

elEconomista.es**elEconomista.es**

Pérez-Llorca

close
Opinion legal

El embargo preventivo de bienes de los administradores



Foto: Archivo

1. Cristina Rodríguez Iglesias

13/07/2020 - 13:08

Uno de los efectos más severo sobre el deudor persona jurídica que prevé el Texto Refundido de la Ley Concursal¹ (TRLR), y que ya venía recogido en el artículo 48 ter de la la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), es la posibilidad de acordar el embargo preventivo de los bienes y derechos de los administradores (de hecho o de

derecho), de los liquidadores o de los accionistas, desde la declaración de concurso. Lo llamativo de esta medida es que pueda ser acordada de oficio por el Juez del concurso.

Se trata de una medida cautelar especial □ en contraposición a la prohibición contenida en el artículo 721.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) relativa a la adopción de medidas cautelares de oficio □ cuya instrumentalidad se establece en relación con la condena de los administradores a la cobertura del déficit concursal (artículo 172 bis LC y 456 TRLC), en caso de que se forme la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, y el concurso de la persona jurídica en cuestión se califique como culpable. Y para que pueda haber una condena a cubrir el déficit concursal será necesario que (i) la causa que determine la calificación del concurso culpable le resulte imputable a los administradores; (ii) se acredite que esa determinada conducta haya generado o agravado la situación de insolvencia; y (iii) se determine en qué medida ha generado o agravado esa insolvencia.

Asimismo, es necesario que concurren los requisitos establecidos en la LEC para las medidas cautelares: la apariencia de buen derecho, el peligro de la mora procesal y el ofrecimiento de caución. Si bien, en los casos en que la medida cautelar sea adoptada de oficio no requiere el ofrecimiento de caución.

En el ámbito del artículo 133 TRLC y 48 ter LC la apariencia de buen derecho se identifica con la posible calificación del concurso como culpable con una potencial condena al pago del déficit concursal, que sólo cabe si existe un nexo causal entre la conducta culpable de los representantes de la persona jurídica y la existencia o incremento del déficit concursal.

En el caso del peligro de la mora procesal se identifica con el riesgo de que los administradores puedan alzarse con sus bienes, concurriendo así una insolvencia de los administradores que haga infructuosa una eventual condena por la responsabilidad concursal.

En este sentido, la cobertura por una póliza de seguro de D&O (Directors & Officers) de la cuantía del embargo adoptado y de la caución sustitutoria puede ser suficiente para el levantamiento de dicha medida cautelar, por ausencia de periculum in mora.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir tras la adopción de la medida cautelar, el artículo 48 ter LC no resulta claro, toda vez que en su apartado tercero establece que "[c]ontra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cabrá recurso de apelación".

No parece coherente con los principios más elementales del proceso civil, que el auto decretando la medida cautelar deba ser directamente recurrido en apelación, por lo que, como quiera que la LEC resulta de aplicación subsidiaria, debemos acudir a los preceptos que regulan la adopción de medidas cautelares inaudita parte (artículos 739 y siguientes de la LEC).

Por ello, contra el auto acordando las medidas cautelares, cabe formular oposición en el plazo de 20 días. A esta oposición le seguirá la vista prevista en el artículo 734 de la LEC. Tras la vista, el juez del concurso dictará auto confirmando, modificando o revocando las medidas cautelares. Y es contra dicho auto contra el que cabe recurso de apelación, de acuerdo con la redacción del artículo 133 TRLC, apartado quinto, y 48 ter LC, apartado tercero.

Sin embargo, la verdadera problemática procesal se plantea cuando es el Juez de oficio quien decide adoptar tales medidas, en ausencia del demandado, y, especialmente, si es un momento muy inicial del concurso, en el que ni siquiera la Administración Concursal ha aceptado el cargo.

Al igual que ocurre con el informe de calificación, el auto decretando las medidas cautelares debe ser el equivalente a la solicitud a la que se refiere el artículo 732 de la LEC. Por lo que, una vez se ha solicitado el embargo preventivo, no debería haber la posibilidad de aportar nueva prueba que acredite la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar, que no estuviera incluida en la solicitud.

El auto decretando tales medidas debe estar soportado sobre la documentación que obra en el concurso, y la persona afectada por la medida cautelar deberá aportar prueba en contrario.

Por todo lo anterior, la práctica totalidad de la jurisprudencia existente al respecto va referida a supuestos en que la medida cautelar es adoptada previa solicitud de la administración concursal, cuando parece que puede concurrir alguna de las presunciones de culpabilidad recogidas en los artículos 164 y 165 de la LC y 443 y 444 del TRLC. Normalmente tras el análisis llevado a cabo para la elaboración del informe previsto en el artículo 75 de la LC y 292 del TRLC, a pesar de que el artículo 133 TRLC y 48 ter de la LC permite adoptar tales medidas desde la declaración de concurso.

Es decir, la adopción de oficio en un momento tan inicial vendría justificada en supuestos de hecho de insolvencia actual y que hubiera mediado retraso en la solicitud de concurso, en los que la contabilidad era manifiestamente irregular o había sido manipulada, o en los que haya habido una clara desviación del activo de la concursada, de forma que se deduzca de la documentación acompañada con la solicitud de concurso.

WhatsApp  Facebook  Twitter  LinkedIn 

AQUI CERCA |



Corredordefondos.com

Servicios de Inversión - Illes

Balears

651 886 626



BDKapital

Gestores inversiones - Las

Palmas

928 582 775