

EL ARTÍCULO 5.3 Y LA POSTERIOR SOLICITUD DE CONCURSO VOLUNTARIO

José María Cutillas Torns. Magistrado

I. EL ARTÍCULO 5 LEY CONCURSAL

La reforma de la Ley Concursal operada por Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, añadió el apartado de dicho artículo; artículo que me apresuro en decir guarda absoluta razón de conexidad con el apartado 3 del artículo 15 y el párrafo segundo del artículo 22.

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del art. 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente.

3. ***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.***

Este artículo 5.3 LC, es la pieza clave de la conexión entre la refinanciación y la propuesta anticipada de convenio.

Lo que propone la reforma es una suspensión de naturaleza eminentemente procesal (proclamación frente la que se viene alzando alguna voces discrepantes, v. gr. RAFAEL FUENTES DEVESA, Auto del Juzgado Nº 1 de Alicante de 21 de diciembre de 2009, que considera que su naturaleza es sustantiva) dado que el art. 15.3 LC establece que durante este período (tres meses más uno), no se proveerán las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado.

Consideraciones:

a) la insolvencia ha de ser actual

b) se dispone de dos meses desde que se produce la situación de insolvencia para instar el concurso, lo que no evitará que un acreedor pueda instar el necesario, antes de que transcurra el plazo de dos meses.

c) el deudor puede, instado el concurso necesario por un acreedor, optar en el momento de ser emplazado por pedir esta demora de tres meses en vez de oponerse. (art. 22 LC 1. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario.

A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada en el plazo del art. 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado .)

d) En estado de insolvencia, la ley concede al deudor el plazo de tres meses para negociar las adhesiones para una propuesta anticipada de convenio.

e) Presentada la solicitud prevista en el art. 5.3 LC se abre un plazo de tres meses durante el que se suspende la posible provisión por el juzgado de las solicitudes de concurso necesario. Transcurrido dicho plazo la ley todavía concede al deudor un plazo de gracia de un mes a lo largo del cual deberá solicitar el concurso voluntario bien con la propuesta anticipada, bien si ella.

f) Si el deudor no cumple el compromiso, el juez tendrá que reabrir el curso de los concursos necesarios que se hubieren solicitado y que se encontrarán hasta la fecha suspendidos.

g) Si no hay solicitudes de concurso necesario pendientes de proveer o de tramitar el juez no podrá de oficio declarar el concurso. El Auto del Juzgado Nº 1 de Alicante de 21 de diciembre de 2009, entiende que, en estos supuestos, las **"Diligencias preliminares de concurso" carecen de sentido y lo que procede es su archivo si el deudor no presenta solicitud de concurso** a tramitar por el cauce del art. 14 LC (al que se remite el art.15.3) **ni hay solicitudes de concurso necesario** presentadas y cuya tramitación está paralizada por el efecto suspensivo de la comunicación (art.15.3).

h) Puede superarse la situación de insolvencia que le obligaba a instar el concurso (es decir, desaparece el elemento objetivo del concurso que prevé el art. 2 LC), por lo que puede no instar el concurso voluntario sin que se produzca ninguna consecuencia de oficio.

i) Si hay solicitudes de concurso necesario pendiente de proveer no parece que la ley permita declarar de modo automático el concurso

necesario. Estas solicitudes abrirán el posible plazo de oposición, allanamiento o incluso del pago de la deuda.

1. Podrá negar la situación de insolvencia acreditándolo
2. Justificar que el acreedor instante es el único existente, faltando la pluralidad de acreedores.
3. Cuestionar la realidad del crédito reclamado o la ejecutividad del mismo.
4. Podrá ofrecer pago y eludir la declaración del concurso.

j) Incluso podrá dejar pasar la totalidad de plazos sin instar la declaración de concurso y sin tener que afrontar solicitudes de concurso necesario.

II. La naturaleza y efectos de la comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal por la que se pone en conocimiento del Juzgado que se habían iniciado conversaciones previas para la presentación de concurso con propuesta anticipada de convenio, así como sobre el cómputo del plazo de cuatro meses que se concede para esa presentación de la solicitud de concurso.

La comunicación previa, en definitiva, produce dos efectos importantes. Como pone de relieve el Auto de fecha 11 de mayo de 2009, del Juzgado de Granada:

- 1) de un lado, modula el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo, lo que resulta muy relevante ante una eventual apertura posterior de la sección de calificación y la consideración del concurso como culpable por concurso extemporáneo, según el artículo 165.1º de la LC;
- 2) de otro, conduce a la declaración del concurso como voluntario desde la misma comunicación previa a pesar de que posteriormente se presenten otras solicitudes de personas legitimadas, siempre que la solicitud del deudor se presente en el plazo de un mes al que alude el artículo 5.3. Se trata, pues, de efectos muy relevantes en el contexto del concurso que habrá venir y de evidente incidencia para los acreedores que lleguen a concurrir.

Por su parte, **el Auto** del Juzgado Nº 1 de Alicante de 21 de diciembre de 2009, dice que **los únicos efectos de dicha comunicación**, al margen de los procesales propios de la incoación de unas denominadas "Diligencias preliminares de concurso" a

efectos informáticos y de registro, **son: a) la prórroga del deber de presentación de la solicitud de concurso para el deudor que está en situación de insolvencia actual**, de modo que "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" y b) **la suspensión temporal o "blindaje" frente a las solicitudes de concurso necesario** que durante ese tiempo se presenten (art. 15.3).

Para que estos efectos se produzcan es necesario, por tanto, que se den tres requisitos:

A) el **primero**, que se acredite el estado de insolvencia actual del comunicante;

B) el **segundo**, que se acredite el inicio de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a "una propuesta anticipada de convenio";

C) el **tercero**, que no conste que el solicitante se encuentra incurso en alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 105 de la LC, pues de lo contrario le estará vedada la presentación de la propuesta anticipada, sin perjuicio de que, presentada ésta en su caso junto a la solicitud de concurso voluntario, resultara finalmente inadmitida si se incurriera en alguna de esas prohibiciones.

Cabría pensar, también, en que es preciso presentar la propuesta anticipada concreta destinada a las adhesiones. Sin embargo, este requisito no aparece amparado por la letra del precepto, que emplea el artículo indeterminado "una" (propuesta anticipada de convenio) en vez del determinado "la" (propuesta anticipada de convenio): parece que en la mente del legislador no está presente la exigencia de una propuesta concreta en el momento de esta comunicación previa, que por lo demás tenderá a modificarse durante esos tres meses de lo que se ha dado llamar escudo protector, tratando con ello de lograr efectivamente las adhesiones necesarias de cara a los artículos 104 y 106.2 de la LC. De lo contrario, una tesis demasiado rígida produciría el efecto de que la comunicación previa se admitió a trámite en relación a una propuesta diferente de la posteriormente dotada de suficientes adhesiones, que será la que el Juez tramite.

II. 1 INSOLVENCIA ACTUAL

Por lo que se refiere a la acreditación del estado de insolvencia actual, es precisa la justificación de la concurrencia del estado de insolvencia al que alude el artículo 2 de la LC, pues así lo dispone el nuevo artículo 5.3. (Auto de fecha 11 de mayo de 2009, del Juzgado de Granada y el AUTO del Juzgado **de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 17 de abril de 2009** (D. JAVIER JESUS GARCIA MARRERO, que dice literalmente : **En segundo lugar se exige que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual, lo que es inherente a la propia naturaleza del deber del artículo 5.1 de la ley, ya que solo surge el deber de presentar la solicitud cuando concorra situación de insolvencia actual. No es por lo tanto admisible la comunicación de inicio de negociaciones cuando la insolvencia es inminente; mejor dicho, la comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un convenio anticipado carece de efecto alguno** cuando se trata de una insolvencia inminente, porque en este supuesto no existe el deber de solicitar la declaración del concurso impuesto por el artículo 5.1, deber que solo existe cuando la insolvencia es actual. **Solo cuando hay insolvencia actual hay posibilidad de incumplir el deber de solicitar el concurso y solo cuando se incumple puede tener consecuencias perniciosas para el afectado, vía artículo 165 LC.** En consecuencia en los supuestos de insolvencia inminente no tienen trascendencia la comunicación del inicio de negociaciones, con el efecto de no exigir el deber de solicitar la declaración de concurso, y por lo tanto la comunicación que se efectúe no puede desprender los efectos pretendidos por el legislador .En el mismo sentido el **Auto de 9 de julio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 y Mercantil de Cuenca; y** el Auto 28 de junio de 2010, del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Pamplona.

II.2 ACREDITACIÓN DEL INICIO DE NEGOCIACIONES CON LOS ACREEDORES PARA OBTENER ADHESIONES A UNA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.

El Auto de fecha 11 de mayo de 2009, del Juzgado de Granada, hace hincapié en que no basta con una mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado, sino aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya --pues de lo contrario no se justifica la activación del mecanismo protector del artículo 5.3—y versan sobre una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante. Ninguno de estos requisitos concurre, por lo que la comunicación previa formulada no puede ser admitida.

En igual sentido el Auto 28 de junio de 2010, del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Pamplona, que pone de manifiesto : *La solicitante no ha presentado un principio de prueba sobre el inicio de conversaciones con sus acreedores tendente a obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.*

Lo que presenta es una propuesta de reestructuración por ella elaborada pero ningún principio de prueba relativo al inicio efectivo de conversaciones.

Tal exigencia tiene su justificación en evitar que el mecanismo del art. 5.3 LC pueda ser utilizado con la simple finalidad de impedir la presentación de solicitudes de concurso necesario por los acreedores; no basta con una mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado, sino que es preciso aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya y versan sobre una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante, pues de lo contrario no se justifica la activación del mecanismo protector del artículo 5.3 LC que impide la presentación de solicitudes de concurso necesario, lo cual no puede dejarse a la simple discrecionalidad de la solicitante, debiendo ser objeto de supervisión judicial.

Por el contrario, el AUTO del Juzgado **de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 17 de abril de 2009** (D. JAVIER JESUS GARCIA MARRERO, dice lo siguiente: *El precepto mencionado exige el inicio de negociaciones para obtener un convenio. En este punto sería conveniente la acreditación de ese inicio, sin embargo en aras de lograr un convenio anticipado y en virtud del principio favor convenii que inspira la regulación concursal se puede prescindir de su acreditación en este momento procesal. No debemos olvidar que la consecuencia de esta comunicación es suspender la exigibilidad del deber de solicitar la declaración del concurso. El artículo 5.1 de la ley señala el plazo de 2 meses para presentar la solicitud, estableciéndose en el apartado 2º una presunción del conocimiento de la situación de insolvencia. La consecuencia del incumplimiento de ese deber viene prevista en el artículo 165 de la LC, regulándose este incumplimiento como presunción iuris tantum del elemento intencional para calificar el concurso como culpable. En consecuencia, la acreditación del inicio de esas negociaciones tendrá su plena virtualidad en caso de propuesta de calificación del concurso como culpable por concurrir la presunción mencionada, y ello supondrá desvirtuar la presunción del artículo 165. No es por lo tanto necesario justificarla en este momento procesal para tener por efectuada la comunicación del artículo 5.3 de la ley.*

III. NATURALEZA DEL PLAZO DEL ARTÍCULO 5.3 DE LA LEY CONCURSAL

Sobre la cuestión de **la naturaleza del referido plazo -sustantiva o procesal-** considera el Auto del Juzgado Nº 1 de Alicante de 21 de diciembre de 2009, que ha de resolverse partiendo de la idea de que sólo poseen carácter procesal los que tienen su origen o punto de partida en una actuación de igual clase, es decir, los que comienzan a partir de una citación, notificación, emplazamiento o requerimiento (Sentencias de 25 de junio de 1968, de 1 de febrero de 1982 y 25 de septiembre de 2001), por lo que **hay que predicar su naturaleza sustantiva, ya que no depende de ninguna actuación procesal, dado que el único que efecto que provoca la comunicación es prorrogar el plazo para solicitar el concurso**, cuya carácter sustantivo no parece dudoso al ser la actuación que pone en marcha el proceso concursal, sin que esa comunicación ex art. 5.3 LC tenga la virtualidad de mutar la naturaleza del plazo de solicitud de concurso, máxime cuando como se desprende del art. 5.3 ("Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado") el dies a quo no depende de acto procesal alguno, **siendo ese dies inicial el de la comunicación al Juzgado, al margen de la fecha de la resolución judicial que tenga por hecha la comunicación.**

En todo caso, se aclara en el auto que **ello no afecta al cómputo del plazo "de fecha a fecha", indicando la ley que "cuando en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes"** (art. 5.1 CC, aplicable también para el cómputo de plazos procesales, art. 185 LOPJ y de igual modo art. 133.3 LEC). Cómputo de fecha a fecha que implica que **el último día es el que equivale** (en la fracción - mes o año- correspondiente) **al día en que se inicia el cómputo.** Así se desprende de la literalidad de la expresión «fecha a fecha», y la previsión relativa a la hipótesis de que en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, equivalencia que ha de interpretarse en el sentido de que ese día entre dentro de los que integran el plazo; criterio sentado por el

Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 25/9/2001 y la Sala Tercera, sentencias de 16 junio y 24 noviembre 1981, 17 diciembre 1983, 5 julio y 24 septiembre 1984, 9 marzo, 30 septiembre y 20 diciembre de 1988 y 12 mayo 1989, entre otras etc.), que el Tribunal Constitucional ha ratificado en la Sentencia número 32/1989, de 13 febrero, y que es la seguida por la DGRN en Resolución de 20/9/2007 al interpretar el plazo de un mes del art. 97 TRLSA (que estima que no se incumple en el caso de una junta celebrada el 27 de octubre de 2006 siendo el último de convocatoria el 27 de septiembre del mismo año).

Advierte el Juez que **el único problema que se suscita es cuando el día final es inhábil. Si el plazo se considera procesal se entenderá prorrogado al día siguiente hábil** (art. 185.2.LOPJ y 133.4 LEC), **pero en el caso de los plazos sustantivos, la jurisprudencia está dividida: mientras una línea jurisprudencial mantiene que no es posible prorrogar el día final** (AP de Madrid en la sentencia de 19 de mayo de 2003), **otra sostiene que si el plazo vence en día inhábil, debe prorrogarse al siguiente día hábil cuando el derecho deba exigirse judicialmente**, ya que en día inhábil es imposible presentar la demanda, sin que sea posible presentarla en los juzgados de guardia, y que por venir exigido por el art. 24CE y el principio de la tutela judicial efectiva es la seguida por la SAP de Alicante, de 7 de noviembre de 2005. **Tesis esta última que asume el Juez de lo Mercantil de Alicante**, sin que ello implique la aplicación del art. 135 LEC, al no encontrarnos ante un plazo procesal, dado que es la solicitud de concurso la que pone en marcha el proceso concursal y no esta sujeta su presentación, como se ha dicho, a acto procesal alguno.

Por tanto, en el caso presente, efectuada la comunicación por escrito presentado el 29/07/2009, el plazo para presentar la solicitud vencía el 29/11/2009, y al ser inhábil se prorroga al día hábil siguiente 30/11/2009. Dado que en esa fecha no había solicitud que tramitar, el expediente debe ser archivado.

Discrepan de la naturaleza sustantiva, entre otros muchos, el Juzgado de lo Mercantil, Nº 1 de Bilbao, de fecha 2 de junio de 2009 – EDJ 2009/110572 -, que pone de manifiesto lo siguiente:

*Admitidas estas "diligencias preparatorias de concurso", sus efectos serán los previstos en la norma. Por lo tanto, conforme al nuevo art. 15.3 LC no podrán proveerse las solicitudes de concurso que se presenten con posterioridad al 28 de mayo pasado, que sólo serán respondidas cuando haya vencido el plazo de un mes para solicitar la declaración de concurso, plazo previsto en el art. 5.3 LC que computa desde que, a su vez, transcurre el término de negociación de propuesta anticipada de convenio. **Esto significa, apartado el mes de agosto por inhábil, que hasta el 28 de octubre próximo no se podrán proveer estas solicitudes.***

En segundo lugar, por disponerlo el art. 5.3 LC , transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, es decir, a partir del 28 de septiembre próximo, 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. No ha dispuesto el nuevo precepto una sanción al incumplimiento de tal deber, por lo que parece que quedará en semejante situación al deudor que no atiende el deber general impuesto en el art. 5.1 LC , de forma que el incumplimiento de esa obligación sólo será relevante si ulteriormente se declara un concurso a instancia de legitimado distinto del deudor.

Obsérvese que descuenta el mes de agosto por inhábil.

Asimismo, la Audiencia de Valencia, Sección 9ª, Auto Nº 204/2010, Rollo 71/2010, de fecha 2 de junio de 2010, considera que es un plazo procesal, pero no descuenta el mes de agosto por inhábil, por aplicación del artículo 133 de la LEC.

Atendido, de un lado, que el art. 185.1 L.O.P.J., establece que los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, precepto que ha de ser puesto en relación con el art. 5 C.C, que en su primer apartado dispone que los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha; añadiendo, en su apartado segundo, que en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles, lo cual también resulta aplicable en los plazos procesales para los plazos señalados por meses o años, puesto que el mencionado art. 185 precisa que, en los señalados por días, quedarán excluidos los inhábiles, lo que, a sensu contrario, evidencia

que estos últimos no serán excluidos en ningún caso en los fijados por meses y años, que se computan en todo caso de fecha a fecha, lo cual igualmente se infiere del art. 133 L.E.C., que únicamente contempla que serán excluidos los inhábiles en los plazos señalados por días; estableciendo también que los señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha, conclusión a la que no obsta que el art. 183 L.O.P.J. declare que los días del mes del agosto son inhábiles, ya que ello no comporta que en los plazos fijados por meses o años deban descontarse los días de agosto, como tiene reiteradamente declarado la Jurisprudencia del T.S., entre otras muchas, S.T.S. Sala 1ª de 17-7-1987 [EDJ1987/5830](#) , que indicó que, al no tratarse de un plazo de días, en el que se descuentan los inhábiles, sino de meses, no debe excluirse del cómputo el mes de agosto que, según el artículo 183, se refiere a que sus días son inhábiles, pero no el mes, como tal, igualmente S.T.S. Sala 1ª, S 22-12-1989 [EDJ1989/11669](#) , que citando la del propio Tribunal de 28-9-1987 [EDJ1987/6737](#) , en relación con el plazo de interposición del recurso de revisión, señaló que el mismo es calificado como de caducidad, lo que, unido a su carácter no procesal, impide que sean descontados del mismo los días que se reputen inhábiles, procediendo su cómputo de fecha a fecha, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.1 del Código Civil; añadiendo que, aunque el art. 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reputa inhábiles todos los días del mes de agosto, tal inhabilidad se limita a la práctica de actuaciones judiciales, sin abarcar a la interposición de recursos, que pueden llevarse a cabo durante el mismo, sin perjuicio de que, una vez presentados en tiempo y forma, se procederá a la paralización de su trámite hasta después de transcurridos los días del indicado mes de agosto; añadiendo la S.T.S. Sala 1ª, S 4-12-1987 [EDJ1987/8994](#) , que aunque se entendiera que el plazo debía tener el carácter de procesal, habría de tenerse en cuenta que, según ordena el art. 185 de la misma L.O.P.J., el cómputo de los plazos procesales ha de efectuarse como dispone el C.C., cuyo art. 5 contempla que los fijados por meses se computen de fecha a fecha, sin que daban

excluirse en ningún caso los inhábiles, ni en concreto los del mes de agosto, en la misma línea S.T.S. Sala Primera 23-9-1999 [EDJ1999/28197](#) , que indicó que los plazos de caducidad no son susceptibles de interrupción alguna y son apreciables de oficio (glosa Ss.T.S. de 18-10-1993 [EDJ1993/9188](#) , 8-11-1995 [EDJ1995/6091](#) y 3-7-1996 [EDJ1996/6484](#)); añadiendo que los fijados por meses se computan de fecha a fecha, sin exclusión de los días inhábiles (cita Ss. 19-1-1990 [EDJ1990/327](#) , 16-3, 15-0 y 4-11-1992 [EDJ1992/10827](#) , 14-9-1993 [EDJ1993/7877](#) , 15-4-1995 y 23-12-1996 [EDJ1996/9610](#)), criterio reiterado en S.T.S. Sala Primera 20-10-1990 [EDJ1990/9541](#) , que indicó que, al margen de que la inhabilidad de los días del mes de agosto declarada en el art. 183 L.O.P.J. se refiere a las actuaciones judiciales, no a la computación de un plazo de caducidad para recurrir, en los fijados por meses no se excluyen los días inhábiles, lo que comporta que no se hayan de descontar estos, ni los del inhábil mes de agosto; especificando que se llegaría a la misma conclusión, aun cuando dicho plazo estuviera sometido a la normativa procesal, pues, con arreglo a ésta, en el cómputo de los plazos señalados por meses, como es el que aquí nos ocupa, nunca se excluyen los días inhábiles, según resulta "a contrario sensu" del artículo 185.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conclusión a la que llega igualmente el A.T.S. Sala Primera, 22-10-2002 [EDJ2002/52525](#) , el cual glosa numerosas sentencias del T.S., que indican que el plazo para interponer el recurso de revisión es de caducidad y no de prescripción (Ss.T.S. 10-9-1996 [EDJ1996/6801](#), 7-11-1996 [EDJ1996/7777](#), 18-11-1996 [EDJ1996/9046](#), 23-12-1996, 10-2-1997 [EDJ1997/274](#), 20-10-1997 [EDJ1997/8005](#) , 6-11-1997 [EDJ1997/7977](#) , 3-3-1998 [EDJ1998/1513](#) , 25-5-1998 [EDJ1998/5156](#) ,7-7-1998 [EDJ1998/16380](#), 24-7-1998 [EDJ1998/11986](#), 18-9-1998 [EDJ1998/19668](#), 23-9-1998 [EDJ1998/21965](#), 18-2-1999 [EDJ1999/566](#), 19-4-2000 [EDJ2000/5934](#) y 2-3-2002 [EDJ2002/3346](#)); añadiendo que dicho plazo se computa de fecha a fecha y no admite interrupción alguna (ni siquiera por su interposición ante el Tribunal Superior de Justicia); no

interrumpiéndose por el mes de agosto, que se limita a la práctica de las actuaciones judiciales, sin abarcar a los recursos, cómputo de fecha a fecha, sin exclusión del mes de agosto, efectuado igualmente en S.T.S. 25-9-2001.

IV. CARÁCTER PRECLUSIVO DE DICHO PLAZO

Concluye el auto aclarando que **la consecuencia anterior no desaparece porque con posterioridad a esa fecha se haya presentado directamente en el mismo Juzgado por el comunicante solicitud de concurso voluntario**. No cabe admitir a trámite esa solicitud de concurso, ya que lo impone el art. 68 LEC: no cabe cursar ningún asunto a reparto si no constare en él la diligencia correspondiente, sin que quepa presentación directa fuera del plazo de 4 meses previsto en el art. 5.3 LC. Dicho de otra manera, **una vez sobrepasado ese plazo no cabe asunción directa alguna por antecedentes con base a la primigenia comunicación que da lugar a las diligencias preparatorias de concurso, por lo que procede es ordenar que el asunto pase a reparto**.

V. PROBLEMAS QUE PUEDEN PRESENTARSE

A) Presentar concurso voluntario sin adhesiones y sin justificar tales negociaciones.

En esta situación no encontraremos que el deudor se ha beneficiado del plazo concedido por el art. 5.3 LC (2 + 4 meses).

El art. 22.1, último párrafo dice :A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada en el plazo del art. 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo.

Luego los efectos no podrán retrotraerse a aquella fecha sino que deberá aplicarse la de declaración del auto.

La consecuencia de ello que si se hubieran presentado solicitudes de concursos necesarios, por aplicación del art. 22 LC, el concurso se considerará necesario.

Incidencia en la sección de culpabilidad y en la responsabilidad de los administradores.

Un importante sector doctrinal se pronuncia a favor de tener una propuesta detallada de antemano, posteriormente trasladarla a todos los acreedores que tenga la empresa y negociar. Sólo entonces, y con confirmación escrita de todo este proceso, se debe pedir el concurso voluntario, por lo que las actas de reunión son imprescindibles. En caso de presentar la solicitud antes del término del proceso de negociaciones, la Administración puede tomar nuestra actitud como

un fraude procesal que eche para atrás la iniciativa de concurso voluntario.

B) Presentar escrito solicitando el archivo por haber llegado a un acuerdo con los acreedores y ha desaparecido el elemento objetivo del concurso que prevé el art. 2 LC.

Así el AUTO de 10 de septiembre de 2009 del Juzgado Mercantil de Córdoba. Art. 5.3 LC, relativo a la comunicación previa de inicio de negociaciones con los acreedores: sostiene que el deudor, una vez presentada la solicitud y adquirida la "protección" legal que le brinda el nuevo artículo, puede desistir del procedimiento. No existe obligación legal de solicitar un posterior concurso de acreedores. Interpretación correctora: el deudor puede superar la causa de su insolvencia a través, por ejemplo, de un acuerdo de refinanciación que le evite solicitar su concurso.

El problema fundamental puede ser que haya habido acuerdos extrajudiciales que no de refinanciación (disposición adicional 4ª) con las entidades financieras, que puedan perjudicar la par conditio creditorum y a la propia masa activa.

VI. GARANTIAS PERJUDICIALES PARA LA MASA PRESUPUESTOS PARA LA IMPUGNACION

A) La superposición de garantías reales (hipoteca, prenda, anticresis) sobre créditos ya existentes

B) La novación extintiva de las deudas existentes no vencidas con el acreedor constituyendo garantías reales en garantía de las nuevas que sustituyen a aquellas.

C) Pago anticipados de deudas no vencidas

Todas ellas serían rescindibles

La A), en base a la presunción de perjuicio patrimonial iuris tantum del art. 71.3.2 LC, pero también pueden ser declaradas de mala fe, como actos gratuitos, y en consecuencia determinan la pérdida del carácter privilegiado del crédito hipotecario y su conversión en subordinado.

Es conveniente para protegerse de estas acciones rescisorias acudir a figuras de novación no extintiva sino modificativa, como son las ampliaciones de plazo.

LIQUIDACION ANTICIPADA

El crédito de un acreedor, cuando hubiera sido afianzado por un tercero especialmente relacionado con el concursado – circunstancia ésta que implica que el crédito deba clasificarse como subordinado – no se calificará como tal de forma automática, sino que sólo se atribuye tal condición al crédito cuando el fiador se subroga como titular del mismo al efectuar su pago (por resultar ésta la calificación menos gravosa para el concurso).

VII. LOS EFECTOS DE LA SOLICITUD DEL DEUDOR REALIZADA EN EL PLAZO DEL ARTÍCULO 5.3 LC, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 22 DE DICHA LEY

Para una recta y acertada resolución del presente recurso debe de tenerse presente que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, fue reformada por Real Decreto-Ley, 3/2009, de 27 de marzo, introduciéndose, en lo que aquí y ahora nos interesa, un nuevo párrafo, el 2º, en el apartado 1 del artículo 22 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, con el siguiente tenor:

«1. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario.

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.»

Evidentemente, ello tiene que imbricarse, pues también fue objeto de la precitada reforma con lo siguiente:

Se introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, con la siguiente redacción:

«3. 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.»

Asimismo, el apartado 3 del artículo 15 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrá la siguiente redacción:

«3. 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.»

Por lo tanto, parece que será oportuno analizar si procede reconsiderar, entre otras cuestiones, lo dispuesto en los artículos 21.2 y 55, ambos de la Ley Concursal, a los efectos de su adecuación a la reforma, pues tales preceptos fueron redactados con la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Recordemos que el artículo 21.1 LC dice: "El auto producirá sus efectos de inmediato.....".

Y el artículo 55 establece: Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

Desde luego y desde esta óptica, ya puede adelantarse que si la prórroga concursal concedida en dicha reforma para lograr unos acuerdos de refinanciación o la propuesta anticipada de convenio, y presentado que haya sido el concurso en los plazos legalmente establecidos, tan sólo y únicamente se va obtener como concesión que los efectos se refieran a la consideración del concurso como voluntario o necesario, limitándose únicamente a impedir que el concurso deba considerarse necesario si un acreedor presenta una solicitud de concurso con posterioridad a una solicitud prevista en el artículo 5.3 LC, el legislador podría haberse ahorrado tiempos, objetivos y artículos; es decir aquello del viejo refrán de que para ese viaje no hacían falta esas alforjas.

Con semejante interpretación ocurrirá que mientras el deudor se halla negociando y buscando adhesiones con sus acreedores, dando

por supuesto que acepten determinados de ellos las mismas, y transcurridos los seis meses de prórroga presenta la solicitud de concurso voluntario, otros renuentes a ello, como podría ser la AEAT, siguen los apremios tributarios contra el patrimonio del deudor desvinculándose de aquella par conditio creditorum apriorística, lograda numéricamente o no, de acuerdo con lo exigido legalmente, y siendo el auto por el que se declara el concurso posterior a los apremios tributarios, difícilmente por no decir imposible lograría viabilidad alguna su refinanciación o la propuesta anticipada de convenio, caso de haberse llevado a cabo. Y ello de manera especial cuando se trata de bienes adscritos o pertenecientes a la actividad profesional o empresarial de las deudoras.

Salvo, claro está, que se haga valer que la solicitud del deudor realizada en el plazo del artículo 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo, y que será como máximo unos seis meses antes.

Porque, claro está, ¿qué sentido y finalidad hay que otorgarle a la reforma de 27 de marzo de 2009, de la Ley Concursal que acudiendo a la literalidad del artículo 22.1 de dicha Ley, ordena el efecto retroactivo de la solicitud del deudor de que se declare el concurso a la fecha de presentación de la comunicación de que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, prevista en el artículo 5.3 de la tantas veces repetida Ley Concursal, a los efectos de considerarlo voluntario, y la producción de " **otros** " efectos los remite a la fecha en que se dicte el auto, que obviamente será unos seis meses más tarde ?. Esto, desde el punto de vista de la interpretación de la norma es contradictorio, pues nos encontraremos con dos fechas distintas en la producción de efectos de una resolución judicial.

Una interpretación teleológica junto con la ayuda de otros criterios hermenéuticos, principalmente el histórico, nos descubre el espíritu y finalidad de la norma, y que no puede ser otro que, ante el supuesto del ejercicio de lo previsto en el artículo 5.3 de la LC y, eso sí, con acreditación de los acuerdos de refinanciación o de proposición anticipada de convenio, determinará que los efectos de la declaración del concurso lo sean cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo. Y no se olvide que prevalece o debe prevalecer el favor concurso.

Podría recordarse a FERRARA cuando decía que la norma debe ser entendida en el sentido que mejor responda a la realización del resultado que se quiere alcanzar.

A lo que también nos conducirá una interpretación extensiva de la Ley.

En definitiva, los efectos del auto declarando el concurso deben serlo con fecha de la puesta en conocimiento del Juzgado que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta

anticipada de convenio, en sede de alzamiento de embargo sobre los bienes de la concursada por resultar necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la misma.