

COLECCIÓN CIVIL

Director: *Xavier O'Callaghan Muñoz*

ACTUALIDAD **civil**

REVISTA JURÍDICA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CIVIL, MERCANTIL Y PROCESAL

Edición electrónica:
<http://smarteca.es>

NÚMERO 6

JUNIO DE 2016

A FONDO

La norma de conflicto aplicable a las sucesiones tras el Reglamento 650/2012

A FONDO

Crónica anunciada de un Reglamento de Protección de Datos en la Unión Europea

ÚLTIMA HORA DE LOS TRIBUNALES

Disolución matrimonial, filiación, sucesiones y enriquecimiento injusto



«Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial»



Wolters Kluwer



CONSEJOS DE UN COLEGA

El convenio concursal y la forma de pago

MATEO JUAN GÓMEZ
Abogado Bufete Buades

I. INTRODUCCIÓN

Hay quién erróneamente considera que el jurista en general, y el abogado en particular, debe su éxito al estudio de las normas y a la aplicación mecánica de las mismas. De hecho hace poco leí desconcertado un artículo que alertaba de cómo la irrupción de las tecnologías inteligentes, robots y sistemas de automatización de datos amenazan diversas profesiones y, entre ellas, las de juez, fiscal o abogado. Sin desconocer que la automatización de algunos procesos jurídicos es una cuestión que posiblemente experimentemos en un futuro no muy lejano, he de decir que esta advertencia apocalíptica al más puro estilo de «*la carrera contra la máquina*»¹, que acomete contra el intrusismo tecnológico, olvida que la misión del abogado no se agota en el conocimiento de la legislación aplicable.

En la práctica diaria de la profesión hay un lugar reservado para la imaginación, la astucia, la creatividad o lo que alguna mente desconfiada podría calificar como picaresca. Todo es posible. Piénsese sino en un procedimiento tan singular como el concurso de acreedores, en el que el corsé legislativo resulta tal vez menos constrictor que en otros ámbitos procesales. Qué duda cabe que en este tipo de procedimientos el fenómeno mercantil y la necesidad de dar solución a problemas procesales concretos se abren camino. Los ingeniosos recursos a los que acuden las partes o el propio juez, van muchas veces por delante del legislador, en una fórmula que en cierto modo recuerda a la máxima de Lamarck², según la cual «*la función crea el órgano y la necesidad la función*».

Después de todo, el abogado de la empresa concursada que quiere sobrevivir al concurso de acreedores y alcanzar un acuerdo con éstos que permita la viabilidad de la compañía, pasará un número considerable de horas

en su despacho reflexionando sobre el modo en que conviene enfocar el concurso. Por supuesto que estudiará la Ley Concursal y la jurisprudencia más reciente, pero sobretodo sopesará todas las alternativas, indeterminaciones y recovecos legales o circunstanciales que favorezcan la conservación de la empresa.

Es precisamente en el marco del proceso concursal, y más en concreto, de la preparación de la propuesta de convenio de acreedores, en el que situamos nuestro consejo y, de paso, nuestra defensa de la imprescindible destreza «humana» de todo letrado.

II. LA EXIGENCIA DE LA PREVIA COMUNICACIÓN DE UN NÚMERO DE CUENTA BANCARIA COMO REQUISITO PARA PROCEDER A CUMPLIR CON LOS PAGOS COMPROMETIDOS

Desde hace años, a la hora de redactar una propuesta de convenio, acostumbro a introducir una cláusula –que ya casi podría calificar de cláusula de estilo– por la que se viene a condicionar la satisfacción del primer período de pago –o en su caso también de los posteriores– a la previa notificación fehaciente por parte del acreedor, de un número de cuenta corriente a tales efectos. La redacción de la cláusula vendría a guardar, más o menos, el siguiente tenor;

«...efectuará todos los pagos a los acreedores por transferencia bancaria a la cuenta que cada uno de ellos le indique por burofax o cualquier otro medio fehaciente que acuse el recibo, expresando la entidad, sucursal, dígito de control y número de cuenta. El acreedor podrá modificar dicha cuenta siempre que

notifique en forma fehaciente el cambio a la concursada.

Todos los acreedores que no hayan realizado la indicada comunicación antes de que se proceda al pago del primer plazo o de cualquiera de los siguientes, soportarán las consecuencias de la mora, no pudiéndose entender incumplido el Convenio por tal causa, y les serán satisfechos los plazos vencidos en el término máximo de un mes a contar desde que procedan a la comunicación fehaciente del número de cuenta»

Esta medida casi anecdótica ha servido en no pocas ocasiones a modo de verdadero balón de oxígeno para sociedades que durante la fase de cumplimiento del convenio han precisado demorar o secuenciar un poco más sus obligaciones de pago. Están al orden del día las incómodas situaciones en las que el retraso por parte de algunos clientes en abonar las facturas emitidas por trabajos prestados, generan en su acreedor una suerte de efecto dominó que imposibilita a su vez a éste a pagar en plazo a la totalidad de sus acreedores. Eso por no enumerar la larga lista de imprevistos, de todo tipo, que pueden hacer tambalear en cualquier momento la estabilidad de cualquier empresa

Estas situaciones ya de por sí penosas en circunstancias normales, se tornan sumamente peligrosas en la fase de cumplimiento de un convenio, en el que la sombra de la denuncia del incumplimiento y la consecuente apertura de la fase de liquidación, sobrevuelan sobre la conciencia del deudor.

La protección (o excusa) que puede conceder al deudor la falta de notificación «fehaciente» del número de cuenta donde realizar el pago, puede proporcionarle en ocasiones ese tiempo extra que precisa para poner en orden sus cuentas. Huelga decir que la fórmula no es la panacea y que deberá ir acompañada, en muchos casos, de las gestiones personales oportunas.

Hablo con conocimiento de causa al advertir que muchas demandas incidentales de incumplimiento de convenio han sido desarticuladas gracias a esta medida preventiva. En no pocas ocasiones se ha producido incluso la consecuencia un tanto irónica de que la desestimación de la demanda conlleva a su vez la imposición de costas al demandante, quién no ha visto satisfecho su crédito. Así, el balón de oxígeno es doble pues no sólo se retrasa el pago de lo debido y se evita un auténtico «match ball» al ver desestimada la demanda –alejando la apertura de la fase de liquidación y consecuente defenestración de la empresa-, sino que además se vería el deudor restituido en las costas del proceso.

Véase que hablamos siempre de «ganar tiempo», de retrasar la indefectible satisfacción del crédito, estirando de este modo la espera recogida en el convenio. Sin embargo el pago, aunque se postergue, devendría inevitable. O tal vez no...

III. UN PASO MÁS: LA EXTINCIÓN DEL CRÉDITO EN CASO DE NOTIFICACIÓN TARDÍA DE LA CUENTA CORRIENTE. A PROPÓSITO DE LA STS DE 8 DE ABRIL DE 2016

El Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 8 de abril de 2016 (rec. 760/2014) va más allá de lo expuesto y defiende la validez de una controvertida cláusula incorporada a un convenio concursal. A razón de esta estipulación contractual, no solamente se retrasaba el pago del plazo correspondiente hasta el momento en que el acreedor notificase al deudor la cuenta en la que desea que se le realice el pago, sino que además el referido retraso, podía llegar a ocasionar ni más ni menos que la extinción del crédito. Ahí es nada.

En concreto, la polémica cláusula guardaba la siguiente dicción:

«A fin y efecto de facilitar la justificación del cumplimiento del convenio, todos los pagos a realizar por Gymcol se realizarán por transferencia bancaria a la cuenta corriente que cada acreedor indique. A tales efectos los acreedores deberán comunicar fehacientemente a Gymcol los datos de la cuenta corriente, con expresión de la entidad, sucursal, dígito de control y número de cuenta, en la que desea le sean realizados los pagos; así como cualquier posterior modificación de la misma. Tal comunicación deberá realizarse dentro de los TRES (3) meses siguientes a contar de la fecha de firmeza de la sentencia que apruebe el convenio.

El acreedor que no haya realizado la comunicación dentro de los TRES (3) meses siguientes a contar de la fecha de la firmeza de la sentencia que aprueba el Convenio se entenderá que renuncia automáticamente y sin necesidad de comunicación o formalidad alguna, al primer pago, pero no a los siguientes, siempre y cuando realice la comunicación dentro de los TRES (3) primeros meses del período de pago siguiente, es decir, del segundo pago en los casos distintos de la Alternativa 3. En caso de que el acreedor tampoco realice la comunicación en el indicado plazo se entenderá que renuncia, automáticamente, y sin necesidad de comunicación o formalidad alguna, a todos los pagos subsiguientes.

No se considerará incumplimiento del Convenio el impago de las cantidades debidas motivado por no haberse comunicado los datos de la cuenta corriente en que realizar los pagos en el plazo indicados»

Véase que la rigurosidad de la estipulación es tal que de no notificarse el número de cuenta en el transcurso de los tres (3) meses desde la fecha en que debiera producirse el segundo pago, se extinguiría la totalidad del derecho de crédito, y no sólo de los pagos vencidos hasta ese momento.

Por sorprendente que parezca, bastantes acreedores cayeron en esta trampa –si se puede llamar así– víctimas de su déficit de atención. Como muestra de ello hay que decir que se interpusieron frente a la sociedad concursada hasta CINCO (5) demandas incidentales de incumplimiento, reclamando la apertura de la fase de liquidación. Acciones que fueron acumuladas para ser resueltas en una única Sentencia.

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia a la hora de resolver el litigio dictó una sentencia un tanto salomónica. Grosso modo decidió que las demandas debían ser desestimadas por no haber notificado en plazo la cuenta corriente en la que debían realizarse los pagos conforme exigía el convenio. Pero pese a ello, pasó a matizar o moderar el pacto incorporado en el convenio concursal, aclarando que éste en ningún caso podía llevar aparejada la extinción del crédito, por lo que emplazó a los tardos acreedores para que en el plazo de un mes comunicaran formalmente la cuenta bancaria donde debía operarse la transferencia.

Frente a dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la concursada, quién no contenta con la «prorroga» obtenida perseguía la extinción de los créditos reclamados. El recurso fue resuelto por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, confirmando la Sentencia. A su vez, aprovecha para apuntar que aceptar lo dispuesto en el convenio, especialmente en el caso de los acreedores entidades financieras –que, dice, no pueden facilitar un número de cuenta propio o distinto del que el propio deudor mantenga–, sería tanto como admitir una modificación de la lista de acreedores al amparo de una cuestión formal.

Frente a esta Sentencia se formuló recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. La Sentencia del Alto Tribunal estima el segundo de ellos al entender que la sentencia recurrida incurre en incongruencia «ultra petita», al extralimitarse en su decisión, yendo más allá de lo que constituía el objeto litigioso.

Advertida la incongruencia, y de acuerdo a lo dispuesto en la Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, el Tribunal Supremo procedió a dictar nueva sentencia, para lo cual era preciso pronunciarse directamente sobre la validez o invalidez de la cláusula incorporada al convenio. Hay que reconocer que aborda la cuestión desde una perspectiva bastante pragmática.

Si estuviéramos fuera del ámbito concursal –afirma– parece claro que el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 Cc) serviría de garante para la eficacia de un pacto de estas características. El problema radica en la especial naturaleza del convenio concursal y sus efectos expansivos, que obligan no sólo a aquellos que se han sujetado al mismo voluntariamente, sino también a aquellos otros que se ven afectados por el mismo de acuerdo con el artículo 134 de la Ley Concursal³.

Pese a lo anterior, la Sentencia atiende al hecho de que ningún acreedor, ni tampoco el Juzgado de oficio, discutió su licitud al tiempo de ser propuesto el convenio. A lo que añade que en cualquier caso tal pacto no resulta, en abstracto, contrario a ninguna norma imperativa, ni incumple los límites expresamente recogidos en el artículo 100 de la Ley Concursal.

Así considera que la cláusula contractual debe prevalecer y desplegar todos sus efectos, extinguendo los derechos de crédito de los acreedores.

IV. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, el consejo parece claro y bidireccional. Los abogados de la empresa concursada deben prever medidas que sin desvirtuar el convenio, puedan servir de ayuda a la concursada en un hipotético y futuro escenario de apuro económico. Entre éstas proponemos la exigencia de comunicación –fehaciente– de un número de cuenta donde efectuar el pago. Tal exigencia puede ser requisito no sólo para realizar el pago en plazo, sino incluso para que tal derecho de crédito no se extinga automáticamente.

Por su parte los abogados de los acreedores deben estar especialmente atentos a este tipo de estipulaciones, que sin ostentar muchas veces la entidad suficiente como para justificar un voto en contra de la aprobación del convenio, sí que deben servir para despertar las alertas y desplegar un especial cuidado en no incurrir en una inoperancia que a la postre haga decaer los derechos de crédito de sus clientes.

Además de lo anterior, y por básico que pueda parecer, debemos remarcar que es altamente recomendable la lectura reposada y exhaustiva del convenio de acreedores con carácter previo a interponer una demanda por incumplimiento del convenio. Demanda cuyas conse-

cuencias, como hemos visto, pueden acabar siendo muy perjudiciales si entrañan la imposición de costas.

En suma, es imprescindible estar alerta en lo que concierne a la «letra pequeña» del convenio concursal, que no se agota con la pura fijación de las quitas y las esperas. Después de todo, observando la cuestión en perspectiva, el Alto Tribunal no hace sino aplicar el famoso dicho popular, propio de juegos de mesa o de azar, según el cual «*la carta sobre la mesa, pesa*».

NOTAS

- 1 En alusión al término acuñado por el eminente profesor del Instituto de Massachusetts (MIT) Erik Brynjolfsson.
- 2 JEAN-BAPTISTE LAMARCK. *Filosofía zoológica*. 1809.
- 3 «El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos».