

EL CONCURSO NECESARIO

Francisco Escobar Escobar

Economista, Auditor, Asesor Fiscal, miembro nº 20 del Ilustre Colegio de Economistas de Málaga, del Registro Oficial de Auditores de Cuentas de Málaga (ROAC nº 2790) y del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España.

El denominado “Concurso Necesario” no es más, ni menos, que un procedimiento concursal, instado por un acreedor legítimo; en lugar de ser instado o solicitado por el propio deudor (Concurso Voluntario).

Desde que entró en vigor la Ley Concursal; Ley 22/2003, de 9 de julio, conjuntamente con la Ley Orgánica: Ley 8/2003, de 9 de julio, el día 1 de septiembre de 2004, ha transcurrido más de dos años y la verdad es que no se han visto realizadas gran parte de las expectativas que la nueva normativa traía aparejadas. ¿Pero cuáles eran esas expectativas? ¿Qué se pretendía conseguir con la nueva ley y su tratamiento sobre los deudores y sus insolvencias temporales o definitivas?

Pues, en primer lugar, se esperaba una proliferación de concursos, ya fuesen voluntarios o necesarios, es decir, una masiva presentación de solicitudes de concurso en los juzgados de lo mercantil, especialmente habilitados para ello. Sin embargo, la realidad es que esto no ha sido así por las causas que más adelante analizaremos.

En segundo lugar, se esperaba que el espíritu de la ley inundara, calara, en el mundo empresarial. Y nos preguntamos: ¿Cuál es el espíritu de esta ley?, ¿Cuál es su principal objetivo? Es indudable que del análisis de ella se desprende que está hecha para “ayudar” al insolvente, para “reflotar” a la empresa, **mantener los puestos de trabajo** y rehabilitar al empresario. Sin embargo, este presunto beneficio tampoco ha empujado a los deudores insolventes, en mayor o menor medida, ni a los acreedores legítimos, a utilizar esta arma legal de rehabilitación empresarial. Más adelante analizaremos también cuáles han sido a nuestro entender las causas de la escasa repercusión de la ley.

Antes de entrar a analizar las causas del escaso volumen de solicitudes de concurso sobre lo esperado, vamos a detallar cuáles son las únicas diferencias que hay entre un “concurso voluntario” y un “concurso necesario”.

El concurso necesario es instado por un acreedor legítimo, mediante una solicitud de inicio que deberá exponer la situación actual del crédito con origen, naturaleza, importe y fechas de adquisición y vencimiento del crédito. Igualmente deberá expresar en la solicitud los medios de prueba de que se valgan para acreditar los hechos. A continuación vamos a señalar algunos medios de prueba:

- La demostración de que el deudor no ha presentado las cuentas anuales en **algún** ejercicio de los tres últimos.
- El informe de auditoría, en su caso, en el que se ponga de manifiesto cualquier comentario negativo del auditor acerca de la solvencia y continuidad de la empresa.
- La existencia de impagados relacionados en el R.A.I. (Registro de Aceptaciones Impagadas).
- La existencia de embargo de bienes del deudor.
- La ejecución contra el deudor de procedimientos judiciales sin que se haya podido trabar bienes por importe suficiente que cubra principal, intereses y costas.
- La transmisión apresurada de bienes del deudor a terceros.

En caso de que esta solicitud fuese admitida a trámite, el juez de lo Mercantil enviará al deudor un ordenamiento para que comparezca (en el plazo de 5 días) en el que se pondrá de manifiesto los autos para que pueda formular oposición.

En su caso, la vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los diez días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición.

De acuerdo con el artículo 19.5 de la LC, éste podrá interrogar directamente a las partes y a **los peritos** y a los testigos y apreciará las pruebas que se practiquen conforme a las reglas de valoración previstas en la LEC, lo que determina la gran importancia que puede tener en este caso **la intervención del perito auditor**.

Tras la visita y pruebas aportadas por el acreedor, el juez dictaminará si existe **causa suficiente**, o no, para la formulación del concurso.

En caso de rechazo de la formulación de concurso, se podrá condenar al acreedor instante a la indemnización por daños y perjuicios que se determine.

En caso positivo, el juez dictará auto con todo el contenido indicando para el concurso necesario admitido a trámite, y además exigirá al deudor que aporte todos los documentos que hubiesen sido necesarios para la presentación del



concurso voluntario, debiendo consignar el crédito del acreedor.

Es importante destacar que se calificará como crédito con privilegio general, la cuarta parte del crédito del acreedor instante del concurso.

Otra diferencia importante entre el concurso voluntario y el necesario radica que si bien en el concurso voluntario, el deudor conserva generalmente las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, aunque intervenidos por la administración concursal; en el concurso necesario dichas facultades quedan suspendidas.

No obstante, el juez de lo Mercantil, motivadamente, puede cambiar estas disposiciones.

Una vez señaladas estas diferencias, el concurso sigue su curso legal (valga la redundancia) en las mismas condiciones que el concurso voluntario, siguiendo en resumen los siguientes pasos: determinación de las masas activas y pasivas, determinación de los criterios concursales, el convenio de acreedores y su aprobación o no, calificación del concurso, liquidación en su caso, y conclusión.

Las causas del escaso volumen de concursos presentados a partir de la entrada en vigor de esta nueva ley creemos que se debe fundamentalmente a dos causas principales:

Primera.- La compleja calificación de los créditos concursales y sus lógicas consecuencias para los acreedores, especialmente para las entidades bancarias, a quienes ha dejado en una posición desfavorable respecto a la ley anterior, cuyas protestas han hecho recapacitar al gobierno y por ende al órgano legislativo, lo que indudablemente favorece al concursado y a los restantes acreedores con créditos ordinarios.

Segunda.- La enorme responsabilidad de todas las personas que rodean al deudor y cuyas consecuencias empiezan a entrar en funcionamiento una vez y en el caso de que el concurso fuese calificado como culpable basta leer al respecto el art. 166 de la Ley Concursal para ver cómo se hace responsable no sólo a los administradores y representantes legales del deudor, si no también los “cómplices” cooperadores con el deudor o con sus representantes.

Debido al escaso espacio para realizar este artículo, voy a terminar señalando que tanto el concurso voluntario como el necesario se pueden realizar por el procedimiento abreviado (arts. 190 y 191 de la Ley Concursal), en cuyo caso el concurso se simplifica reduciendo sus plazos a la mitad y limitando la Administración Concursal a un solo miembro (ya sea abogado, auditor, economista o titular mercantil). Los límites objetivos para la presentación de procedimiento abreviado son:

Aquel que cumpla dos o más condiciones, en dos ejercicios consecutivos, de las siguientes:

1. Facturación menor de 475 millones de euros.
2. Activo menor de 2.374 millones de euros.
3. Trabajadores menor de 50.

En resumen resaltamos una vez más, la gran importancia del informe pericial del perito auditor para demostrar con una opinión técnica y objetiva la situación de insolvencia de una empresa y adjuntarlo a la solicitud de los acreedores legítimos para instar un Concurso Necesario.

Espero que la intervención del artículo haya obtenido su fin que era simplemente resaltar las ventajas e inconvenientes de solicitar un Concurso Voluntario o, en su caso, de instar cuando proceda un Concurso Necesario.