

2. MERCANTIL

CONTROVERSIAS SOBRE EL ARTÍCULO 5.3 DE LA LEY CONCURSAL TRAS LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 3/2009

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-ley 3/2009, entre otras muchas normas de la Ley Concursal, ha reformado el artículo 5 de la misma en relación con el aplazamiento del deber de instar el concurso.

La reforma de nuestra Ley Concursal, aunque operada por el citado Real Decreto-ley, era necesaria para ajustar nuestra normativa de insolvencias a la grave situación económica y financiera que vive la economía española. Pero, en nuestra opinión, y como ocurre en tantas ocasiones la premura y el *modus* de la reforma no se ha ajustado a las soluciones demandadas. Así, han surgido voces tanto a nivel académico, como entre los operadores jurídicos y económicos que han reconocido que, pese a las intenciones del legislador, no se han alcanzado los propósitos que llevaron a cabo la misma.

Por todos es conocida tal preocupación; cito a título de ejemplo las conclusiones del I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia celebrado en abril de 2009, donde se ha clamado por la necesidad de una gran reforma adicional de nuestra Ley Concursal que debiera ser llevada a cabo en el seno de la Comisión General de Codificación y con la participación de los sectores cualificados interesados, en el que se solicitaba la necesaria tramitación del Real Decreto-ley 3/2009 como Proyecto de Ley.

Así, la reforma hasta ahora operada y por su propio modo de realización, a través de Real Decreto-ley, ha quedado huérfana entre otras cosas, de una tramitación parlamentaria y de una intervención de sectores cualificados que, sin duda, habrían hecho más fructífera la misma, debido a las imprecisiones técnicas de las que adolece.

Fruto del grave contexto económico y ante el incremento de la actividad concursal experimentada en nuestro país, debe operarse una verdadera reforma de la Ley Concursal, con el objeto de adecuarla a la situación en que debe ser aplicada la norma aprobada hace ya unos años, en un marco completamente diferente al que tenemos en este momento.

Por ello, valoramos que el Ministro de Justicia, Francisco Caamaño, haya presidido en julio de este año 2009 la constitución de la Sección Especial de la Comisión de Codificación Mercantil que concluirá la futura reforma de la Ley Concursal, cuyas primeras conclusiones se esperan para mayo de 2010 y donde parece que la nueva reforma prevista se hará vía Proyecto de Ley, siguiendo las opiniones de los expertos.

Según hemos tenido oportunidad de conocer la futura legislación concursal se elaborará con el objetivo de «eliminar el estigma concursal al empresa-

rio», ampliando la seguridad jurídica de las inversiones tanto nacionales como extranjeras mediante una normativa «sólida, rápida y ágil, que sea una garantía para la economía y la viabilidad empresarial».

Pues bien, esperemos que dichos trabajos codificadores no nos dejen normas tan desacertadas en cuanto a su contenido como el actual artículo 5.3 de la Ley Concursal, que en tan poco tiempo de vigencia ha sido objeto de bastantes críticas y de múltiples resoluciones judiciales de los juzgados de lo mercantil en sentido contrario, sobre todo en cuanto a la necesidad o no de acreditar la insolvencia del solicitante, así como las negociaciones con los acreedores, lo que ha supuesto gran desconcierto, sobre todo para quienes desde el ejercicio de la abogacía nos dedicamos a la práctica concursal.

II. EL PLAZO PARA INSTAR EL CONCURSO TRAS LA REFORMA CONCURSAL Y SU CONTROVERSIAS

Como hemos adelantado, el artículo 5.3 de la Ley Concursal —tras el Real Decreto-ley 3/2009—, ha quedado redactado del siguiente tenor literal:

«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».

Así, esta norma dictada para favorecer la práctica de los convenios anticipados ha supuesto en realidad lo que se viene a conocer como un «aplazamiento del deber de solicitar el concurso», cuyo espíritu o finalidad no es que resulte criticable, aunque sí la técnica legislativa del mismo, ya que ha dado pie a contrarias interpretaciones en cuanto al control *a priori* o *a posteriori* que puede realizar el juez de lo mercantil acerca de la existencia y concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 5.3 de la Ley Concursal —insolvencia actual y negociaciones con los acreedores— para tener por comunicada tal especie de «moratoria» y en definitiva, para su admisión a trámite.

Fue quizás, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada, de 11 de mayo de 2009 (pocas veces, un Auto judicial ha sido tan comentado) el que inició —por así decirlo, la polémica— al interpretar el artículo 5.3 de la Ley Concursal, siendo su ponente don Blas Alberto González Navarro (conocido juez concursalista, que ya fuera también ponente de la importante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de marzo de 2006, que marcara línea en otra tema concursal controvertido como es el tratamiento de la acción directa del art. 1.597 del Código Civil en el concurso de acreedores), con quien he tenido, afortunadamente, la oportunidad de coincidir en algún foro concursal en el que ha tratado temas de gran actualidad concursal desde un gran rigor y pragmatismo.

De esta forma el citado Auto analiza las funciones de la comunicación previa regulada en el artículo 5.3 de la Ley Concursal al decir que produce dos efectos importantes: *«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 165.1 de la LC; 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 de venir y de evidente incidencia para los acreedores que lleguen a concurrir.

Para que estos efectos se produzcan es necesario, por tanto, que se den tres requisitos: el primero, que se acredite el estado de insolvencia actual del comunicante; el segundo, que se acredite el inicio de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una “propuesta anticipada de convenio”; el tercero, que no conste que el solicitante se encuentre incursa 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».

De acuerdo con los razonamientos anteriores, el referido Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada, de 11 de mayo de 2009, resuelve inadmitiendo la comunicación previa del artículo 5.3 de la Ley Concursal, ya que en el caso de referencia ni se justificó la insolvencia actual del solicitante, ni las negociaciones con los acreedores para la obtención de una propuesta anticipada de convenio, ya 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*».

Dentro de esta interpretación del artículo 5.3 de la Ley Concursal que pudiera calificarse como más rigorista, el Auto del Juzgado Mercantil de Cuenca, de 7 de julio de 2009, tras recordar igualmente la necesaria concurrencia para la admisión de la comunicación previa del artículo 5.3 de la Ley Concursal de los tres requisitos antes citados por el Auto del Juzgado Mercantil de Granada —así como por el también Auto del Juzgado Mercantil de Granada, de 3 de junio de 2009—, es decir, la acreditación de la insolvencia actual del comunicante, la acreditación de las negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y que el solicitante no se encuentre en ninguna de las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal, entiende cumplidas las dos primeras al afirmar lo siguiente: «*En el presente caso, se entiende suficiente la justificación presentada sobre el estado de insolvencia actual del solicitante, dada la relación de acreedores y el activo resultante de la documentación aportada, así como la situación actual del mercado inmobiliario, lo que impide hacer pago a las obligaciones derivadas de los préstamos correspondientes. También se entiende suficiente la documentación aportada como principio de prueba del inicio de las negociaciones con los acreedores para preparar una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante*», aunque acaba inadmitiendo la comunicación previa porque al día de la fecha no constaban depositadas las cuentas correspondientes al ejercicio 2008, por lo que se encontraba incursa en la prohibición del artículo 105.1.2 de la Ley Concursal.

De igual forma, el también Auto del Juzgado Mercantil de Cuenca, de 9 de julio de 2009, incidiendo en los requisitos de admisibilidad de la comunicación previa para la obtención de las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y entendiendo acreditada la insolvencia actual del solicitante: «...dada

la relación de acreedores con procedimientos judiciales abiertos y el activo resultante de la documentación aportada, lo que impide hacer pago a las obligaciones derivadas de los préstamos correspondientes», inadmite igualmente dicha comunicación previa ya que: «No obstante, no se entiende suficiente la documentación aportada como principio de prueba del inicio de las negociaciones con los acreedores para preparar una propuesta anticipada de convenio que permite superar la insolvencia actual del solicitante, lo cual es causa suficiente para la inadmisión. La reforma operada en el artículo 5.3 de la Ley Concursal está pensada para facilitar la refinanciación de empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia; no obstante ello no debe llevar a forzar situaciones que podrían suponer un fraude procesal, admitiendo solicitudes de comunicación previa a la declaración de concurso sin la más mínima base que pueda dar seguridad jurídica a los acreedores en orden a la consecución de una propuesta anticipada de convenio que garante sus derechos; y no dilate, innecesariamente, el cobro de sus créditos».

Por otro lado y realizando una interpretación que podría denominarse más flexible del artículo 5.3 de la Ley Concursal, el Auto de 24 de abril del Juzgado Mercantil, número 3 de Madrid, y en relación con los requisitos de la comunicación previa de insolvencia, entiende que no es necesario probar que se han iniciado negociaciones con los acreedores, ya que la comunicación previa no es el momento procesal oportuno para probar la existencia de tales negociaciones, sino que lo es, en su caso, la pieza de calificación que se iniciará posteriormente para castigar el retraso en la solicitud del concurso, no siendo preciso igualmente acreditar la insolvencia actual. En la misma línea, el Auto de 11 de mayo de 2009, del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 5, entiende que: «...en este punto sería conveniente la acreditación de ese inicio. Sin embargo, en aras de lograr un convenio anticipado, se puede prescindir de su acreditación en este momento procesal».

De igual forma el Auto del Juzgado Mercantil de Barcelona, número 8, de 11 de mayo de 2009, establece que al no exigirse ni la acreditación de la insolvencia ni el inicio de las negociaciones, debe entenderse que la mera comunicación por parte del deudor presupone la concurrencia de ambas y permite obtener el aplazamiento del deber, sin perjuicio, además, del resultado de esa negociación.

También el Auto de 11 de mayo de 2009, del Juzgado Mercantil de Badajoz, afirma que no es preciso acreditar la insolvencia actual del solicitante, sino que basta la mera manifestación al efecto, bajo su responsabilidad. En igual sentido, el Auto de 15 de mayo de 2009 del Juzgado Mercantil Central de Alicante.

Asimismo, dentro de esta interpretación flexible se ubica el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Bilbao, de 2 de junio de 2009, que entiende que el artículo 5.3 de la Ley Concursal sólo obliga al solicitante a poner en conocimiento del juzgado el hecho de que se encuentra en un proceso de negociación con sus acreedores, pero no siendo necesaria la acreditación de las mismas, ni presentar documentación alguna de la requerida en el artículo 6 de la Ley Concursal, la cual habrá de acompañarse con el escrito de solicitud del concurso de acreedores, pronunciándose al respecto del siguiente tenor: «*al margen del paso que podría entenderse dado con esta reforma hacia una mayor eficacia confesora de la declaración del deudor para entender demostrada la insolvencia (...), no parece que el Real Decreto-ley 3/2009 haya querido exigir la acreditación de la insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso*

en la forma disciplinada por el artículo 2.2 y 2.3. Si fuera así, sería irrelevante la reforma, porque el deudor habría de preparar toda la documentación que exige el artículo 6.2, algo que parece incompatible con la pretensión de facilitar la propuesta anticipada de convenio. Además, la exigencia de acreditar la insolvenza contraría la técnica de exceptuar el deber legal de solicitud de declaración de concurso que emplea el artículo 5.3. Lo que hace la norma es aplazar el cumplimiento de ese deber».

En relación con lo anterior, aunque ligado sobre todo al razonamiento de si el artículo 5.3 de la Ley Concursal permite que el deudor pueda simultanear el intento de obtener una propuesta anticipada de convenio y a la vez la búsqueda de una refinanciación que le permita eliminar el presupuesto objetivo concursal, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada, de 30 de junio de 2009, indica lo siguiente: «*es importante aclarar que el precepto en modo alguno ofrece cobertura jurídica, con los efectos mencionados ligados a la comunicación previa, para blindar durante un tiempo un proceso de reflotación de la empresa o refinanciación de la deuda (...) el artículo 5.3 pivota sobre la existencia de una propuesta anticipada de convenio en negociación, que por esencia supone la existencia del concurso en que se admitirá y aprobará, en su caso, de forma que las refinanciaciones quedan al margen y se someten a su propio régimen, por ejemplo, los efectos de impedir posteriormente, si fuera el caso, se vean sacudidas por la eficacia rescisoria del artículo 71, ofreciendo cierta cobertura la nueva Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal (...), aunque reconoce que: «...no desconozco, por supuesto, que si en el transcurso de los cuatro meses que menciona el artículo 5.3 de la deudora solicitante logra refinanciación, no presentará la correspondiente solicitud de concurso. La reforma operada en la Ley Concursal en 2009 favorece de tal modo al deudor en esta tesitura que el artículo 5.3 le beneficiará en todo caso, hasta el punto de defraudar en realidad el contenido del precepto, utilizándolo como un escudo que le ponga a resguardo durante las negociaciones para refinanciar su deuda. Pero lo cierto es que el Juzgado no puede exigir la presentación ulterior del concurso voluntario a quien se ha amparado en la comunicación previa si en verdad obtuvo financiación suficiente para hacer desaparecer el presupuesto objetivo de todo proceso concursal. Deberá estar la deudora muy segura de ello antes de decidir no presentar su solicitud, aunque lo cierto es que es posible que suceda. Pero sea como fuere, debe insistirse en que dicho proceso de refinanciación no está previsto por el artículo 5.3, ni por tanto produce los efectos previstos en los artículos 15 y 22 de la Ley Concursal».*

A nivel doctrinal, las opiniones también son contradictorias, en cuanto a la facultad del juez de lo mercantil para controlar *ab initio* el mecanismo de la comunicación previa, exigiendo la actividad probatoria sobre los requisitos de la misma antes expuestos, es decir, adscribiéndose a esa interpretación más rigorista del artículo 5.3 de la Ley Concursal, o bien, rechazando tal exigencia probatoria en este estado del procedimiento remitiendo, a un momento posterior, como por ejemplo, a la pieza de calificación del concurso, la búsqueda de responsabilidades del deudor que ha solicitado la comunicación previa sin encontrarse dentro de los presupuestos de la misma y al margen de propósitos perseguidos por ella.

Así pues, y por un lado, destaca el comentario que el profesor SÁNCHEZ CALERO realiza en su blog (1) acerca del conocido Auto del Juzgado Mercan-

(1) Vid. <http://jsanchezcalero.blogspot.com/2009/05/un-juez-contra-la-reforma-concursal-no.html>.

til de Granada, de 11 de mayo de 2009, en reacción a las numerosas críticas surgidas contra el mismo y la interpretación rigorista en él propugnada al decir: «...Los comentarios editoriales reprochan al Juzgado su inflexibilidad, sobre todo por no haber admitido una comunicación de quien sin ser insolvente, prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Probablemente éste sea el punto en que la discusión jurídica encuentre algún desarrollo. Pero en cuanto a los hechos del caso, tal y como se recogen en el Auto, creo que respaldan la posición adoptada por el Juez. Éste acierta y aplica la norma. Quien parece que no la respetó fue quien presentó una solicitud sin cumplir con la mínima carga probatoria que el artículo 5.3 LC reclama. La conclusión es, en mi opinión, que el Juez aplicó correctamente la reforma concursal...».

De otro lado, y siguiendo una posición más flexible en la interpretación del artículo 5.3 de la Ley Concursal, José Antonio GARCÍA-CRUces GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2) se pronuncian del siguiente modo: «...Sin embargo, entiendo que no resulta procedente este control de la comunicación que se actúa resolviendo en el momento de su presentación, en los términos dispuestos en el tan citado artículo 5.3 LC. En este sentido, no habrá que dejar de lado cómo el deudor no impone tutela judicial alguna cuando presenta esta solicitud sino que, antes bien, se limita a realizar una comunicación, que constituye un hecho al que la LC —tras la reforma— anuda ciertas consecuencias. Con su escrito de comunicación, el deudor comunicante no pretende "la condena a determinada pres-tación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adop-ción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la Ley" (art. 5 LEC). Por otro lado, la norma no prevé ese control judicial, ni atribuye al juez una actuación que signifique la admisión de esta comunicación, a modo de condición necesaria para que la misma surta los efectos dispuestos tras la reforma (modificación del ámbito temporal de la exi-gibilidad del deber de instar el concurso). Esa comunicación encierra, por decirlo de alguna manera, la realización de un hecho que no necesita de la previa actu-a-ción judicial para que surta efectos. Por todo ello, no parece que la resolución que se hiciera por algunos juzgados de lo mercantil en relación con la comuni-cación presentada al amparo del artículo 5.3 LC se ajuste a las exigencias que supone el principio de justicia rogada (art. 218 LEC).

Ahora bien, lo anterior no empece para qué debe actuarse ese control judicial de la comunicación que nos ocupa, pero sí determinará el modo en que éste puede actuarse. En este sentido, parece obvio que tal control se actuará a pos-teriori; esto es, tras la declaración del concurso del deudor. El juez, tanto en la declaración de concurso como una vez declarado éste, deberá efectuar ese control de legalidad de la comunicación presentada al amparo del artículo 5.3 LC. Así, en el auto declarativo de concurso verificará la seriedad y el cumplimiento de las exigencias dispuestas para esta comunicación, rechazando aquellos supuestos que pudieran encerrar un fraude de ley. La consecuencia será, entonces, que el deudor no podía haberse acogido a la ampliación de los plazos que dispone la norma y, en consecuencia, que no ha cumplido —o lo ha hecho intempestiva-mente— su deber de instar el concurso, por lo que éste se calificará como nece-sario si se hubiera interesado la oportuna solicitud por parte de un acreedor en

(2) José Antonio GARCÍA-CRUces GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, Thomson Reuters, Aran-zadi Derecho Mercantil, pág. 58.

ese periodo, negándose toda virtualidad a la comunicación así presentada. Dado el incumplimiento del deber de instar el concurso, pese a la comunicación que se hiciera y que no supera el control de legalidad, resultarán procedentes —en su caso— todas las previsiones y sanciones dispuestas para aquellos supuestos en que el deudor dejara inatendido el deber sancionado en el artículo 5.1 LC, en particular, en sede de calificación del concurso (art. 165 LC)».

Como hemos podido ver, la polémica, evidentemente a niveles de juzgados de lo mercantil por lo reciente de la reforma, está servida, aunque parece que es la interpretación más flexible del artículo 5.3 de la Ley Concursal la que viene dominando en la práctica de los mismos. Pero esta incertidumbre, sin duda debido a la realización de una reforma concursal a golpe de Real Decreto-ley y con una deficiente técnica legislativa, lo que realmente implica es una alta dosis de inseguridad jurídica y que ello dé pie a actuaciones que realmente no estaban dentro del espíritu del legislador al redactar el artículo 5.3 de la Ley Concursal, tales como, por ejemplo, utilizar el mecanismo de la comunicación previa para retrasar en cuatro meses el deber de instar el concurso de acreedores sin caer en la calificación culpable del mismo, utilizar esta vía para llevar a cabo negociaciones con ciertos acreedores y no con la totalidad de los mismos fuera del procedimiento concursal y en contra de la *par conditio creditorum*, impulsar esta solución en casos de insolvencia inminente y no actual, o bien, intentar llegar a acuerdos con acreedores cuando la voluntad real del deudor es la liquidación de la empresa, situaciones que implican no sólo la ruptura del citado principio de la *par conditio creditorum*, sino que los acreedores vean retardado el cobro de sus créditos.

En suma, estamos ante la pregunta siguiente: ¿puede el juez llevar a cabo el control de legalidad del acto de comunicación previa en el momento de su presentación o ha de esperar al momento de la declaración o posteriormente a dicho momento, por ejemplo, en la pieza de calificación del concurso? En nuestra opinión, sí que el juez puede y debe incluso llevar a cabo esa función controladora de la legalidad del acto, en aplicación del principio de la buena fe procesal (3).

El principio de la buena fe que tuvo su reconocimiento con carácter general en el artículo 7.1 del Código Civil, ha visto también su plasmación en el ámbito procesal, en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 11.

1. *En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*

2. *Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal.*

3. *Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por mo-*

(3) Para un estudio exhaustivo de la buena fe procesal, vid. Joan PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, «Premio Nacional San Raimundo de Peñafort» de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación (2003), publicado por J. M.^a Bosch editor, Barcelona, 2003.

tivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes».

De igual forma, el artículo 542.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la actuación de los abogados, sujeta la misma a la buena fe al prever que: «*En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa».*

Y específicamente en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, se regula el principio de la buena fe procesal en su artículo 247, cuando prescribe lo siguiente:

«Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento:

- 1. Los intervenientes, en todo tipo de procesos, deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.*
- 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.*
- 3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de treinta mil a un millón de pesetas, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.*

Para determinar la cuantía de la multa, el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.

4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervenientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria».

Por lo tanto, el fraude de ley procesal y el fraude del proceso son manifestaciones del principio de la buena fe procesal, sobre todo este último que supone la utilización de un procedimiento para vulnerar lo prescrito en el Ordenamiento Jurídico (como observara el Auto del Juzgado Mercantil de Cuenca, de 9 de julio de 2009), que han de tenerse presente en este trámite del artículo 5.3 de la Ley Concursal, ya que se aplican a todo tipo de procedimientos y en cualquier fase del mismo, como acertadamente y de forma general expone la doctrina procesalista al respecto, pudiendo ser apreciada a instancia de parte, y evidentemente, de oficio, ya que el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone un «deber» y no una mera «facultad» al juez.

De esta forma, entendida la buena fe procesal como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta, y pese a la dificultad de aplicar dicho principio a algunas situaciones concretas debido a su carácter indeterminado, no es menos cierto, que ante lo dudoso de la cuestión, entendemos que destinada la comunicación previa a facilitar la negociación con los acreedores para obtener una propuesta anticipada de convenio, y resultando acorde con el procedimiento concursal que el juez puede efectuar el control previo a la posibilidad de alcanzar la propuesta anticipada de convenio lo que ocurrirá (siempre que el deudor no

se encuentre dentro de algunas de las prohibiciones legales establecidas al efecto —ex art. 105 de la Ley Concursal—) en el mismo momento de presentación de la comunicación previa, igual sentido debe tener el referido control judicial en cuanto a la exigibilidad de los requisitos de insolvencia actual y de negociación con dichos acreedores para evitar vulneraciones del principio de la buena fe procesal.

Pese a todo, somos conscientes de la dificultad que se plantea en la práctica la exigibilidad de dicho control previo si se sopesa el mismo con el interés de medida anti crisis perseguido con la reforma concursal, pero esta finalidad no puede servir de argumento para la cobertura de actuaciones fraudulentas.

De nuevo volvemos a proponer una interpretación «rigorista» de una norma concursal (en este caso, el tan citado art. 5.3 de la Ley Concursal), como de hecho hicimos en relación con el artículo 87.6 de la Ley Concursal (4) y la polémica doctrinal y jurisprudencial levantada en torno a la correcta aplicación del mismo. Otra vez volvemos a acudir a principios generales del Derecho, en este caso, la buena fe procesal para que no se dé amparo a conductas deshonestas y fraudulentas por parte de ciertos deudores. Somos conscientes de que probablemente, sea la interpretación que hemos denominado flexible del artículo 5.3 de la Ley Concursal la que resulte triunfadora, como de hecho en la actualidad parece ser, y aunque si en aquel caso manifestábamos incluso nuestro parecer contrario a la innecesidad del artículo 87.6 de la Ley Concursal, en este supuesto sí que debe apreciarse como positivo el propósito del artículo 5.3 de la Ley Concursal, esto es, la posibilidad de ampliar el plazo para la solicitud del concurso, lo que no impide que hayamos de ser críticos con la redacción de la norma reformada, ya que produce una alta dosis de inseguridad jurídica el que el Real Decreto-ley 3/2009 no haya atendido a cuáles son los requisitos para la admisión de dicha comunicación previa.

En virtud de lo expuesto, y con el citado ánimo de evitar actuaciones fraudulentas, estimamos que el artículo 5.3 de la Ley Concursal debe ser una de las normas a reformar en esa nueva revisión de nuestra normativa rectora de insolvencias que se ha propuesto el Ministerio de Justicia, como de hecho sucediera con el artículo 87.6 de la Ley Concursal, ya que fue ésta, precisamente, una de las normas reformadas por el Real Decreto-ley 3/2009.

RESUMEN

*DERECHO CONCURSAL.
REQUISITOS DE LA
COMUNICACIÓN PREVIA DEL
ARTÍCULO 5.3 DE LA LEY
CONCURSAL*

ABSTRACT

*BANKRUPTCY LAW
REQUIREMENTS OF PRIOR
NOTICE UNDER SECTION 5.3
OF THE BANKRUPTCY ACT*

Tras el Real Decreto-ley 3/2009, de reforma de la Ley Concursal, han venido dictándose resoluciones jurisprudenciales contradictorias sobre los re-

In the wake of Royal Decree Law 3/2009 reforming the Bankruptcy Act, contradictory case-law rulings have been handed down on the requirements

(4) Francisco REDONDO TRIGO, «Una reflexión crítica sobre el artículo 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 710, págs. 2544-2568.

quisitos de la denominada «comunicación previa», tales como la acreditación de la insolvencia actual y de las negociaciones llevadas a cabo con los acreedores para la obtención de una propuesta anticipada de convenio, así como acerca del control a priori o a posteriori de los mismos, lo que ha originado una gran dosis de inseguridad jurídica en la práctica, por lo que sería aconsejable una reforma del artículo 5.3 de la Ley Concursal en el marco de la nueva reforma concursal proyectada que esclareciera lo anterior.

of the so-called «prior notice», such as proof of current insolvency, proof of negotiations with creditors for an early agreement proposal and the checking of these matters before or after the fact. The result is a large dose of legal uncertainty in practice. It would therefore be advisable to revise section 5.3 of the Bankruptcy Act in the framework of the new bankruptcy reform now being planned, to clear the muddled points.