario.