



Universidad de Valladolid
Facultad de Ciencias
Económicas y Empresariales

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Administración y Dirección
de Empresas

El presupuesto objetivo del
Concurso de Acreedores

Presentado por:

Andrea Panizo Canal

Tutelado por:

Luis Ángel Marina García-Tuñón

Valladolid, 22 de Enero de 2019

ÍNDICE:

1. Antecedentes de La Ley Concursal.
 - 1.1 Anteproyecto del año 1983
 - 1.2 Propuesta del año 1995
 - 1.3 Reforma del año 2003
2. Concurso de acreedores: Concepto y presupuestos.
 - 2.1 Presupuesto subjetivo
 - 2.2 Presupuesto objetivo
 - 2.3 Presupuesto formal
3. Configuración del presupuesto objetivo: Concurso voluntario y concurso necesario.
 - 3.1 Concurso voluntario
 - 3.2 Concurso necesario
 - 3.3 Un nuevo concepto: Concurso consecutivo
4. Elementos integradores de la insolvencia actual.
 - 4.1 La imposibilidad actual de incumplimiento de las obligaciones
 - 4.2 La regularidad en el cumplimiento de obligaciones
 - 4.3 Exigibilidad y naturaleza de las obligaciones incumplidas
5. Elementos integradores de la insolvencia inminente.
6. Manifestaciones externas de la insolvencia actual o inminente.
 - 6.1 En supuestos de concurso voluntario: el carácter "*numerus apertus*"
 - 6.2 En supuestos de concurso consecutivo conectado al acuerdo extrajudicial de pagos
 - 6.3 En supuestos de concurso necesario: el carácter "*numerus clausus*"
7. Conclusiones
8. Bibliografía

1. ANTECEDENTES DE LA LEY CONCURSAL.

El sistema concursal español ha sido calificado como fragmentado, disperso incluso antiguo debido a que hasta la Reforma del año 2003 podíamos encontrar cuatro procedimientos concursales en función del tipo de deudor. Mientras que en el caso de deudores mercantiles encontrábamos la quiebra regulada por el Código de Comercio de 1885 o la suspensión de pagos regulada por la ley Suspensión de Pagos de 1992, para los deudores civiles regía el Código Civil de 1889, tanto para concurso de acreedores como quita o espera.

1.1 Anteproyecto del año 1983.

El Anteproyecto, elaborado por la Comisión General de Codificación y aprobado por la Orden Ministerial el 13 de Octubre de 1978 (no sería publicado por el Ministerio de Justicia hasta el año 1983), aunque difiere sustancialmente de la actual Ley Concursal, sirvió como base o texto articulado de la misma.

El presupuesto objetivo en este anteproyecto se refería tan solo a la situación económica de la época y sin tradición en Derecho Concursal. El objeto de la regulación viene definida en el artículo 1º: “la presente ley regula el concurso de acreedores en los casos en el que el deudor común se encuentra en situación de crisis económica” y en el artículo 9º, en el que se establecen como hechos reveladores los que manifiesten “un estado patrimonial que amenace o lesione gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus obligaciones”.

En este mismo artículo noveno se enumeraban algunos de los supuestos que ponían de manifiestos la situación de crisis económica:

“1º el sobreseimiento en los pagos, que aun no siendo definitivo ni completo, afecte al conjunto de obligaciones del deudor o de alguna manera general a alguno de los siguientes supuestos:

- a) Obligaciones tributarias correspondientes a la última anualidad vencida.
- b) Cuotas de la Seguridad Social por el mismo periodo.
- c) Rentas del local o locales de negocio en donde se realice la actividad principal del deudor, en el mismo periodo.

- d) Salarios y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las dos últimas mensualidades vencidas.
- e) Intereses, amortizaciones, reembolsos u otras prestaciones establecidas en la emisión de obligaciones o cualesquiera otros valores, cuando haya transcurrido más de un mes desde el respectivo vencimiento.
- f) Prestaciones de servicio de caja específicas de las entidades de crédito.
- g) Indemnizaciones debidas por las entidades aseguradoras a asegurados o beneficiarios.

2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3º El cierre del último balance con activo realizable inferior al pasivo exigible, cuando el deudor este obligado a llevar contabilidad.

4º La desaparición injustificada del deudor de su domicilio o residencia, o, en el caso de personas jurídicas, el abandono de sus funciones por parte de los administradores, sin que en uno o en otro caso se haya dejado representante con facultades generales”.

Además, el artículo 10 ya recogía el presupuesto del concurso voluntario: “La solicitud del concurso instada por el propio deudor se considerara por si solo hecho revelador de una situación de crisis económica”. Aquí encontramos la base del concurso voluntario y la insolvencia.

A pesar de todo ello, el anteproyecto permitía anticipar con mayor certeza la apertura de concurso a pesar de que no existía aun la insolvencia o liquidez.

1.2 Propuesta del año 1995.

En la propuesta que se realizó en el año 1995 la gran protagonista era la insolvencia, hecho que se ve reflejado en el artículo 2.1, donde viene definida: “Es el estado en el que el deudor por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito, se encuentra en la imposibilidad de cumplir puntualmente sus obligaciones”. La insuficiencia de bienes propios también se encuentra regulada por esta propuesta en el artículo 2.3, siendo aquella situación en la que el pasivo exigible es superior al activo real.

Hay que destacar el matiz de puntualidad que incluye esta reforma, ya que supone un gran avance en el Derecho Concursal y, más concretamente, en la

apertura de los concursos. Esto es debido a que una situación de impuntualidad en los pagos por parte del empresario no es más que el reflejo de una mala situación empresarial y, por tanto, no puede servir como justificante de una situación de insolvencia. La Ley Concursal es muy clara en este caso y la finalidad de la apertura del concurso de acreedores es la satisfacción de los intereses crediticios afectados por la crisis y en ningún caso el saneamiento.

Por todo esto, seguía siendo necesario que la Ley Concursal definiese de forma más precisa el estado de insolvencia de un deudor.

1.3 Reforma del año 2003.

Tras haber analizado los cambios más importantes en el texto legal, analizamos las características fundamentales de esta reforma y los grandes cambios que supuso respecto al sistema anterior:

- Principio de unidad legal: frente a la dispersión que ofrecía el Anteproyecto del año 1983, esta nueva ley se basa en una única normativa para la insolvencia del deudor común.
- Unidad de disciplina: se aplica un único régimen jurídico aplicado a la insolvencia con independencia de si es empresario o no. Todas las situaciones de insolvencia se regulan por el Derecho Mercantil.
- Unidad de procedimiento: esta reforma solo deja espacio a un único procedimiento para tramitar la insolvencia pero con dos posibles soluciones: liquidación o convenio, siendo siempre la finalidad principal la satisfacción de los acreedores. En el caso de optar por un convenio será necesaria la aprobación judicial.

Por tanto, el nuevo texto legal incluye a cualquier deudor, ya sea persona física o jurídica, deudor civil o mercantil, incluso contempla declarar en concurso a la herencia yacente.

La reforma del Derecho Concursal en España del año 2003, viene determinada por la insuficiencia en la declaración del presupuesto objetivo de la quiebra. En esta nueva reforma se deja a un lado el concepto de quiebra o desbalance para fijarse en la llamada insolvencia para la declaración de concurso de deudor común. El concepto de insolvencia viene regulado en el artículo 2.1 y 2.2 de la

presente ley concursal de la siguiente forma: “El estado de insolvencia se dará cuando el deudor no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, con independencia de la causa del incumplimiento”.

Siguiendo un criterio económico, la imposibilidad de cubrir las obligaciones exigibles con los bienes disponibles requiere que el activo real sea inferior al pasivo exigible incluyendo los créditos, pero sin existir déficit patrimonial. En el caso de existencia de déficit patrimonial, este no se podría cumplir por ausencia de crédito, con la excepción del activo liquidable a medio-largo plazo con imposibilidad de obtención de créditos. Se introduce, por tanto, el término de la insolvencia inminente, ya que la nueva Ley Concursal deja cabida a la insolvencia que aun no se ha producido pero lo hará de forma inminente.

Además de esta definición, es necesario analizar el nuevo término introducido: la regularidad. En este sentido, la ley concursal no es del todo clara y deja cabida a la interpretación de cada autor. Juana Pulgar Ezquerro¹ define el cumplimiento regular como el cumplimiento con medios normales de las obligaciones exigibles, mientras que para Sánchez-Calero se basa en una continuada falta de liquidez. En el primer caso, al definirse como cumplimiento con medios normales, es decir, medios ordinarios descarta el caso de una liquidación apresurada y ruinosa de bienes.

El segundo asunto a examinar es el periodo de previsión del incumplimiento. En este caso, la ley concursal también deja cabida a la interpretación, por lo que será el juez de lo mercantil el encargado de la decisión.

Un nuevo matiz a analizar es la diferencia en la Ley concursal entre el artículo 2.2 y el 2.3, mientras el primero afecta tan solo a las obligaciones exigibles, el segundo afecta a todas las obligaciones por lo que sería necesario incluir todas las obligaciones que nacen con independencia de su liquidez, exigibilidad o vencimiento.

En un ámbito más económico, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de noviembre de 2008 analiza la situación de insolvencia y, además, se concluye que “esta es absolutamente compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad carece de liquidez para atender regularmente sus obligaciones”. En este caso, la causa del

¹ En el libro “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores” . Derecho Concursal, Madrid 2003

incumplimiento de las obligaciones no es relevante ya que será insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes para cubrir las deudas, como quien tenga patrimonio pero carezca de la liquidez necesaria.

Sin duda, no podemos hablar de la Reforma del año 2003 sin destacar un aspecto importantísimo: la creación de los juzgados mercantiles. En esta elección de unificación y simplificación del procedimiento concursal se encuentra un especializado y único Juzgado llegando a contemplar materias tradicionales de otras jurisdicciones como puede ser los relacionados con contratos de trabajo.

Por tanto, estamos ante una profunda modificación, incluso una ruptura, con el derecho concursal previo, ya que incorpora una serie de sustanciales modificaciones con el fin de corregir, matizar y cubrir aspectos que la anterior ley no atendía. A pesar de ellas, posteriormente se han realizado hasta veintinueve pequeñas modificaciones a la misma.

Tabla 1.1: Comparativa Derecho Concursal antes y después de la Reforma del año 2003.

	Previa Reforma del 2003	Post Reforma 2003
PROCEDIMIENTO	-Quiebra -Suspensión de pagos	- Concurso de acreedores
PRESUPUESTO OBJETIVO	Falta definición legal clara (Art. 874, 875 C.Co ²)	Definición clara y precisa (Art. 2 LC ³)
JURISPRUDENCIA	-CC ⁴ -C.Co -Ley de Suspensión de pagos	- Derecho Mercantil
JURISDICCIÓN	-Varios juzgados	- Único juzgado
DEUDORES	-Deudor Civil -Deudor Mercantil	- Un único deudor

(Fuente: Elaboración propia)

Posteriormente al año 2003, se han ido realizando numerosas reformas a La Ley Concursal pero sin incluir modificaciones sustanciales en cuanto a los

² C.Co hace referencia al Código de Comercio.

³ LC hace referencia a la Ley Concursal

⁴ CC hace referencia al Código Civil

presupuestos del Concurso de Acreedores, siendo la única novedad que afecta de forma directa en el calificación del concurso y en los hechos externos de concurso como veremos más adelante, la correspondiente a la Reforma de la Ley 14/2013. Algunas de las modificaciones más importantes en materia concursal se han realizado a través de la reforma de la Ley 38/2011, la reforma de la Ley de 14/2013, la Reforma del Real Decreto Ley 4/2014, o la reforma operada por la Ley 14/2014.

2. CONCURSO DE ACREEDORES: CONCEPTO Y PRESUPUESTOS.

La finalidad que persigue el concurso es compleja ya, que por un lado, pretende satisfacer los créditos de los acreedores y por otro, proteger los intereses del deudor, intentando conseguir la supervivencia de empresas que sin este instrumento jurídico se verían disueltas. Junto a esto, se intenta la satisfacción ordenada de las deudas, manteniendo la actividad empresarial ya que hay una relación directa entre el tiempo de actividad empresarial y los créditos satisfechos.

La Fundación Española de Debate Jurídico (FEDJ) define el concurso de acreedores como: “Procedimiento cuyo fin es la máxima satisfacción de los acreedores de un deudor común ante su situación de insolvencia. Esta definición racionaliza las consecuencias de dicho estado para garantizar del modo más eficiente el posible el cobro de los acreedores, promoviendo para ello, o bien la consecución de un convenio que responda a un plan de viabilidad, o bien la liquidación del patrimonio y pago de las deudas conforme a un orden adecuado”. En definitiva, el concurso de acreedores es un procedimiento judicial que tiene por objeto la ejecución colectiva y ordenada de los derechos de crédito que pesan sobre un deudor.

Elementos destacables del concurso de acreedores:

- Procedimiento judicial: implica necesariamente una declaración judicial en tal sentido, es decir, si el juez no declara el concurso no existirá el mismo.

- Ejecución colectiva: varios acreedores reclamando sus créditos ante un único deudor.

- Presupone una situación de insolvencia de dicho deudor.

Hay que matizar que el concurso de acreedores solo podrá decretarse o declararse a instancia de parte, es decir, en ningún caso puede declararse de oficio por parte de un tribunal.

La declaración de concurso exige la concurrencia de tres presupuestos legales: En primer lugar un presupuesto subjetivo relacionado con la naturaleza del deudor y en segundo lugar un presupuesto objetivo el cual atiende a la situación de insolvencia del deudor.

2.1. Presupuesto subjetivo.

El primer presupuesto hace referencia a la indiferencia a la cualidad o condición jurídica del sujeto deudor (persona física o jurídica, empresaria o deudor común), por lo tanto es un procedimiento común para todo tipo de deudores.

El presupuesto subjetivo se encuentra regulado en el artículo 1 de la Ley Concursal el cual establece:

1. "El presupuesto subjetivo precederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o física.
2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.
3. No podrán declararse en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público". Esto se debe a que las organizaciones públicas por mandato constitucional han de estar dispuestas al servicio objetivos de los intereses generales, por lo que la Ley Concursal tratará de proteger la integridad patrimonial de las mismas impidiendo que tras la declaración de un concurso de acreedores se pueda producir la liquidación, disolución o extinción".

La actual ley además de las entidades de derecho público hace referencia a otros supuestos especiales como es el caso de la herencia⁵.

En este caso resulta indiferente la relevancia económica del sujeto pudiendo tener únicamente consecuencias procesales. Por otra parte, si el pasivo no supera los diez millones de euros procederá el llamado concurso abreviado⁶, el cual es mucho más rápido, sencillo y cuenta con unos plazos más reducidos.

2.2 Presupuesto objetivo.

Una vez estudiado el presupuesto subjetivo, es momento de introducir el presupuesto de estudio de este trabajo y probablemente el más relevante y complejo de todos: el presupuesto objetivo, que, como ya hemos comentado, atiende a la situación de insolvencia del deudor.

Aunque es un presupuesto único, nuestro derecho concursal ha diferenciado la llamada insolvencia absoluta de la llamada insolvencia relativa siguiendo el criterio del “*quantum*”:

- Insolvencia absoluta: aquella que pone de manifiesto una situación de “desbalance” = pasivo mayor que activo
- Insolvencia relativa: por regla general, venía referida a una situación de falta de liquidez, en la que cabía imaginar que el activo era todavía al menos mayor o igual que el pasivo.

⁵ Esta posibilidad de declaración en concurso de la herencia se refiere a las herencias que no hayan sido aceptadas pura y simplemente, que hayan sido repudiadas o a la aceptación de herencia a beneficio de inventario. Si la herencia hubiese sido aceptada, ya no cabe declararla en concurso, pues los derechos y obligaciones se han transmitido a los herederos. Además, es imprescindible que se haya producido o que se vaya a producir una situación de insolvencia de la herencia, lo que significa que la herencia no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, por lo que deben existir acreedores.

⁶ Atendiendo a las siguientes circunstancias el juez puede aplicar el procedimiento abreviado: que la lista presentada por el deudor incluye menos de cincuenta acreedores, o de si la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros y por último si la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. Además el juez de lo mercantil podrá llevar a cabo este procedimiento si el deudor presenta una propuesta anticipada de convenio en la que se incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. El procedimiento abreviado se aplicará necesariamente si el deudor presenta, además de la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

Con la entrada en vigor de la actual ley concursal del año 2003, ambas perspectivas son viables, es decir, cabe imaginar cómo situación de insolvencia tanto el “desbalance” como la “falta de liquidez”.

La ley define como presupuesto objetivo para la declaración de concurso la existencia de una situación de insolvencia del deudor, se trata de un término un tanto genérico que se concreta en el artículo 2.1 y 2.2 de la presente ley concursal:

1. “La declaración de concurso precederá en caso de insolvencia del deudor común.
2. Se encuentra en situación de insolvencia el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”.

En función del criterio de temporalidad el Derecho Concursal también hace referencia entre la llamada insolvencia actual y la insolvencia inminente. En el caso de esta última, y como veremos más adelante, se autoriza al deudor a solicitar el concurso en los casos que prevea que no podrá cumplir de modo regular y puntual con sus obligaciones exigibles futuras. Por otro lado, para poder instar el concurso necesario, el acreedor deberá esperar a que la insolvencia del deudor sea actual, además tendrá que ser el propio deudor quien prevea que no podrá hacer frente a sus obligaciones de forma regular y puntual. Para ello se llevará a cabo un juicio objetivo donde se razone si el deudor podrá o no atender puntualmente sus obligaciones, dichas razones se basarán tanto en su liquidez a corto plazo y sus deudas por vencer a corto plazo como en la importancia y relevancia económica de las mismas. Por todo ello esta solicitud es muy escasa en la práctica diaria.

2.3 Presupuesto formal.

La existencia de concurso de acreedores viene condicionada por declaración judicial, que únicamente podrá adoptarse a instancia de parte nunca de oficio, tanto por parte del deudor, como por parte del acreedor.

Evidentemente, esa solicitud está sometida a distintas reglas según proceda del deudor o acreedor:

Desde la perspectiva del deudor, la solicitud de concurso se convierte en una estricta obligación a término. En concreto, este deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a su situación de insolvencia. Esta obligación a término solo se interrumpe en el caso de haberse suscrito un acuerdo de refinanciación⁷. Si no se solicita en ese periodo de tiempo implicaría la calificación de culpable del concurso y la correspondiente imputación de responsabilidad concursal.

En el artículo 6 de la presente ley concursal se establece la documentación que debe acompañar en la solicitud del deudor:

1. Poder especial para solicitar el concurso.
2. Memoria explicativa de la historia jurídica y económica, actividades desarrolladas en los tres últimos ejercicios, persona casada, persona jurídica (socios y administradores).
3. Inventario de bienes y derechos.
4. Relación de acreedores.
5. Plantilla de trabajadores.

En caso de obligación de llevanza de contabilidad además acompañará: cuentas anuales, informe de gestión y de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios, memoria explicativa de los principales cambios operados en el patrimonio desde las últimas cuentas depositadas, estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas presentadas en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

Además cuando no se acompañe alguno de los documentos mencionados anteriormente o faltara en alguno de ellos algún requisito o dato exigido, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motivara.

Desde la perspectiva del acreedor, y de acuerdo al artículo 2.3 de la Ley Concursal, no está legitimado el acreedor que adquirió el crédito ya vencido en los 6 meses antes de la solicitud, si la adquisición fue a título personal.

⁷ Acuerdos alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo (Artículo 71 bis y disposición adicional 4ª de la Ley Concursal).

En el artículo 7 de La Ley Concursal viene regulada la solicitud del acreedor, el cual deberá expresar en la solicitud el hecho en el que funda su solicitud de acuerdo con el artículo 2.4 de la Ley Concursal, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimiento y situación actual de crédito. En cualquier caso, se deben expresar los medios de prueba que valgan para acreditar los hechos que fundamente.

3. CONFIGURACIÓN DEL PRESUPUESTO OBJETIVO: CONCURSO VOLUNTARIO Y CONCURSO NECESARIO.

Una vez estudiados los presupuestos legales necesarios para la declaración del concurso nos centramos en el más complejo y relevante de ellos: El presupuesto objetivo. Para que pueda llevarse a cabo la instancia del concurso, evidentemente es necesaria la existencia de una situación de insolvencia, la cual ha de acreditarse, pero solo podrán instar el concurso las figuras legitimadas para ello a través del artículo 3 de la Ley Concursal:

“1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento.

3. Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla.

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no

aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.”

Por lo tanto, caben dos posibilidades y el procedimiento será diferente según estemos ante una y otra. En primer lugar que sea el propio deudor el solicitante (concurso voluntario) o en un segundo caso, que el solicitante sea el acreedor (concurso necesario).

3.1 Concurso voluntario

La Ley Concursal establece en su artículo 22 que se calificara como voluntario el concurso solicitado por el deudor y, por tanto, se calificaran como necesarios todos los demás casos.

En el concurso voluntario es el deudor el que debe acreditar su situación de insolvencia, tanto actual como inminente. El mecanismo más generalizado para acreditar tal situación lo constituye la documentación contable. Viene regulado en el artículo segundo, y más concretamente en el apartado tercero:

“Si la solicitud de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

Como podemos apreciar, en este caso la Ley Concursal hace referencia al endeudamiento, estableciendo que debe de ser el deudor el que justifique su situación en la aceptación de término relativo al nivel de deudas contraídas por el deudor, sin diferenciar si estas son exigibles o no. Resulta redundante la exigibilidad de la justificación del endeudamiento por parte del deudor en el caso de insolvencia, ya que si se prueba la segunda, quedaría probada la primera, es decir, si no existen deudas no se podría hablar de situación de insolvencia. Destacar que no es necesaria la especificación de cada una de sus deudas sino una explicación objetiva de la situación de deudas en las que se encuentra, en la que se debe identificar a cada acreedor, la cuantía de los créditos, el vencimiento de los mismos y las garantías reales o personales.

El concurso voluntario está muy ligado al concepto de regularidad en el cumplimiento de las obligaciones que veremos más adelante ya que el deudor

deberá probar su insolvencia actual y, por tanto, su irregularidad en el cumplimiento de sus obligaciones.

3.2 Concurso necesario.

En el caso del concurso necesario, la acreditación de la situación de insolvencia se soporta o se fundamenta en elementos distintos recogidos en el artículo 2, apartado 4º:

“Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que el embargo resultase de bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los hechos siguientes:

- El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
- La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
- El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
- El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades”.

Es decir, en el caso de que el acreedor sea el solicitante del concurso únicamente sirve como presupuesto objetivo para su declaración la insolvencia actual. En otras palabras, la predicción de que su deudor en un futuro no podrá cumplir con sus obligaciones exigibles no permite a sus acreedores abrir un procedimiento concursal. Esto se debe a que se ignora si antes de que se produzca el vencimiento de los pagos puede haber fondos en la sociedad ya sea a través de ampliación y reducción de capital, entrada de nuevos inversores, préstamos de socios...

La principal diferencia entre un concurso de acreedores voluntario y un concurso de acreedores necesario por tanto reside en la persona que solicita el concurso, siendo respectivamente el deudor o los acreedores. En las consecuencias de la propia declaración del concurso de acuerdo al artículo 40 de la Ley Concursal también se presentan diferencias sustanciales. Mientras que en el caso de un concurso voluntario, en principio, el deudor conserva sus facultades de administración sobre su patrimonio aunque es necesaria la supervisión de la Administración Concursal en el caso del concurso necesario este pierde las facultades administrativas siendo sustituido por la Administración Concursal. Pueden encontrarse excepciones a dicha regla, siendo el juez el encargado de estudiar cada caso y pudiendo acordar la suspensión de facultades del deudor en el caso del concurso voluntario, o bien determinar la conservación de las facultades del mismo bajo la supervisión de la Administración Concursal en el caso del concurso necesario, siendo este último el más común en la práctica. Solo se podrá alterar la regla general, es decir, aplicar las excepciones si con ello se reducen o neutralizan riesgos o se proporcionan mayores ventajas.

En el caso de que sean presentados dos concursos sobre el deudor, uno de carácter voluntario y otro de carácter necesario, si el primer concurso presentado es el del deudor el concurso tendrá carácter voluntario aunque en la práctica se presentan numerosas dificultades en la identificación del primer concurso presentado.

3.3 Un nuevo concepto: Concurso consecutivo

Por último, destacar que la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a emprendedores ha introducido una nueva calificación de concurso, el denominado concurso consecutivo. Viene definido en la Ley Concursal como aquel concurso que se declare, a solicitud del mediador concursal, del deudor, o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos⁸ o se incumpla el plan de pagos acordados. Por ello, el concurso

⁸ El acuerdo extrajudicial de pagos consiste en una nueva institución pre concursal de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Se articula un convenio pre concursal, a través de una vía extrajudicial dirigida por un mediador concursal, que permita alcanzar un acuerdo con

consecutivo está ligado de forma directa con el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos. No se podrá calificar un concurso como consecutivo en el caso que este se declare una vez cumplido por parte del deudor un acuerdo extrajudicial de pagos previos, ni tampoco en el caso de que el acreedor lo instase durante la vigencia de dicho acuerdo por una causa exógena al mismo. En la práctica no se ha desarrollado lo suficiente, por lo que encontramos ciertas incertidumbres en cuando a las especialidades y funcionamiento que la propia jurisprudencia irá resolviendo.

Además aparece una nueva figura: el mediador concursal, el cual tendrá que reunir por una parte las condiciones de mediador dispuestas en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, las cuales son principalmente: titulación específica, formación inicial y continuada, y seguro obligatorio. Y, por otra parte, las condiciones de todo mediador concursal reguladas en el artículo 27 de la Ley Concursal: abogado, economista, titulación mercantil o auditor de cuentas, con cinco años de experiencia (o personas jurídicas conformadas por los mismos), y con formación continua en materia.

4. CONFIGURACIÓN DEL PRESUPUESTO OBJETIVO: ELEMENTOS INTEGRADORES DE LA INSOLVENCIA ACTUAL.

En el artículo 2º de la Ley Concursal no se define que es la insolvencia ni se delimita un concepto estrictamente económico de la insolvencia actual ya que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. De tal afirmación resulta un concepto o estado jurídico definido por la concurrencia de tres elementos: La imposibilidad actual de incumplimiento de las obligaciones, la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones y la exigibilidad y naturaleza de las obligaciones. Por lo tanto es un concepto muy amplio donde el encargado de valorar cada caso concreto será el juez.

los acreedores y superar la situación de insolvencia. Además, en el caso de que no se llegue a dicho acuerdo, conllevará la apertura de un concurso denominado consecutivo. En definitiva, dentro del marco de las medidas de recuperación económica, se articula un mecanismo adicional que protege a los emprendedores en el último término cuando se aborde la situación de insolvencia.

4.1 La imposibilidad actual de cumplimiento de las obligaciones.

La imposibilidad actual de cumplimiento de las obligaciones incluye tanto los supuestos en los que el deudor es incapaz de cumplir con sus obligaciones exigibles por no tener bienes suficientes como los supuestos en los que teniendo bienes suficientes, no posee bastante liquidez para atender sus obligaciones. El juez, por tanto, debe atender a la insolvencia en caso de incumplimiento y no a la causa del mismo o al patrimonio del deudor.

En la situación de insolvencia actual, como hemos visto en el punto anterior, la legitimación para instar el concurso de acreedores recae tanto en el acreedor como en el deudor constituyendo para este último un deber. Por lo tanto, el elemento integrador es la imposibilidad en el momento actual de cumplir con las obligaciones exigibles, siendo lo más relevante que el deudor es incapaz de cumplir en la actualidad sus deberes siendo indiferente la causa de dicha imposibilidad y de la imputabilidad de su causa al deudor. Es decir, quedan excluidos aquellos casos en los que el deudor no paga porque no quiere o por la existencia de un pacto convencional.

En cuanto a la naturaleza civil o mercantil de las obligaciones no satisfechas regularmente a su vencimiento, no viene delimitada en la Ley Concursal, pero sí es relevante en cuanto a la aplicación de las normas generales civiles en materia de cumplimiento de obligaciones y contratos o las normas especiales mercantiles, así como para la determinación de la exigibilidad y regularidad del concepto de insolvencia. Profundizamos en los diferentes supuestos que pueden ser hechos reveladores de la insolvencia.

Es necesario analizar la situación de desbalance patrimonial ya que encontramos un hecho constitutivo o integrador de insolvencia en el caso de que el activo disponible sea inferior al pasivo exigible solo si es o pueda ser previsiblemente una situación definitiva y, por lo tanto, ni temporal ni transitoria. Podemos afirmar que un deudor no será insolvente aún teniendo un activo inferior al pasivo, siempre y cuando sea o pueda ser capaz de seguir cumpliendo sus obligaciones bien a través de la aplicación del recurso al

crédito, o bien a través de una actualización de balances siguiendo el criterio contable de “imagen fiel”⁹ actualizando activos minusvalorados¹⁰.

Hay que tener en cuenta una nueva situación en la que el activo pueda ser superior al pasivo pero tan solo ser liquidable a muy largo plazo, lo que también provocaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones exigibles. Serían, por tanto, un hecho constitutivo o integrador de insolvencia actual todas aquellas situaciones de liquidez definitiva que dificulten pero no impidan el cumplimiento de las obligaciones, es decir, quedan excluidas las situaciones de morosidad transitoria, las cuales sí serían hechos de insolvencia inminente por incluir el factor de puntualidad como veremos en el siguiente punto.

Por otro lado, es necesario estudiar la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento. En el caso del endeudamiento, este no forma parte del concepto legal de insolvencia, por lo que no es un elemento integrador de la misma, y tampoco aparece entre las manifestaciones externas que legitiman a un acreedor para instar un concurso, como veremos después. Como hemos podido ver en el apartado anterior en el caso de la declaración de concurso voluntario si se hace referencia a este concepto.

El elemento de sobreendeudamiento, por su parte, tampoco forma parte ni del concepto legal ni entre las manifestaciones externas de la insolvencia actual. Se califica al sobreendeudamiento, como el endeudamiento excesivo, es decir, se podría definir como aquella situación en la que el deudor ha contraído excesivas deudas. La cuantificación de estas deudas no se puede hacer a priori sino que sería necesario estudiar cada caso. El sobreendeudamiento puede, o no, llevar a una situación de imposibilidad actual de cumplimiento de las obligaciones, por lo que no es del todo identificable con la solvencia actual.

⁹ Principio fundamental que debe inspirar la preparación de las cuentas anuales de una empresa, con el fin de que dichas cuentas muestren la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la misma. El principio de imagen fiel de la empresa es una inspiración ideal que se refiere a la fiabilidad y corrección de la información contenida en las cuentas anuales: El Balance, La Cuenta de Pérdidas y Ganancias, el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto, El Estado de Flujos de Efectivo y la Memoria.

¹⁰ Se consideran activos minusvalorados aquellos inmuebles respecto de los que no se ha actualizado o revalorizado su precio histórico.

La imposibilidad actual de cumplimiento de las obligaciones puede ir ligada al incumplimiento de un acuerdo extrajudicial de pagos, hecho revelador recogido en el artículo 241.3 de la Ley Concursal en relación con el instituto preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos, en cuyo caso es el mediador el que se encuentra en la obligación de solicitar la declaración de concurso de acreedores. Se sobrentiende que la presunción del deudor es respecto a la insolvencia actual y, en ningún caso, respecto a la insolvencia inminente, ya que solo la insolvencia actual constituye presupuesto del deber de solicitud de concurso de acreedores como pudimos ver en el apartado 3.

Un elemento consustancial al mismo concepto de insolvencia, y por tanto, a la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones, puede ser la insuficiencia o inexistencia absoluta de activos o la existencia de bienes afectos al pago de deuda con privilegios especiales.

Es necesario estudiar el supuesto especial en el que la inexistencia o insuficiencia de activo se lleva a cabo a través de una manifestación “*ab initio*”, es decir, en el propio momento de la declaración de concurso, impidiendo así atender los créditos previsibles contra la masa y más concretamente los gastos del propio procedimiento. Por lo tanto, estamos ante un caso donde se constituiría un debate sobre la inadmisión del concurso debido a lo ilógico, desde el punto de vista económico, que resultaría declarar un concurso de acreedores que ni siquiera podría hacer frente a los gastos corrientes de la declaración del propio concurso (insolvencia del propio concurso), o de conclusión del procedimiento basándose en el principio de universalidad del patrimonio¹¹, lo que conllevaría de forma implícita a la diferenciación entre masa de hecho y masa jurídica del concurso.

¹¹ Regulado en el artículo 76 de la Ley Concursal:

1. Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables.

3. Los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento

Anteriormente a la Reforma de la Ley Concursal 22/2003, no había uniformidad en cuanto al criterio jurisprudencial de la admisión a trámite y declaración de los concursos sin masa “ab initio”, siendo diferentes las sentencias y posicionamientos judiciales en los Juzgados de Instancia y en las Audiencias. Las diferentes reformas posteriores han ido poco a poco y de forma progresiva avanzando hacia la comprensión de la insuficiencia o inexistencia de masa activa como una causa de conclusión pero no de inadmisión de la declaración de concurso de acreedores. Además, hay que destacar el aumento de la flexibilidad de las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales debida a la reducción en los costes de la publicidad de la declaración del concurso así como de la introducción de la cuenta de garantía arancelaria para atender las retribuciones de la Administración Concursal. Esta cuenta de garantía arancelaria pretende garantizar un mínimo retributivo a los administradores concursales en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa y se dotará con las aportaciones obligatorias a realizar por los propios administradores concursales, quedando exentos de dicha obligación los administradores concursales cuya retribución no alcance para el conjunto del concurso los 2.565€ y aquellos que tengan derecho a ser resarcidos con cargo a la referida cuenta. Las cantidades a ingresar en la cuenta arancelaria se calculan sobre las retribuciones que perciba cada administrador concursal por su actuación en el concurso.

Por lo tanto, en la declaración de concurso de acreedores, la insuficiencia de “masa ab initio” no constituye un impedimento u obstáculo. Dentro de esta insuficiencia se incluye tanto la referida insuficiencia como la inexistencia, entendiéndose a esta como la situación de mayor insuficiencia. En relación con estas situaciones, en el artículo 176 bis. 4 de la Ley Concursal encontramos un término muy interesante: “*cierre express*”. Este concepto incluye la posibilidad de que sea el juez, durante el auto de la declaración de concurso, quien

correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado, se integrará en la masa activa.

Si la ejecución separada no se hubiere iniciado en el plazo de un año desde la fecha de declaración del concurso, ya no podrá efectuarse y la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo dispuesto en esta ley.

acuerde la conclusión ya que de manera evidente el patrimonio del deudor no será suficiente para hacer frente a la satisfacción de los créditos contra la masa previsible del procedimiento, ni tampoco será previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros. El problema que plantea es, al igual que en los supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa, su extinción y cancelación de su inscripción en los registros públicos que les correspondan. Este hecho se ve agravado en los casos de insuficiencia, es decir, en aquellos casos en los que existen activos y, con ello, bienes y derechos pendientes de liquidación, ya que en el caso de inexistencia no hay bienes y/o derechos sin liquidar.

Por último, hay que relacionar el concepto de insolvencia con la inicial pluralidad de acreedores y su acreditación por el solicitante (sea este el deudor o los acreedores). Antes de profundizar en el tema es necesario mencionar que al igual que en el caso de insuficiencia o inexistencia de masa activa no es estrictamente necesario que se produzcan dichas situaciones para integrar el concepto de insolvencia.

La misma denominación de concurso de acreedores en plural, como la referencia a deudor común en el artículo 2.1 de la Ley Concursal, parece que suponen la existencia inicial de numerosos acreedores y un solo deudor. A lo largo de toda la ley encontramos referencias a esta pluralidad inicial de acreedores. Ejemplo de ello encontramos en el artículo 3.1 donde se legitima a cualquiera de los acreedores a solicitar el concurso o en el artículo 6.2.4º donde se exige al deudor que presente junto con su solicitud una relación de acreedores.

Por ello, a priori, una declaración de concurso donde solo haya un acreedor podría resultar antieconómica, pudiendo este alterar el marco de relaciones entre ejecución individual y colectiva. No obstante, a pesar de esto, es cierto que se puede realizar una declaración de concurso perfectamente funcional y operativo aún con un solo acreedor en el supuesto de sociedad en liquidación sin activo que deniega la cancelación registral de la sociedad y la reenvía al concurso de acreedores. Así, se podrían mencionar preceptos recogidos en el artículo 2.4 de la presente ley concursal donde parece que hace más referencia a una pluralidad de obligaciones y no tanto a una pluralidad de acreedores.

Pese a todo esto, en la jurisprudencia de los jueces de lo mercantil, de primera instancia, así como de las audiencias es requisito exigido uniformemente dicha pluralidad inicial de acreedores. Si el deudor no prueba ni invoca la pluralidad de acreedores en su declaración, es decir, en el caso de un concurso de acreedores voluntarios, esta falta sería subsanable y el juez encargado del caso requeriría la subsanación o podría llegar a practicar alguna diligencia que interese al solicitante. En el caso de un concurso necesario, encontramos una ausencia de previsión legal en cuanto al momento en el procedimiento en el que el propio acreedor debe probar la existencia de más acreedores, pudiendo entenderse dicho momento como el mismo que la solicitud del concurso relacionándolo con los hechos externos en que se constituye dicha solicitud del concurso.

4.2 La regularidad en el cumplimiento de obligaciones.

El segundo elemento básico y el que presenta una mayor complejidad probatoria es la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones. Además de poseer una gran dificultad a la hora de probarlo, presenta una gran complejidad técnica, ya que se considera tan insolvente al deudor que no puede cumplir sus obligaciones como al que sí podría hacerlo pero a través de medios irregulares. La ley concursal, como ocurre con el término de insolvencia, no termina de precisar o definir el término regular, siendo necesario entrar a valorar las situaciones tanto económicas como financieras del deudor. Dentro de estas situaciones hay que valorar las deudas tanto a corto como a largo plazo que posea, los fondos de maniobra o sus fondos propios, la ratio de insolvencia, los ingresos por explotación y financieros... con el fin de analizar si el cumplimiento de las obligaciones del deudor se haría a través de una actividad regular u ordinaria.

Respecto a la regularidad, distinguimos una acepción doctrinal y una acepción jurisprudencial:

En primer lugar, la acepción doctrinal intenta determinar el término regular de forma más exhaustiva para un marco de aplicación general, tanto en el cumplimiento de las obligaciones y contratos como en las condiciones

contractualmente pactadas, basándose en el artículo 1157 del Código Civil¹². Se considera una situación de cumplimiento irregular, y por tanto no se podría considerar en situación de insolvencia, el cumplimiento moroso o retrasado de las obligaciones, así como el cumplimiento de una prestación diferente a la pactada en el momento inicial. También es considerada una situación como irregular cuando se recurra a una financiación demasiado costosa o desmesurada en el mercado de capitales, es decir, recursos abusivos del crédito, o bien una liquidación o enajenación precipitada de su patrimonio¹³.

En este contexto podemos distinguir un primer posicionamiento doctrinal que conduce el término regular hacia los medios empleados con el fin de satisfacer las obligaciones con referencia al ejercicio ordinario de la empresa, en vez de con las condiciones del mercado, relacionándolo con el término de "*par condicio creditorum*"¹⁴ y el artículo 71 de la Ley Concursal. Hay que matizar, en primer lugar, que no todos los procedimientos regulares aseguran no perjudicar a la masa y, en segundo lugar, que el recurso al crédito no se consideraría un modo irregular de cumplimiento de las obligaciones.

Un segundo posicionamiento doctrinal se decantaría por la combinación de varios criterios, entendiendo como regular, en primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones realizadas a través de las reglas generales de pago de obligaciones recogidas en el artículo 1157 del Código Civil ajustadas a las reglas del derecho concursal, sin ser rescindibles a causa de perjuicio de la masa. En segundo lugar, se considerara un cumplimiento regular de las obligaciones las que se hayan realizado o subsanado conforme a las reglas observadas en el específico sector de actividad de cada caso y, en tercer lugar, las que hayan sido cumplidas través de medios normales derivados del ejercicio de la actividad.

¹² Artículo 1157 del Código Civil: No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía.

¹³ Se consideran liquidaciones o enajenaciones precipitadas de su patrimonio cuando se produzcan en condiciones ruinosas a precios inferiores al valor del mercado en ese momento o bien se produzcan ventas sin correspondencia económica.

¹⁴ Supone que los acreedores de una misma clase participan de la eventual pérdida en proporción a la cuantía de su crédito, es decir, igualdad de trato a los de igual categoría. Por lo tanto, a la hora del cumplimiento de las obligaciones del deudor insolvente cada acreedor deberá asumir la pérdida que corresponda bajo un criterio de proporcionalidad en situaciones de igual naturaleza.

En la jurisprudencia, a diferencia de la acepción teórica, se interpreta este término de regularidad en numerosas ocasiones con condiciones del mercado. Por último, es necesario destacar que la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones será diferente según nos encontremos ante un concurso necesario o un concurso voluntario.

En el primer caso, el solicitante (acreedores) solo debe probar la concurrencia de un hecho revelador de insolvencia recogido en el artículo 2.4 de la Ley Concursal. En el caso de encontrarnos ante un concurso voluntario, será el deudor el que deberá probar su insolvencia actual o inminente y, con ello, la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones.

4.3 Exigibilidad y naturaleza de las obligaciones incumplidas.

La exigibilidad de las obligaciones incumplidas por parte del deudor constituye un hecho integrante del concepto de insolvencia actual, hasta tal punto que no se concibe hablar de insolvencia sin exigibilidad de las obligaciones. Además, la exigibilidad es una característica propia de la insolvencia actual, diferenciándose así de la insolvencia inminente. El término exigibilidad hace referencia a la cualidad por la cual la obligación es reclamable por vía judicial y dando lugar a una acción. No serían exigibles las obligaciones naturales ni las que su título constitutivo se encuentre afectado por un vicio de invalidez que determine su inexistencia o nulidad. La insolvencia actual puede quedar excluida a causa de lo que se conoce como "*pacto de non petendo*", siempre y cuando permita remover la incapacidad en el cumplimiento de las obligaciones.

En cuanto a la naturaleza de las obligaciones incumplidas, resulta indiferente o irrelevante que estas sean de naturaleza natural o civil, así como si su origen es contractual, cuasi-contractual o extracontractual, encontrándose también en estado de insolvencia las obligaciones incumplidas de origen legal.

Pero a pesar de que la naturaleza civil o mercantil de las obligaciones incumplidas es irrelevante, es necesario conocer dicha naturaleza ya que determinará la aplicación de las normas generales civiles en materia de cumplimiento de obligaciones a través del Código Civil y más concretamente

los artículos 1100, 1113 y 1125 o, por el contrario, las normas específicas mercantiles recogidas en el Código de Comercio en sus artículos 62 y 63.

5. CONFIGURACIÓN DEL PRESUPUESTO OBJETIVO: ELEMENTOS INTEGRADORES DE LA INSOLVENCIA INMINENTE.

Junto al presupuesto objetivo constituido por la insolvencia actual, el apartado tercero del artículo segundo de la Ley Concursal regula la insolvencia inminente, la cual autoriza al deudor a solicitar el concurso de acreedores cuando prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones en el futuro. La calificación que el deudor haga de su insolvencia en la solicitud del concurso de acreedores, queda fuera del alcance del juez, es decir, el deudor será el único legitimado para instar el concurso debido a la insolvencia inminente. El acreedor, por tanto, deberá esperar a que la insolvencia inminente sea actual para poder instar el concurso necesario.

5.1 La imposibilidad actual de cumplimiento de las obligaciones.

La imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones en el caso de la insolvencia inminente es muy parecida al caso de insolvencia actual pero añadiendo ciertos matices. Dicha imposibilidad ha de referirse a un futuro próximo, el cual no viene definido en la ley, y no a un momento actual, quedando excluidas de dicha afirmaciones los deudores que prevén que no podrán hacer frente a sus obligaciones por no querer. Por lo tanto, la insolvencia inminente es un pronóstico sobre el futuro que es necesario que el juez estudie en cada caso. En la jurisprudencia de los jueces de lo mercantil es admitida la situación de insolvencia inminente conectada con una condena judicial y su previsible cuantificación. Se admite, por tanto, insolvencia inminente en el caso de deudas que estén vencidas pero no se hayan atendido con anterioridad a la solicitud del concurso con un importe de déficit de tesorería y sin tener posibilidades de conseguir financiación bancaria suficiente. En la jurisprudencia también se conecta a la condición del solicitante de concurso como fiador solidario, o que los activos principales del solicitante del concurso estén afectados con garantías vinculadas.

En el caso de una entidad de crédito y una cooperativa de crédito, la jurisprudencia entiende que el elemento más relevante e integrante de la insolvencia inminente es la posible comisión de hechos delictivos que después de la comunicación a los depositantes ha provocado en estos una situación de alarma desencadenando así un gran número de solicitudes de devolución inmediata de los depósitos siendo el activo líquido de la entidad de crédito insuficiente para atenderlos.

En otros casos, la insolvencia inminente vendría representada a través del estudio de la evolución financiera del solicitante, más concretamente se lleva a cabo un estudio de la contratación del negocio por la finalización de contratos y la imposibilidad de renovación de los mismos.

5.2 La regularidad en el cumplimiento de obligaciones.

En cuanto a la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, la insolvencia inminente, también es semejante al caso de insolvencia actual pero nuevamente con matices. La regularidad en el caso de la insolvencia inminente viene definida por el deudor que prevé que en un futuro no podrá cumplir con sus obligaciones a través de medios regulares. En cuanto a la jurisprudencia es idéntica a lo analizado en el caso de insolvencia actual.

5.3 Exigibilidad y naturaleza de las obligaciones incumplidas.

La principal diferencia entre ambos tipos de insolvencia, la encontramos en el tercer elemento integrador: la exigibilidad de las obligaciones. En el caso de la insolvencia inminente no son exigibles las obligaciones que se prevé que no serán cumplidas.

5.4 Puntualidad de las obligaciones incumplidas.

Un elemento integrador específico de la insolvencia inminente es el elemento de puntualidad, no siendo recogido por lo menos de forma explícita en el caso de la insolvencia actual. Por lo tanto, se encontrara en situación de insolvencia inminente tanto el deudor que prevea que no podrá cumplir con sus

obligaciones en un futuro próximo como el que prevea que podrá cumplir de modo regular pero de forma impuntual.

6. CONFIGURACION DEL PRESUPUESTO OBJETIVO: MANIFESTACIONES EXTERNAS DE LA INSOLVENCIA ACTUAL O INMINENTE.

Las manifestaciones externas de la insolvencia o hechos de concurso vienen regulados en el artículo 2.3 de la presente Ley Concursal, encontrando diferencias en función de si la solicitud del concurso de acreedores ha sido realizada por el deudor o por el acreedor, es decir, si nos encontramos ante un concurso voluntario o necesario.

6.1 En supuestos de concurso voluntario: el carácter “*numerus apertus*”.

En el caso del concurso voluntario, y por tanto que la solicitud del concurso haya sido por parte del deudor, es la insolvencia actual la que opera por regla general, sin ser necesaria la tasación legal de las manifestaciones externas y necesitando simplemente la prueba del deudor de su insolvencia a través de la concurrencia de alguno de los hechos recogidos en el artículo 2.4 de la Ley Concursal. Por tanto, los hechos operan como “*un sistema de numerus apertus*”. En el caso del concurso voluntario, el artículo 14.1 de la Ley Concursal establece que el juez dictará auto que declare el concurso “si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2 u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor”. Como hemos mencionado anteriormente en este caso la insolvencia puede ser tanto actual como inminente.

6.2 En supuestos de concurso consecutivo conectado al acuerdo extrajudicial de pagos.

En la Reforma de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre como hemos podido ver en el apartado 3, se introduce un nuevo concepto llamado concurso consecutivo. La diferencia en este nuevo concurso viene determinada por la aparición de un nuevo sujeto con legitimidad para solicitar el concurso, el mediador, además del deudor y del acreedor.

En cuanto a la solicitud del concurso por parte del mediador, este puede realizarla a causa de la no aceptación del plan, en tanto en cuanto el deudor continúe en situación de insolvencia o bien a causa del incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, constituyendo para este último caso un deber para el mediador. No es uno de los supuestos de automática declaración del concurso y cuya interpretación tendrá que ser restrictiva en cuanto a la limitación de los derechos del deudor, sin extenderse a supuestos que no se contemplen de forma expresa en el artículo 15.1 de la presente Ley Concursal¹⁵.

En cuanto a la solicitud del concurso por parte del deudor o del acreedor, podrán realizarla conforme a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o bien en situaciones de incumplimiento del acuerdo extrajudicial pero con el matiz de que posea carácter residual, es decir, en el caso del que el mediador incumpliese su deber de solicitud del concurso.

6.3 En supuestos de concurso necesario: el carácter “*numerus clausus*”.

En el caso de que la persona solicitante de la declaración de concurso sea diferente al deudor, y posea legitimación para poder instar dicho concurso, no es necesario la prueba de insolvencia de dicho deudor ni durante el proceso de admisión a trámite ni durante el proceso posterior de declaración del concurso

¹⁵ Artículo 15. Provisión sobre la solicitud de otro legitimado y acumulación de solicitudes:

1. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente. El deudor y los demás interesados podrán interponer frente a este auto los recursos previstos en el artículo 20.

de acreedores (con los matices vistos anteriormente en cuanto a la figura del mediador concursal). La solicitud debe estar sustentada a través de alguno de los hechos o situaciones recogidas en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, con carácter "*numerus clausus*". En el supuesto de que el acreedor, o figura con legitimación para la declaración del concurso, pudiese probar la situación de insolvencia por alguna otra vía diferente, no podría considerarse ni admitirse la solicitud del concurso como necesario. Estas pruebas serían irrelevantes en cuanto a la declaración de concurso pero podrían ser relevantes en la rescisión o calificación del concurso de acreedores.

El primer hecho externo recogido en el artículo 2.4.1º de La Ley Concursal es el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones. En este ámbito se contempla tanto el sobreseimiento total de dichas obligaciones como el sobreseimiento parcial en el caso de un pago esporádico de algún crédito.

El sobreseimiento ha de tener carácter actual, es decir, deberá concurrir tanto en el momento en el momento de la solicitud como en el momento de la declaración. El sobreseimiento, también, deberá ser general, definitivo y no tan solo temporal, lo que lleva a analizar un triple criterio: subjetivo, cuantitativo y causal. Desde el punto de vista del criterio subjetivo será general en el sentido de que se incumplan las obligaciones frente a una pluralidad de acreedores y no tanto en el sentido del incumplimiento de todas las obligaciones frente a un acreedor. Por lo tanto, no tendrá carácter de sobreseimiento general si solo se incumplen las obligaciones a un acreedor o a una categoría específica de ellos. Desde el punto de vista cuantitativo, el sobreseimiento debe valorarse respecto a la actividad global del deudor. Se calculara a partir de un porcentaje del total del pasivo que haya sido impagado, si dicho resultado representa un porcentaje mínimo respecto al pasivo total no se podría considerar sobreseimiento general de los pagos. Por último, desde un punto de vista causal la negación de atender un requerimiento de pago no se considera por si sola un hecho externo de insolvencia, como pudimos ver en los hechos reveladores de la insolvencia. Por ello, la concurrencia del sobreseimiento general excluye tanto a las obligaciones naturales como a las obligaciones controvertidas.

Es importante mencionar un supuesto concreto en el que no hay concurrencia de sobreseimiento general en los pagos cuando los principales y más

importantes acreedores de un deudor se encuentren negociando una refinanciación de deuda, la cual tendrá efectos en el plazo de vencimiento de las obligaciones, siempre y cuando, dicho sobreseimiento se refiera a créditos vencidos declarando las partes que intervienen en una refinanciación que no se considera en el momento de refinanciación las deudas ya refinanciadas.

El segundo hecho plasmado en el artículo 2.4. 2º De La Ley Concursal es la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor. En este caso, y a diferencia del caso anterior, el solicitante podrá fundamentar la solicitud del concurso en una pluralidad de procesos de ejecución pendientes, ya que se parte de una pluralidad de ejecuciones y embargos y el acreedor funde su condición en título ejecutivo. A diferencia del caso anterior, en el párrafo segundo no se exige que del embargo no resulten bienes libres suficientes para el pago de la deuda.

El tercer hecho mencionado en el artículo 2.4.3º de La Ley Concursal es el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. Se entiende por tanto, como alzamiento de sus bienes, todos los actos de ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, simulación fraudulenta de créditos o cualquier acto realizado por parte del deudor que sustraiga sus bienes al destino colutorio al que estén afectos, contraviniendo el principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil con perjuicio para los acreedores. El acreedor podrá instar concurso por alzamiento a título ejemplificativo, en los casos de venta de todo o parte de los bienes del deudor, constitución de garantías hipotecarias o pignoratias, arrendamientos, donaciones, liquidaciones de régimen económico matrimonial de ganancias pasando a separación de bienes, creación de una sociedad que absorba a otra con el fin de eludir el pago de obligaciones transfiriendo a esta toda la actividad así como los trabajadores y sus bienes, participación del deudor en negocios arriesgados o especulativos y daciones en pago cuando lo sean del único bien o del bien afecto a la actividad profesional o empresarial. Por el contrario, en la práctica no se han considerado hechos constitutivos del alzamiento de bienes el falseamiento de

asientos en el libro de inventarios ya que se considera que el alzamiento va más allá de la simple veracidad de los asientos contables.

En el caso de la liquidación, para que se considere hecho externo de la insolvencia tienen que darse dos circunstancias: En primer lugar, es totalmente necesario que el deudor ya haya dado comienzo a la liquidación de sus bienes, y en segundo lugar, ha de tener carácter apresurado o ruinoso. Se considera carácter apresurado cuando se efectúen una serie de ventas con precipitación o prisa. Se considera carácter ruinoso en el caso de que conlleve una pérdida grave, o en el caso de que se produzca la venta a un precio muy por debajo del precio del mercado. En este último caso es será necesaria la valoración del juez en cada caso en función de la actividad de la empresa y las condiciones del mercado en el momento de la venta ya que no se podrían considerar todas las ventas por debajo del precio de adquisición o incluso ventas con pérdidas como casos de liquidación ruinosas.

Otro rasgo constitutivo de la liquidación de bienes es que es necesario que recaiga sobre totalidad del patrimonio del deudor, o por lo menos, sobre gran parte de él, Por lo tanto, no se considerara tampoco un caso de liquidación apresurada cuando se produzca una enajenación parcial de elementos del patrimonio del deudor, y más particularmente si dichas ventas forman parte de su objeto social sin recaer sobre bienes de los cuales depende la continuidad de la actividad empresarial del deudor.

A priori, y en todo caso, serian identificables la dación en pago con el alzamiento o liquidación apresurada de sus bienes por parte del deudor.

El cuarto y último hecho mencionado en el artículo 2.4.4º de la Ley Concursal son los incumplimientos sectoriales generalizados de obligaciones tributarias, pagos de cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, pagos de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. A priori puede parecer que los sujetos con legitimación para instar concurso en este caso son los mismos que en los recogidos en el apartado 3º de la Ley Concursal, pero en la práctica lo más frecuente es que la solicitud se lleve a cabo por la Agencia Tributaria o por la Seguridad Social o por los trabajadores. Esto se debe al deber de reserva que recae sobre estas instituciones, es decir,

la información no es pública y es difícil de conocer por otros sujetos diferentes a estos.

Por otra parte, los incumplimientos que se recogen en este párrafo pueden parecer incluidos en el primer párrafo de este mismo artículo, pero en este caso se singularizan e individualizan como hechos externos de la declaración de concurso de acreedores. Este incumplimiento ha de ser generalizado, lo que se producirá cuando se hayan dejado de cumplir con la totalidad de los pagos correspondientes a las obligaciones de esta índole, o por lo menos, a la mayor parte de estas. No se considerara que exista incumplimiento generalizado en el caso de que no se produzcan los pagos de forma ocasional, aislada o individualizada. Las obligaciones que sean individualizadas deberán ser incumplidas durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso. Las obligaciones de carácter tributario, también deberán haber sido incumplidas durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso ya sea de manera consecutiva o alterna, principal¹⁶ o accesorio¹⁷, frente a la Hacienda estatal, Comunidades Autónomas o Haciendas de las entidades locales y además deberán continuar siendo incumplidas cuando se solicite el concurso. Por el contrario, no se consideraran exigibles las obligaciones tributarias cuyo pago haya sido aplazado.

A lo largo del artículo 4 de la Ley Concursal, podemos apreciar cómo se contempla una situación económica de fondo en la que también el solicitante puede basar su declaración de concurso. El acreedor puede fundamentar dicha solicitud de concurso en una previa ejecución forzosa singular infructuosa, que haya sido instada por el mismo o por otro acreedor. Esto provocaría una situación económica de fondo de desbalance ya que no existen suficientes bienes libres para el pago, sobre los que no recaigan cargas inscritas con anterioridad a las del acreedor. Será decisivo que se haya despachado ejecución provisional o definitiva, sin que existan bienes suficientes para el pago del embargo, y por tanto resulte irrelevante a la hora de ordenar la insolvencia que el título ejecutivo haya sido dictado en virtud de sentencia no

¹⁶ Se consideran obligaciones tributarias de carácter principal, entre otras, el pago de cuota tributaria y los pagos a cuenta.

¹⁷ Se consideran obligaciones tributarias de carácter accesorio, entre otras, los intereses de demora y los recargos.

firme. La carga de la prueba en estos casos, recae sobre el acreedor solicitante, si el acreedor no prueba dicho embargo el deudor no precisa acreditar que no tiene capacidad patrimonial para hacer frente a los pagos. Sin embargo, si el acreedor prueba dicho embargo infructuoso este desencadena la automática declaración de concurso "*inaudita parte debitoris*". Es necesario destacar que no se requiere que se funde la solicitud del solicitante en título ejecutivo judicial, extrajudicial o complejo, sino que también puede fundarse en cualquiera de los hechos externos enumerados anteriormente y regulados en el artículo 2.4 de la Ley Concursal.

7. CONCLUSIONES.

A pesar de las numerosas modificaciones o reformas realizadas en el Derecho Concursal español en las últimas décadas, el 90% de los concursos de acreedores acaba en liquidación y cerca de un 70% concluye debido a que no hay activos que liquidar y pagar a los acreedores. Estos datos son realmente preocupantes y es necesario plantear cuales son las causas y cuales las posibles soluciones a los mismos. Uno de los principales motivos se debe a la denominada insolvencia terminal, es decir, se establecen demasiado tarde las causas de insolvencia y en el momento en el que se realizan ya no se pueden tomar las medidas necesarias para obtener la suficiente liquidez para satisfacer las obligaciones contraídas. Como posible solución en la práctica, podemos encontrar los acuerdos preconcursales, más concretamente los acuerdos extrajudiciales de pagos. Como hemos mencionado anteriormente se tratan de convenios preconcursales a través de una vía extrajudicial dirigidas a un mediador concursal con el fin de permitir alcanzar un acuerdo con los acreedores y poder superar la situación a la que se enfrentan de insolvencia. En el caso de que no se lleve a dicho acuerdo, se procederá a la apertura del concurso calificado como consecutivo. Estas medidas se llevan a cabo a través de la reforma por Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero y la subsiguiente Ley 25/2015, de 28 de julio, dentro del marco de reducción de cargas financieras y otras medidas de orden social.

Muy ligado a este problema, favorece a la solución de liquidación, la propia definición de insolvencia inminente que ofrece la Ley Concursal, ya que como hemos mencionado con anterioridad no es del todo clara en sí misma y deja cabos sueltos a la hora de determinar si efectivamente se podrá en el futuro hacer frente o no a las deudas por parte del deudor. Encontramos mayor dificultad al establecer una situación de insolvencia en el futuro, ya que es necesario estudiar las previsiones y estas pueden finalmente cumplirse o no, que establecer una situación de insolvencia actual donde se sabe con certeza si es posible o no cumplir con las obligaciones actuales.

Con todo esto, la solución para que los concursos de acreedores no finalicen en la liquidación de la sociedad residiría en varios pilares. En primer lugar delimitación clara y precisa de la insolvencia inminente, permitiendo así la posible anticipación de forma segura al incumplimiento de las obligaciones ya no solo a medio plazo sino también extensible a un periodo más largo de tiempo. En segundo lugar, con la adecuada definición de insolvencia inminente y con la finalidad de acabar con la llamada insolvencia terminal, permitir anticiparse con un periodo de tiempo suficiente al incumplimiento de las obligaciones para la inserción de medidas que permitan obtener la suficiente liquidez y poder continuar con la actividad del deudor sin tener que recurrir a la liquidación.

Es necesario tener presente que la finalidad del concurso de acreedores es tanto satisfacer los créditos de los acreedores como proteger los intereses del deudor intentando conseguir la supervivencia de las empresas.

8. BIBLIOGRAFIA.

https://www.supercontable.com/informacion/ley_gestion/Comparativa_de_la_Ley_y_Concursal_con_la_Normativa_Anterior.html [consulta: 04/10/2018].

Revista Law & Trends <https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/la-insolvencia-como-presupuesto-del-concurso-de-acreedores-una-definicion-peligrosa-1.html>

<https://elderecho.com/el-90-de-los-concursos-de-acreedores-acaba-en-liquidacion>

Artículo Diego Rubio Domingo (02/02/2018): *La insolvencia como presupuesto en el concurso de acreedores: una definición peligrosa.*

Artículo Marina Lorente: *El concurso consecutivo como efecto del fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos.*

(2010): *Introducción al Derecho Concursal.* Editorial Tirant lo Blanch.

(2015): *Practicum Derecho Concursal.* Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

El presupuesto objetivo del concurso. El Estado de insolvencia. En Las Claves de la Ley Concursal. Editorial AA.VV