

Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Administración y Dirección de

Empresas (Programa de Estudios Conjuntos Derecho y ADE)

El presupuesto objetivo en el concurso de acreedores.

Presentado por:

Pilar Pérez Herreros

Tutelado por:

Ángel Marina García-Tuñón

Valladolid, 12 de junio de 2022

INDICE DE CONTENIDOS

Resumen	3
Metodología.....	4
1.Introducción	6
1.1 Motivos de la elección del tema y justificación de su interés	7
2.La legislación concursal	7
2.1 Evolución histórica.....	7-12
2.2 La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal y sus reformas posteriores	12-14
2.3 Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo y del Consejo	14-18
3.El concurso de acreedores y su declaración	18
3.1 Descripción general	18
3.2 Los presupuestos de la declaración de concurso	18
3.2.2El presupuesto subjetivo.....	18-19
3.2.3 El presupuesto objetivo.....	19-20
3.2.4 El presupuesto formal.....	20
4. ¿Qué es la insolvencia en el concurso de acreedores?	20-22
4.1 Los elementos del presupuesto objetivo regulados en el art.2 L.C.....	22
4.1.2 El término regular con respecto a la insolvencia (STS 122/2014).....	22-25
4.1.3 La exigibilidad en las obligaciones	25-26
5. Tipos de insolvencia en la Ley Concursal	26
5.1 La insolvencia actual.....	26-28
5.2 La insolvencia inminente	28-31
5.3 La probabilidad de insolvencia	31-32
5.4 Justificación del endeudamiento y estado de la insolvencia.....	32-33
5.5 Prueba de la insolvencia.....	33-38
5.6 Supuestos controvertidos de la insolvencia	38-40
6. Perspectivas de futuro en materia de regulación	41-48
7. Estadística concursal en España.....	48-51
8. Conclusiones	51-60
9. Referencias bibliográficas.....	60-64

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es poner el foco en uno de los requisitos necesarios para la declaración del concurso de acreedores, el presupuesto objetivo del concurso, también conocido como la insolvencia. Para ello, se hace un recorrido a lo largo de varios artículos de la Ley Concursal, se mencionan las diversas reformas legislativas que se han llevado a cabo y se analiza cada uno de los elementos de este presupuesto utilizando la jurisprudencia que hay al respecto. Por último, se realiza un análisis sobre la actividad concursal española actual a nivel estadístico.

Palabras clave: Concurso de acreedores, insolvencia, reforma legislativa.

ABSTRACT

The objective of this Final Degree Project is to focus on one of the necessary requirements for the declaration of bankruptcy, the premises of the bankruptcy, also known as insolvency. Therefore, a tour is made along several articles of the Act of 2003, several legislative changes that have been carried out are mentioned and each of the elements of this budget is analyzed using the jurisprudence that exists in this regard. Finally, this final degree project carries out an analysis about the current Spanish insolvency activity in a statistical level.

Key words: state of insolvency, bankruptcy, legislative reform.

METODOLOGÍA.

La metodología que se ha utilizado para la elaboración del presente Trabajo de Fin de grado se llevó a cabo conforme a un esquema que se puede sintetizar de la siguiente manera:

1. En primer lugar, se realizó una búsqueda de temas actuales en materia de derecho concursal sobre los cuales pudiese ser interesante realizar la investigación. Posteriormente se realizó una exploración superficial con palabras clave sobre el concurso de acreedores y sus presupuestos para la realización del esquema que acompañaría el trabajo. Los medios utilizados fueron especialmente manuales de la biblioteca, portales de internet y legislación.
2. En segundo lugar, una vez aprobado el guión del trabajo por el tutor, comenzó la redacción y desarrollo, a través de la lectura de un gran número de fuentes proporcionadas por el tutor, entre las que destacan la legislación concursal, la jurisprudencia y los manuales de derecho concursal, con el objetivo de crear un criterio propio.
3. Respecto al epígrafe referido a la estadística concursal, se utilizó como fuente externa la base de datos del INE y del Colegio de registradores de España, así como datos obtenidos a partir de páginas web de carácter jurídico.
4. Finalmente, conforme evolucionaba la elaboración del trabajo y asimilando la información, se planteaban dudas al tutor y se corregían determinados aspectos, contando en todo momento con la supervisión y aprobación del tutor.

ABREVIATURAS.

AP: Audiencia Provincial

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española UE: Unión Europea

CP: Código Penal

LC: Ley Concursal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LSC: Ley de Sociedades del Capital

RDL: Real Decreto Legislativo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TRLC: Texto Refundido de la Ley Concursal

TS: Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN.

El derecho concursal es una rama del derecho mercantil que ha cobrado una excelente importancia en la última década. Los procedimientos concursales se han visto incrementados a partir de la crisis financiera de 2008, así como en la que nos acontece ahora, generada por la pandemia de la COVID-19.

Estas situaciones de crisis económica han provocado que muchas empresas que atravesaban grandes dificultades se hayan visto abocadas a un proceso de cierre o liquidación, así como a la reestructuración de su deuda ante las grandes dificultades que atravesaban.

Las empresas se ven obligadas a recurrir a los procedimientos concursales, con el objetivo de resolver sus problemas de insolvencia. Las funciones de dichos procedimientos concursales son cuantiosas. Por un lado, se trata de que las relaciones mercantiles que se dan entre el deudor y el acreedor lleguen a buen puerto. Además, sirven para garantizar cierto nivel de seguridad jurídica y fortalecer dichas relaciones comerciales y financieras. Son procedimientos ventajosos pues los acreedores ven satisfecho el pago que les corresponde y los deudores hacen frente a los compromisos mediante la forma ordenada y establecida por la ley.

Hay que tener en cuenta que no solo es importante el concurso de acreedores, sino otros instrumentos como los acuerdos extrajudiciales de pagos o acuerdos de refinanciación, que tratan de lograr reducir los riesgos y costes que llevan aparejados este procedimiento.

No obstante, el procedimiento concursal relativo al concurso de acreedores es un procedimiento complejo, para cuya apertura es necesaria la concurrencia de dos presupuestos. Por un lado, un presupuesto objetivo y por otro lado un presupuesto subjetivo. Es precisamente el presupuesto objetivo o insolvencia lo que se pretende explicar a través del presente Trabajo de Fin de Grado.

1.1 MOTIVOS DE LA ELECCION DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.

Como ya he indicado previamente, el derecho concursal está a la orden del día. He decidido elegir este tema pues considero que es una materia esencial de cara a mi futuro profesional, al combinar muy bien los conocimientos que he adquirido a lo largo de estos seis años en la doble titulación.

La situación de insolvencia es una situación que sin duda presenta un alto grado de incertidumbre. Por ello, es importante estudiarlo tanto desde el punto de vista jurídico, por su relación con numerosas ramas del derecho, como desde el punto de vista económico, pues requiere un conocimiento exhaustivo del ámbito empresarial y financiero en el que se desenvuelve la empresa.

Además, es un derecho cada vez más extendido en la práctica con constante necesidad de adaptación a las nuevas necesidades y a las características del tejido empresarial, cada vez más cambiante y globalizado. Esto ha motivado la reforma de la Ley Concursal que se ha hecho necesaria con el paso del tiempo como tratare a lo largo de este trabajo.

2. LA LEGISLACION CONCURSAL

2.1 Evolución histórica.

Es necesario partir de la idea de que las deudas pecunias no son un producto de la actualidad, sino que desde la antigüedad se ha constatado la existencia de los elementos esenciales que conforman el concurso, tales como las deudas, los acreedores o la imposibilidad de hacer frente al pago. Aunque estos problemas siempre han planteado una difícil solución, la norma y manera de solventarlos ha ido cambiando conforme a la coyuntura histórica y económica ¹.

I.- ANTECEDENTES UNIVERSALES.

¹ García Escolar. G (2016) *“El sentido de la institución concursal: los principios del concurso”* Universidad de Granda. pp. 40-46.

1.- Derecho Romano.

En el Derecho Romano tenemos el origen más remoto en el que podemos encontrar y reconocer ciertos perfiles de la institución que queremos analizar, atendiendo a un breve análisis de las instituciones jurídicas que fueron creadas en el derecho romano para regular el fenómeno de la insolvencia.

En primer lugar, en la ley de las XII Tabas (451-449 a.C) aparece regulada la "*Legis actio per manum iniectio*", que consistía en una acción ejecutiva con la que se presionaba al deudor para pagar una sentencia que tenía carácter pecuniario. El deudor era "*demandado iudicatus*" por un acreedor que tenía un crédito y lo hacía constar de manera clara al *confessus in iure* (reconocimiento de la deuda ante la autoridad). Realmente, la ejecución en Roma podía provenir tanto de una condena judicial sobre una persona como de una confesión, que a este respecto es equiparada a la sentencia. De forma que se da cierta entidad entre el *iudicati* y el *confesases* ².

Posteriormente se le daba un plazo de gracia de 30 días denominado "*dies iusti*". Transcurridos 30 días desde la sentencia o confesión sin que el deudor hubiera cumplido la prestación pecuniaria a la que está obligado, o sin que hubiera presentado un *vindex*, consistente en un garante o representante procesal que asumía el riesgo de dicha ejecución, podría iniciarse la *manus inectio* ³.

El incumplimiento de la obligación revestía un carácter de tipo penal y punitivo, donde el deudor podía ser detenido, encadenado, vendido o maltratado. Esta severidad de la ejecución personal fue mitigándose paulatinamente con la *Lex Poetelia Papilia* (326 a. de C.) ⁴ donde el deudor se podía resarcir de las deudas con los acreedores por medio de su trabajo, sin necesidad de ser objeto de penas privativas de la libertad o la vida. La importancia de esta ley fue clave en la

² D'Ors, A. (2008) "*Derecho privado romano*" Universidad de Navarra, EUNSA. p. 172.

³ García Escolar. G (2016) "*El sentido de la institución concursal: los principios del concurso*" Universidad de Granada. p.43.

⁴ Soza Ried. M^a de los Ángeles (1998) "*Revista de estudios histórico-jurídicos: El procedimiento concursal en el derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras*" Universidad de los Andes.

transformación del procedimiento civil romano, desvinculándose el patrimonio del deudor respecto a su esfera personal.

Posteriormente aparece la "*Mission in possessionem o in bona debitoria*". Esta medida, consistente en el embargo precautorio sobre los bienes de un sujeto que se pretendiera demandar, que debía ser previamente solicitada al pretor y era él quien decidía si concederla o no.

Ello generaba la obligación al embargante de notificar en la menor cuantía de tiempo posible al demandado, y ya cumplido con ello, pasado un plazo determinado, se podía proceder a la venta de los bienes respectivos.

En el Siglo II a.C aparece un nuevo instituto procesal denominado ***Bonorum venditio***, que consistía en la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente en beneficio de sus acreedores.

En este caso, el patrimonio del fallido era transmitido, por conducto de un *magister* al mejor postor, a quien se le denominaba "*bonorum emptor*"; la figura se asemejaba a una sucesión, ya que la transmisión se hacía a título universal y se limitaba la obligación del *bonorum emptor* de pagar las deudas hasta el monto del valor de los bienes que le fueron transmitidos.

La gran parte de la doctrina considera que una de las características principales de la *bonorum venditio* era la infamia, "*la deshonra imborrable, permanente, producida por ciertas penas, calificadas por ello de infames*".⁵

- ***Interdictum possessorium***.

Interdicto concedido al *bonorum emptor* para que pueda entrar en posesión de los bienes adquiridos en concurso y en defensa de la propia posesión.

⁵ De Pina Vara, R. (2003). "*Diccionario de Derecho*". Editorial Porrúa. p.320.

En este contexto, nos encontramos con que el concepto de insolvencia en el Derecho romano clásico también resulta absolutamente confuso. Algunas de las principales posiciones doctrinales sostenían que la *bonorum venditio* tuvo como presupuesto objetivo la insolvencia de forma que no se castigaba a quien no tenía bienes sino a quien manifestaba la incapacidad de su activo para hacer frente al pasivo⁶.

Por último, un tercer grupo de autores entendía que el presupuesto objetivo de este proceso está en el incumplimiento de una condena establecida por sentencia (voluntario o forzado por una situación de insolvencia real) interpretaban que el procedimiento se iniciaba tras el incumplimiento de una obligación, sin importar si se trataba de una situación de insolvencia estructural o mera liquidez.

Posteriormente, el ***Cessio Bonorum***, constituye una enorme evolución en el derecho de insolvencia, pues permitía que el deudor que se encontraba en estado de quiebra cediera voluntariamente sus bienes a favor de sus acreedores. Se trataba de un procedimiento más benigno, pues no conllevaba infamia ⁷

Una evolución en el derecho concursal que rompe la estructura y se erige como una reforma benigna a favor de los deudores; permitía una cesión de la totalidad de los bienes del deudor a sus acreedores, empero evitaba la infamia de este.

Atendiendo a la época posterior, surgen en la Baja Edad media (Siglo V) dos sistemas de ejecución concursal. El primero tenía como fundamento la estructura de las quiebras romanas y el derecho concursal tenía un tratamiento de puramente privado. La otra corriente estaba representada por el derecho Visigodo y al derecho concursal comienza a adquirir un carácter público. Las principales fuentes del derecho mercantil estaban en la costumbre y estatutos de las ciudades.⁸

⁶ García Escolar, G (2016) "*El sentido de la institución concursal: los principios del concurso*" Universidad de Granada. p.53.

⁷ Ventura Silva, S. (2001) "*Derecho Romano*". Editorial Porrúa. p. 177

⁸ C.p. Graziadei J. D. (2016) "*Manual de Concursos. Capítulo II: Orígenes Históricos, Evolución y Antecedentes del Derecho Concursal*". p.16

Refiriéndonos al derecho intermedio, destaca una evolución que culmina con el cese de la justicia privada, de forma que la ejecución pasa a ser dirigida por una autoridad pública.

Posteriormente, nos encontramos con que el desarrollo económico que se produjo en las ciudades en la Edad Media, propiciado por un incremento e intercambio comercial dan origen a las primeras instituciones del derecho comercial (siglo XII-XVI). Se produjo un desarrollo del derecho patrimonial en las comunas italianas del norte, creándose los estatutos que constituían verdaderos códigos profesionales en ciudades como Venecia, Bolonia o Florencia.

Se sometía a procedimiento concursal a cualquier deudor en insolvencia, aunque no fuera comerciante y no se hacía distinción entre deudor comercial o deudores puramente civiles.

En la Constitutio de Siena de 1262 aparece por primera vez el concepto de cesación de pagos (cesante) así como la palabra bancarrota, que significaba una ruptura del banco del deudor insolvente del mercado (*banca rotta*)

En el caso del derecho español, las siete partidas de Alfonso X (1256-1265) se convirtieron en los textos legales más importantes, inspirando a nuestro ordenamiento jurídico, pues regulaban el procedimiento de la quiebra con detalle.

Más adelante, durante los siglos XVII y XVIII acudimos a un proceso de reestructuración en España con influencia del derecho italiano, adoptándose la figura del consulado en las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737, que distinguía de forma detallada las diferentes clases y modos de procedes en las quiebras. La obra de los autores Salgado de Somoza, así como la de Hevia Bolaños supusieron un verdadero hito en la historia del derecho de la insolvencia.

Finalmente, atendemos al periodo de la codificación en España y el derecho concursal. Fernando VII promulga en 1829 el Código de Comercio, que contenía entre sus principales prescripciones el instituto concursal de la quiebra. El código no recogía muchas cuestiones procedimentales. El texto que fue crucial en el tratamiento de la insolvencia comercial fue el Código de comercio de 1885.

Especialmente en lo que se refiere al presupuesto objetivo de la quiebra, que generaba debate en el Código de 1829 fue clarificándose pues se hablaba de insolvencia como incapacidad patrimonial. Este código sería reformado posteriormente en 1897, modificándose el art.870 que preveía un insólito presupuesto objetivo para la suspensión de pagos⁹.

Con esta reforma se fue apaciguando el tema del presupuesto objetivo respondiendo a una insolvencia total en relación a la quiebra, mientras que la iliquidez se identificaba con la suspensión de pagos.

En 1922 aparece la Ley del 26 de Julio de Suspensión de pagos, vigente hasta la Ley de 2003, a la que a continuación me refiero.

2.5 LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL Y SUS REFORMAS POSTERIORES.

La Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, es la norma de referencia para el presente trabajo. Pocas leyes recientes han despertado tanto interés entre la doctrina mercantilista como la Ley Concursal. Es necesario atender al contexto económico y jurídico en el que promulgó de la norma, cuestiones que vienen reflejadas en la Exposición de motivos de esta.

En lo que al contexto económico se refiere, la situación en el año 2003 era muy diferente a la que hemos vivido en este año o la que acontecía en 2008, con una crisis financiera que afectó en todos los niveles. En términos generales las variables macroeconómicas gozaban de buenos valores, motivados por el incremento del consumo y al sector de la construcción.

El contexto económico en el que se desarrolla la norma era por tanto favorable, de forma que la labor del legislador respondía más a la demanda de clarificar esta importante rama del Derecho y sus implicaciones en el derecho de las obligaciones, y no tanto a la necesidad de legislar en materia de concurso. Sin

⁹ García Escolar. G (2016) *“El sentido de la institución concursal: los principios del concurso”* Universidad de Granda. pp.99-102.

embargo, pronto se manifestaron las deficiencias que presentaba esta ley y se sucedieron las numerosas reformas que se han hecho¹⁰.

Respecto al contexto jurídico, como se deriva de su propia exposición de motivos, la Ley 22/2003 del 9 de Julio *“persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal”*.

Se consideró que el derecho vigente, con fundadas críticas, no había sido seguido con soluciones legislativas adecuada provocando ciertos defectos tales como el arcaísmo, inadecuación de la realidad social y economía de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónica, predominio de los intereses particulares en detrimento de los generales, entre otros¹¹.

Como señala el propio legislador, el arcaísmo y dispersión de las normas vigentes son defectos que derivan de la codificación española del siglo XIX, estructurada sobre la base de la dualidad de códigos de derecho privado, civil y de comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil. También la multiplicidad de procedimientos concursales y la continuidad de Le ley de Suspensión de pagos de 2022 e incluso la actual vigencia de un gran número de artículos del primer Código de Comercio de 1829.

Se considera además que las modificaciones legislativas posteriores revestían un carácter parcial y estaban limitadas a materias muy concretas, que no hacían sino complicar el sistema concursal con una gran dispersión de normas excepcionales y especiales y ciertos privilegios a los acreedores que generaban situaciones injustas.

De esta forma se pone de manifiesto la necesaria reforma global del derecho concursal español, pretendiendo de dotar al sistema de modernidad, flexibilidad y coherencia, aunque finalmente el intento ha sido frustrado.

¹⁰ García Escolar. G (2016) *“El sentido de la institución concursal: los principios del concurso”* Universidad de Granada. p.109.

¹¹ Texto Refundido de La Ley Concursal. Exposición de motivos. (BOE). BOE-A-2020-4859

2.1 DIRECTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO.

En materia concursal, el texto legal europeo más importante lo encontramos en la Directiva (UE) 1023/2019 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Conviene señalar que dicha Directiva es compatible y complementaria con la aplicación del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo que regula las cuestiones de competencia judicial, reconocimiento y ejecución, Derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, así como la interconexión de los registros de insolvencia.

En la exposición de motivos se hace referencia a la existencia de diferencias entre los Estados miembros en cuanto al abanico de procedimientos de que disponen los deudores en dificultades financieras para reestructurar sus empresas. Algunos Estados miembros tienen una serie limitada de procedimientos que permiten la reestructuración de empresas solo en un momento relativamente tardío, en el marco de procedimientos de insolvencia.

Como consecuencia de estas diferencias entre los Estados miembros por lo que respecta a los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas surgen disparidades en las condiciones de acceso al crédito y a disparidades en los porcentajes de recuperación de los Estados miembros.

Por ello, se considera que un mayor grado de armonización en materia de reestructuración, insolvencia, exoneración de deudas e inhabilitación es esencial para el buen funcionamiento del mercado interior en general y de la Unión de los Mercados de Capitales en particular, así como para la resiliencia de las economías europeas, y en particular para el mantenimiento y la creación de puestos de trabajo a la reasignación eficiente de los recursos productivos.

Mediante esta Directiva se trata también se trata de solventar el problema de los costes adicionales de evaluación de riesgos y de ejecución transfronteriza de reclamaciones causados a los acreedores de empresarios sobreendeudados que se trasladan a otro Estado miembro con el fin de obtener una exoneración de deudas en un período de tiempo mucho más breve. Se considera también que las insolvencias estrictamente nacionales pueden incidir en el funcionamiento del mercado interior a través del denominado «*efecto dominó*» de las insolvencias ¹².

La eliminación de los obstáculos a la reestructuración preventiva efectiva de deudores viables en dificultades financieras contribuye a minimizar la pérdida de puestos de trabajo y las pérdidas de valor para los acreedores en la cadena de suministro, beneficiando a la economía en general.

Respecto a la insolvencia inminente, se considera que habrá una mayor probabilidad para evitarla cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación.

Atendiendo a su objeto el art.1.1 de la Directiva (UE) los establece qué normas regula la directiva: marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor; los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes, y las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

El art.1.2 de la misma enuncia que esta no se aplica a empresarios del sector financiero, organismos públicos o personas físicas que no tengan la condición de empresario.

¹² Directiva (UE) 2019/1023.

Es importante señalar que, a efectos de Directiva, los conceptos de insolvencia, insolvencia inminente y pymes se entienden según la definición de la normativa nacional.

En cuanto a los marcos de reestructuración preventiva, la Directiva trata aspectos como su disponibilidad por parte de los Estados miembros en aquellos casos en los que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia inminente.

Así mismo, en el art.6 se enuncia que *“los Estados miembros velarán por que el deudor pueda disfrutar de una suspensión de las ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva”*.

Posteriormente, en los art.8 a art. 16 se establecen algunas cuestiones procedimentales de los planes de reestructuración tales como su contenido, la forma de adopción, la confirmación, la valoración de la empresa por parte de la autoridad judicial, sus efectos o recursos entre otras.

En el Capítulo 4 se define lo relativo a la protección de la nueva financiación, la financiación provisional y otras operaciones relacionadas con la reestructuración, estableciendo que , en el caso de una posterior insolvencia del deudor) la nueva financiación y la financiación provisional no podrán ser declaradas nulas, anulables o inejecutables, y a los prestadores de dicha financiación no se les podrá exigir responsabilidad civil, administrativa o penal por el motivo de que dicha financiación sea perjudicial para el conjunto de los acreedores. Se regulan así mismo las obligaciones de los acreedores en caso de insolvencia inminente.

En los art.20 y ss. se establece la posibilidad de que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva.

Por último, el Título IV versa sobre las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas centrándose en las autoridades judiciales y administrativas, los administradores concursales y su formación, nombramiento, supervisión y remuneración.

También en la utilización de medios electrónicos de comunicación para la presentación de los planes, notificaciones a los acreedores, reclamación de los crédito o presentación de impugnaciones y recursos.

En este contexto, cabe mencionar brevemente el conocido “*pre-pack*”. Dicho mecanismo, presente en el Derecho Comparado, permite a la persona física o jurídica en insolvencia actual o inminente preparar la futura venta de la unidad productiva durante la fase previa al concurso, mediante la designa por parte del futuro juez competente para conocer del procedimiento de insolvencia de un administrador interino. Su función principal es controlar que el procedimiento de selección de la oferta vinculante que la empresa deudora realiza en la fase previa al concurso responde a los postulados de publicidad, transparencia y concurrencia exigibles¹³.

Mediante el *pre-pack*, se busca complementar el procedimiento reglado establecido en el artículo 530 TRLC de una forma rápida y eficiente pues una vez que se presenta la solicitud de concurso por esta vía, puede ser aprobado el plan de liquidación para autorizar la adjudicación de la unidad de negocio.

Respecto a las posibles ventajas de este método, la anticipación del momento procesal en el que el juez puede autorizar la venta de la unidad productiva permite reducir así las formalidades legales y agilizar el proceso. Se merma así el impacto negativo que representa el tránsito por el proceso concursal sobre el valor de la empresa y se otorga una mayor seguridad jurídica los inversores.

Por último, es necesario hacer referencia al *pre-pack* y su encaje en la Directiva 2019/1023 antes citada, pues como ya se ha mencionado el Capítulo IV expresamente alude a la necesidad de que los Estados Miembros implementen nuevas medidas tendentes a garantizar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación. En España no se cuenta con una regulación expresa sobre esta materia, aunque recientemente ciertos Juzgados de lo

¹³ Ríos López. Y. (2011) “«*Pre-pack*» concursal: una solución para la venta de empresas en crisis.” LEFEBVRE.

Mercantil catalanes han asentado un Protocolo con directrices y buenas prácticas sobre este mecanismo.

3. EL CONCURSO DE ACREEDORES Y SU DECLARACION.

3.1 Descripción general.

El concurso de acreedores es *una institución o instrumento jurídico para el tratamiento eficiente de la masa concursal dirigida a la satisfacción de los diversos créditos que concurren en el patrimonio insolvente del deudor, evitando la satisfacción preferente de unos sobre otros y justificando una distribución equitativa entre dichos acreedores respecto de la insuficiencia patrimonial habida como consecuencia de una actividad mercantil infructuosa.*¹⁴

3.2. Los presupuestos de la declaración de concurso.

Una de las cuestiones más relevantes del presente trabajo es el análisis de los presupuestos para la declaración del concurso. Se trata de determinar qué condiciones deben darse para que este mecanismo pueda operar y desplegar sus efectos sobre la situación patrimonial del deudor. Lógicamente, estos presupuestos necesarios han de ser declarados previamente por un Juez.

Respecto a la regulación actual, la Ley 22/2003 del 8 de julio distingue entre el presupuesto subjetivo y el presupuesto objetivo, siendo este último el que más nos interesa.

3.2.2. Presupuesto subjetivo.

En nuestra legislación concursal, la Ley 22/2003 no hace distinción alguna entre la condición de comerciante o no comerciante. Este presupuesto subjetivo está regulado en el art.1.1 de la Ley Concursal, donde se proclama ese principio de equiparación, al enunciar en su apartado 1 que *‘la declaración de concurso procede respecto de cualquier deudor sin importar si es persona física o jurídica’*.

¹⁴ Guías jurídicas de Wolters Kluwers- *‘El concurso de acreedores.’* Disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDS3MztlUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAgweQIDUAAAA=WKE.

A estos efectos, es indiferente la nacionalidad del deudor e independiente de las exigencias que establezcan las reglas de competencia judicial de carácter internacional para la apertura de un procedimiento de insolvencia en España.

Por otro lado, podría decirse que se hace una delimitación negativa en el apartado 2 del artículo 1, al enunciar que “ *Las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público no podrán ser declarados en concurso.*”

Conviene precisar que la ley concursal se refiere a la “*capacidad de ser declarado en concurso*” que no puede extenderse a la “*capacidad procesal*”, entendido como la aptitud genérica para comparecer en juicio y realizando actos validos en el proceso, que viene atribuida por el art.6.1.4 de la LEC.

Respecto a las personas físicas, es necesario tener en cuenta lo establecido en el Código Civil. Concretamente, el art.30 CC enuncia que podrá ser declarada en concurso una persona que tenga la condición de nacida a efectos civiles, que no haya fallecido (art.32 CC) o no haya sido declarada fallecida (art.193 CC)

Es indiferente así mismo el estado civil de la persona física a efectos de la declaración en concurso, sin perjuicio de que se puedan solicitar la declaración del mismo de forma conjunta por los cónyuges u otras cuestiones similares que se regulan en el art.25.1 y 25.1.bis.5º TRLC.

En cuanto a las personas jurídicas, es indiferente el hecho de que este inscrita o no en un registro e irrelevante que se encuentre en liquidación o que incluso se hubiera declarado ya nula sin haberse extinguido su personalidad jurídica. De esta forma, el requisito esencial es la existencia de personalidad jurídica de la sociedad, pudiendo declararse también el concurso si esta perteneciera a un grupo de sociedades (declaración conjunta o acumulación de concursos para empresas insolventes)

3.2.3 Presupuesto objetivo.

El momento en el que se determina jurídicamente el presupuesto objetivo del concurso tiene un alcance fundamental, ya que es el momento adecuado para la

apertura del procedimiento y a fin de evitar que su incoación tardía perjudique la situación económica del deudor.¹⁵

3.2.4 Presupuesto formal.

En un segundo plano, es necesario mencionar lo que se conoce como ‘*presupuesto formal*’, entendido como el auto de declaración de concurso.

Lógicamente, al ser un procedimiento judicial es necesario que se den las formalidades pertinentes, como se regula en el art.28 LC: *En el auto de declaración de concurso, el juez podrá acordar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración de la masa activa hasta que el administrador o los administradores concursales acepten el cargo.*

4. ¿QUÉ ES LA INSOLVENCIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES?

En primer lugar, cabe decir que el procedimiento del concurso de acreedores es un procedimiento judicial de ejecución universal, con objeto de buscar una solución lo más satisfactoria posible para todo el conjunto de acreedores.

Este procedimiento tiene un carácter excepcional, que se rige por la regla de la igualdad de acreedores, *par conditio creditorum*, frente al medio de tutela judicial ordinario basado en la regla del *prior tempore potior iure*¹⁶. Se evitan así los procedimientos singulares, asegurando la universalidad en el trato jurídico de los créditos, a través de un mismo juzgado (Juzgado mercantil) y un mismo procedimiento, regulado en la LC.

Cierto sector de la doctrina entiende el principio de universalidad desde una vertiente subjetiva, es decir, la necesidad de participación en un único trámite o proceso de todos y cada uno de los acreedores del deudor existentes al momento de la apertura del concurso respectivo, sin importar si su crédito tiene

¹⁵ Cerda Albero, F. “*Administraciones, insolvencia y disolución por pérdidas*”. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 73 y ss.

¹⁶ Iberley (2020) “*El concurso de acreedores y el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020*” Disponible en <https://www.iberley.es/temas/concurso-acreedores-rdl-1-2020-5-mayo-64754>

prelación, cuenta con garantías personales o reales, es litigioso, contingente etc., y sin reparar en la naturaleza jurídica del acreedor¹⁷.

Por otro lado, hay quienes mencionan una vertiente objetiva del principio de universalidad, entendida como que la totalidad del patrimonio del deudor se ve afectada no solo por la iniciación del concurso sino también por el resultado de este, involucrando a sus bienes futuros.

El principio de universalidad objetiva se refleja en el art.192 de la LC, en donde se enuncia que *“la masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.”* Exceptuándose los bienes y derechos que aún teniendo carácter patrimonial sean legalmente inembargables.

En el mismo sentido se recoge en el art.291 LC, refiriéndose a la masa pasiva: *“todos los créditos contra el deudor, ordinarios o no, a la fecha de la declaración de concurso, cualquiera que sea la nacionalidad y el domicilio del acreedor, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva, estén o no reconocidos en el procedimiento, salvo que tengan la consideración de créditos contra la masa.”*

En el mismo sentido destaca el art.1911 CC con el principio de responsabilidad patrimonial universal : *“del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.”*

Además, es un concepto de contenido más amplio que otros que se le asimilan, a lo que me referiré específicamente en el apartado 5.6.

La Ley Concursal diferencia dos acepciones, atendiendo a una serie de circunstancias temporales y materiales en las que se produce la insolvencia; la insolvencia actual y la insolvencia inminente.

Esta diferenciación es importante pues en función del tipo de insolvencia, el tratamiento jurídico será distinto. Este tratamiento separado de la insolvencia

¹⁷ Sotomonte Mujica, D. (2005) *“La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normativa transfronteriza unificada.”* Revista de Derecho privado. Universidad de los Andes. p.8

actual e inminente se debe a la necesidad de dar respuesta a dos cuestiones diferentes siguiendo los criterios del sistema concursal.

Por un lado, se pretende el saneamiento financiero del concursado. Además, se busca que los acreedores puedan cobrar sus créditos anticipando la insolvencia actual mediante el convenio o la liquidación de patrimonio del deudor.

Hay que tener en cuenta que pese a ser el presupuesto objetivo del concurso, parte de la doctrina civilista considera que es necesario hacer una distinción entre insolvencia y concurso, pues no siempre que hay concurso se da la situación de insolvencia y viceversa.

4.1 Los elementos del presupuesto objetivo del concurso regulados en el artículo 2 de la LC española.

Una vez que analizada la regulación de dicho presupuesto objetivo en la Ley Concursal, es necesario mencionar cada uno de los supuestos de hecho que definen el estado de insolvencia. Esta cuestión es fundamental y con gran relevancia práctica pues la acreditación del estado de insolvencia se sustenta no solo en la propia declaración del concursado en el caso del concurso voluntario, también en una serie de manifestaciones presuntivas del estado de insolvencia (mencionadas en el art.2.4 de la Ley Concursal)

4.1.2 El término “regular” con respecto a la insolvencia (STS 122/2014).

El criterio de irregularidad se encontraba en la expresión “*pago corriente de sus obligaciones*” del art.874 del Código de Comercio.

Afirma PULGAR EZQUERRA que “*resultará regular el cumplimiento de las obligaciones efectuado con los medios empleados en el ejercicio ordinario de la empresa*”. La noción de insolvencia viene a conectarse con la tesorería y liquidez del deudor, razón por la cual el art.2.4.3º de la Ley Concursal considera como hecho revelador de la insolvencia la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes del deudor.¹⁸

¹⁸ Pulgar Ezquerra, j., “*El presupuesto objetivo de la apertura del concurso de acreedores*”, en AA.VV. Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal, Madrid, 2003, págs. 66 y 67.

La jurisprudencia española ha definido a *contrario sensu* el concepto de irregularidad, determinando en qué supuestos existe regularidad en el cumplimiento de las obligaciones. Se producirá cumplimiento irregular cuando es realizado a costa de un endeudamiento excesivo que aumenta el pasivo o de una anormal disminución del activo, lo que incrementa el desequilibrio patrimonial y el déficit.

Esto significa que, aunque resulte posible cumplir con sus obligaciones, si acude a una de estas medidas no estaríamos ante ese cumplimiento regular¹⁹. Hay un posicionamiento doctrinal que reduce la regularidad a los medios empleados para la satisfacción de las obligaciones, pero no con referencia a abstractas condiciones de mercado sino al ejercicio ordinario. Se entiende irregular el incumplimiento mediante un recurso abusivo al crédito, en condiciones usurarias o enajenaciones ruinosas a precios inferiores al valor de mercado o ventas sin correspondencia económica.²⁰

Respecto a la jurisprudencia relevante acerca del presupuesto objetivo del concurso, destaca la sentencia del Tribunal Supremo del 1 de abril de 2014 (Sentencia 122/2014, Recurso 541/2012) donde se hacen una serie de aclaraciones. Se establece en el FJNº2 que *“no puede confundirse la situación de insolvencia que define el art.2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria”*.

Continúa añadiendo que *“en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas”*. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y,

¹⁹ Blanco Buitrago, R. *“Los presupuestos de la declaración del concurso de acreedores de las personas jurídicas.”* Thomson Reuters Aranzadi. pp. 224, 225.

²⁰ Pulgar Ezquerro, J. (2016) *“Comentario a la Ley Concursal”* Wolters Kluwers. pp 154 y ss. Wolters Kluwers.

sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez lo que determinaría la imposibilidad de incumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual.

Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art.165.1 de la Ley Concursal es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas.

Afirma también el TS que son posibles ciertas situaciones en las que no existiendo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones exista una situación de insolvencia, porque el deudor haya acudido a mecanismos extraordinarios para obtener liquidez (por ejemplo, venta apresurada de activos) al no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

El presupuesto objetivo en el concurso no es el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor sino la incapacidad del deudor de atender regularmente a estas. Lo fundamental del incumplimiento es la imposibilidad de cumplir independientemente de la causa que lo origine, y no es necesario un incumplimiento total, es suficiente con que sea generalizado (AAP de Madrid, 8 de mayo de 2008)

En los mismos términos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1º de 15 de octubre de 2013 (ROJ:STS 5186/2013) que *no cabe confundir entre el estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que si constituye una causa de disolución. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad este incurso en causa de concurso”*

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 8 de noviembre de 2007 indicaba que no debe confundirse el concepto de insolvencia, que es la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles con la reducción de capital social.

Nos podemos encontrar una empresa con superávit patrimonial, pero con deudas a corto plazo y activos no realizables con inmediata liquidez y, al contrario, una sociedad con importante déficit patrimonial, pero con un activo realizable y obligaciones a muy corto plazo puede que sea solvente porque durante un tiempo razonable pueda cumplir regularmente con sus obligaciones pero que su patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social.

En definitiva, el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor común, y ese estado concurre, dice el art.2.2 LC cuando el deudor no cumple regularmente sus obligaciones exigibles, entendiéndose por tanto la expresión “*estado de insolvencia*” en un sentido flexible, que se identifica con la situación de incapacidad actual (en caso de concurso necesario) para el cumplimiento regular de sus obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez pero con activo superior al pasivo exigible. Lo relevante es la incapacidad de atender de forma regular a las obligaciones exigibles, que puede venir determinada por falta de liquidez o financiación que coloque al deudor en esa situación, pese a que cuente con un patrimonio neto contable expresado en signo positivo (Auto de la AP de Barcelona Sección 15ª de 10 de octubre de 2007)

4.1.3 La exigibilidad en las obligaciones.

Para apreciar la insolvencia, debe analizarse el vencimiento y la exigibilidad de las deudas (AAP Madrid, Sesión 28ª, de 8 de mayo de 2008). Un crédito es exigible cuando su acreedor puede reclamar judicialmente su cumplimiento.

El art.2.2 de la Ley Concursal precisa que para que pueda declararse el concurso, la imposibilidad de incumplimiento ha de afectar, no a la totalidad de las obligaciones que constituyen el pasivo del deudor, sino a aquellas que resulten exigibles. La exigibilidad de las obligaciones ha de determinarse *ad casum*, según su naturaleza, según sean obligaciones civiles o mercantiles,

puras o sujetas a plazo o condición. Así, habrá que atender a los art. 1100, art.1101, art.1113 a art.1130 del Código Civil y en el caso de las obligaciones mercantiles a los art.62 y art.63 del Código de Comercio.

Cabe afirmar que la obligación resultara exigible cuando habiendo llegado a su vencimiento, surge el deber de presentación en el deudor y la pretensión de cumplimiento en el acreedor, pudiendo este en el caso de que el deudor no cumpla voluntariamente, acudir a medios judiciales en defensa de su derecho de crédito. Es necesario tener en cuenta que es una cuestión sujeta a apreciación judicial. De acuerdo con la jurisprudencia, la exigibilidad habrá de determinarse en cada caso concreto y ha de afectar a la generalidad de las obligaciones incumplidas, sin que sobre ellas exista controversia o causa fundada de oposición a su cumplimiento.

La exigibilidad está conectada al acaecimiento del término o condición y no tanto al mero vencimiento de las obligaciones, es aquella cualidad en virtud de la cual la obligación es reclamada por vía judicial y puede dar lugar a una acción, no siendo exigibles las obligaciones naturales ni aquellas cuyo título constitutivo se encuentre viciado por un vicio de invalidez que determine su existencia o nulidad.

5. TIPOS DE INSOLVENCIA EN LA LEY CONCURSAL

El presupuesto objetivo conecta con un elemento temporal, dado que hay que fijar cuando entran en juego las acciones ejecutivas colectivas que conlleva el procedimiento concursal.

Es necesario mencionar el principio de unidad que preside la regulación del concurso de acreedores. En el art.2 LC se sitúa en un doble momento temporal presente y futuro (insolvencia actual e inminente) con independencia de la condición del deudor como persona física o jurídica.

5.1 La insolvencia actual.

La insolvencia actual se define como aquel estado en que “el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. En estos supuestos se legitima para instar el concurso a los acreedores y al deudor, para quien en estos supuestos la solicitud del concurso constituye un deber, así como al mediador

concurzal, en conexión con el incumplimiento de un acuerdo extrajudicial de pago y para quien dicha solicitud constituye también una obligación.

Analizando someramente algunos elementos que componen la insolvencia actual:

- La imposibilidad actual de cumplimiento de las obligaciones.

Es un elemento integrante del concepto de insolvencia actual. Lo relevante es que el deudor actualmente no pueda cumplir sus obligaciones, con independencia de la causa de dicha imposibilidad y de la imputabilidad de su causación al deudor.

- Desbalance-iliquidez-insolvencia.

Solo serán constitutivas de insolvencia actual las situaciones de iliquidez definitivas y no las temporales, que dificultarían y no impedirían el cumplimiento de las obligaciones, excluyéndose del ámbito de insolvencia actual situaciones transitorias de impuntualidad o morosidad que, sin embargo, serían constitutivas en insolvencia inminente ²¹.

- Pérdidas societarias cualificadas.

Respecto a las pérdidas societarias cualificadas y a la insolvencia, se producen excepciones en cuanto al régimen general pues solo cuando se producen estas, en el sentido del déficit patrimonial, no con relación al pasivo exigible sino al capital nominal, concurra una situación de insolvencia actual, la sociedad vendrá obligada a solicitar a través de sus administradores sociales la declaración de concurso.

- Inexistencia o insuficiencia de masa activa ab-initio e insolvencia.

La imposibilidad del deudor de cumplir sus obligaciones en el momento actual puede deberse a la insuficiencia o inexistencia absoluta de activo o incluso a la existencia de bienes, pero afectos al pago de la deuda con privilegio especial y

²¹ SSTS, Sala primera, 1 de Abril de 2014 /S122/2014); 7 de Mayo de 2015 (S275/2015); 22 de abril de 2016(S269/2016)

sin que exija la ley concursal un importe mínimo del patrimonio del deudor como presupuesto de la declaración de concurso.

5.2 La insolvencia inminente.

La insolvencia inminente solo excluye y legitima al deudor para solicitar la declaración de concurso, constituyendo en este supuesto dicha solicitud una mera facultad. Se define como el estado en que el deudor prevea que no puede cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, sin delimitar legalmente el plazo al que se ha de extender dicha previsión.

Frente a la insolvencia actual, que obliga al deudor de conformidad con el art.5.2 a la solicitud del concurso en el plazo de dos meses desde que dicha situación resulta conocida, la Ley concursal faculta al deudor para anticiparse a la situación de insolvencia, permitiendo la solicitud de declaración del concurso de acreedores cuando la insolvencia es solo "inminente" con el propósito de evitar que el empeoramiento de su situación patrimonial dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.

Por contraposición a la insolvencia actual, la insolvencia inminente es aquella situación en que se encuentra el deudor que prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones, como figura en el art.2.3 LC.

Es un estado potencial en el que, atendiendo a las circunstancias objetivas del deudor, puede deducirse que su situación patrimonial y financiera empeorará, manifestándose en situaciones como la existencia de obligaciones con vencimiento futuro a las que previsiblemente no se podrá atender, dificultades económicas actuales, creciente despatrimonialización, imposibilidad o dificultad de acudir razonablemente al crédito externo, imposibilidad de venta de activos por un precio razonable, existencia de pérdidas constantes o caída de ventas.

La distinción legal entre insolvencia actual e insolvencia inminente se manifiesta en el distinto tratamiento de la legitimación activa para la solicitud de la declaración de concurso. Los acreedores únicamente pueden solicitar la declaración de concurso fundándose en la situación de insolvencia actual o manifiesta (art.22 LC) mientras que el deudor tiene la facultad alternativa ya que puede solicitar la declaración de concurso fundándose en la situación de

insolvencia actual o inminente y así se ha de hacer constar en su solicitud (art.2.3 y 6.1 LC) debiendo ser comprobado por el juez concursal (art.20 LC)

La situación de insolvencia inminente es una situación dinámica frente a la situación estática característica de la insolvencia actual. Respecto al concepto legal, la insolvencia inminente produce una situación económica en virtud de la cual el deudor debe prever fundadamente desde el punto de vista patrimonial y financiero, apoyándose en circunstancias objetivas, que no podrá cumplir sus obligaciones de forma regular y puntual.

De este modo, el concepto del presupuesto objetivo del concurso se atenúa en el caso de la insolvencia inminente, ya que no consiste en la imposibilidad del deudor de pagar sus obligaciones corrientes sino en la suposición fundada (inminencia o amenaza) de que no las podrá atender a su vencimiento y de modo generalizado en el plazo convenido "puntualmente"²²

La impuntualidad inminente no es actual, sino potencial o amenazante, fundada en un juicio de probabilidad. De este modo, para que el juez pueda apreciar la concurrencia de la situación de insolvencia inminente, la Ley Concursal exige al deudor que manifieste en su solicitud si su insolvencia es actual o inminente y que la acredite.

La distinción entre insolvencia actual e inminente aclara el Tribunal, procede del acogimiento del concepto del Derecho concursal alemán contemporáneo que alude no tanto a la idea de inminencia, de innegable sentido temporal en castellano, como a la idea del riesgo, peligro o amenaza de actualización del sobreseimiento.²³

Un adecuado control de la situación de inminencia exige la correspondiente acreditación de la inminencia o amenaza de insolvencia, fundada en circunstancias objetivas. Según el Auto JM-Bilbao de 17 de febrero de 2006 "La

²² Blanco Buitrago.R "Los presupuestos de la declaración del concurso de acreedores de las personas jurídicas".pp.240, 241, 242.

²³ Muñoz Villareal, A. "El requisito de probar la insolvencia del deudor". Noticias Jurídicas. Disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4753-el-requisito-de-probar-la-insolvencia-del-deudor-/#:~:text=A%20diferencia%20de%20lo%20que,sea%20esta%20inminente%20o%20efectiva>.

previsión razonable del propio deudor de la futura insolvencia puede proceder de tres situaciones que pueden ser o no concurrentes: la imposibilidad de cumplir en el corto plazo, el sobreendeudamiento y el desfase entre la liquidez del activo y exigibilidad del pasivo.”

Además de por la concurrencia de los factores anteriormente señalados, la insolvencia se puede considerar inminente en caso de que exista una condena por sentencia firme pendiente de cuantificar de imposible cumplimiento, cuando existe una diferencia significativa entre activo y pasivo, una presunta comisión de delitos que genera desconfianza en la capacidad de atender pagos corrientes, crisis en el sector o intentos de financiación fallidos, entre otros²⁴.

Parece relevante mencionar cierta jurisprudencia respecto a qué debemos entender por insolvencia inminente.

Mientras el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 13 de abril de 2007, destaca que: *“La configuración de la insolvencia como un estado significa que debe referirse a un período de tiempo determinado que cree estado, y no a un retraso momentáneo. El estado de insolvencia inminente se define en el artículo 2.3 in fine LC, conforme al cual “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles”. En la delimitación del contenido objetivo de la insolvencia inminente (que tiene su precedente en el artículo 18 de la Insolvenzordnung alemana de 1994), debemos partir del dato de que se trata de una situación de futuro, de forma que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello vaya a acontecer, de forma que el incumplimiento de las obligaciones aún no debe de haberse producido, ya que en otro caso la insolvencia sería actual y no inminente; teniendo el deudor obligación de solicitar el concurso en el primer caso (artículo 5 LC), mientras que si la insolvencia es inminente no tiene dicho deber legal”.*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 30 de abril de 2009, entiende que la insolvencia inminente se configura como un estado de pronóstico

²⁴ Blanco Buitrago.R *“Los presupuestos de la declaración del concurso de acreedores de las personas jurídicas.”* pp.240, 241, 242.

cierto de la insolvencia todavía no actual (“*el deudor que prevea que no podrá cumplir*”), pero referido no sólo a la regularidad, como en el modelo de insolvencia actual, sino también referido a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones

Por último, cabe mencionar que la Propuesta de Directiva de 2016 mencionada en el apartado por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, establece un concepto de riesgo de insolvencia próximo al concepto de insolvencia inminente. En este sentido, cabría entender que *mutatis mutandis* el concepto de riesgo de insolvencia es equivalente a la insolvencia inminente.

5.3 Probabilidad de insolvencia.

La probabilidad de insolvencia es un término muy extendido en el derecho comparado, llamada *likelihood of insolvency* en el derecho anglosajón, *probabilité d’insolvabilité* en el derecho francés, *probabilità di insolvenza* en el italiano, *probabilidade de insolvencia* en el derecho portugués o *wahrscheinlichen Insolvenz* en el alemán...) tal y como enuncia FRANCISCO GARCI-MARTIN. No está vigente como tal en nuestro ordenamiento jurídico.

Normalmente, la probabilidad de que caer en una situación de insolvencia actual debe ser superior al 50%. En el derecho inglés se utiliza la expresión “*more likely than not*”; esta probabilidad debe calcularse a partir de los pasivos actuales del deudor, no en abstracto; y, normalmente, cuanto más próximo esté el vencimiento de las obligaciones que el deudor prevea que no va a poder cumplir, regular y puntualmente (*vid.* Art. 2 (3) TRLC), se podrá precisar el cálculo con mayor exactitud ²⁵.

En este sentido, hay una serie de elementos que pueden ser de utilidad. Por ejemplo, la regla de la mayoría, si una mayoría cualificada de los acreedores afectados vota favor del plan de reestructuración, será porque el riesgo de insolvencia es alto y el plan resulta necesario para evitar que se materialice.

²⁵ Garci-Martín F.(2021)” *La probabilidad de insolvencia.*” Almacén de Derecho. Disponible en <https://almacenederecho.org/la-probabilidad-de-insolvencia#:~:text=Grado%20de%20probabilidad&text=Parece%20claro%20que%2C%20en%20ambos,debe%20ser%20superior%20al%2050%20%25.>

Según este autor, también se podrá acudir a las fórmulas habituales basadas en ratios financiero-contables, como el clásico Altman-z-score, la ordenación funcional del balance y cuenta de pérdidas y ganancias, la estructura de la inversión y financiación o los ratios que miden el nivel de endeudamiento de la empresa entre otros.

Por otro lado, es necesario contar con un horizonte temporal de referencia, dentro del cual se deban materializar los incumplimientos de las obligaciones del deudor. El legislador tiene dos opciones: incorporar un plazo determinado a la definición de probabilidad de insolvencia o formular una cláusula abierta, i.e. sin plazo.

En el caso de la legislación española, el art.5 de la Ley Concursal que estipula que el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. Si el concurso presentado por un acreedor, expresando la naturaleza de la deuda, el importe de la misma, las fechas de adquisición y vencimiento y la situación actual de los créditos.

La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia, aunque no se hace referencia expresa a ningún plazo.

En cualquier caso, es la autoridad judicial quien tiene la última palabra para declarar el concurso de acreedores.

5.4 JUSTIFICACIÓN DEL ENDEUDAMIENTO Y ESTADO DE INSOLVENCIA.

Establece la LC, que, si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, éste deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, lo cual hará mediante la documentación que obligatoriamente deberá presentar con la solicitud (art. 6 LC) y la existencia, o no, de una serie de hechos externos.

Por lo tanto, cuando el deudor no ha podido demostrar su estado de insolvencia, no se admite la apertura del concurso de acreedores (siguiendo lo establecido en los Autos de la Audiencia Provincial de Girona (sección 1ª), de 2 de diciembre de 2009, de Las Palmas (sección 4ª) de 29 de julio de 2009 y de Santander de 8 de mayo de 2006).

Sólo se hace referencia al endeudamiento en los supuestos de concurso voluntario, cuando se establece que dicho deudor deberá justificar su endeudamiento. Exigir esta justificación del endeudamiento pueda resultar tautológico pues cuando concurre la situación de insolvencia, pues una vez justificada a la segunda resultaría probado el primero, pues si no existieran deudas no cabría hablar de insolvencia.

En este sentido, en el caso de la solicitud de concurso voluntario el deudor debe probar su endeudamiento y su estado de insolvencia sin que exista ninguna relación cerrada de hechos tasados que deba o pueda alegar. Por el contrario, en el concurso necesario resulta imprescindible que el instante invoque uno de los hechos reveladores o de "*insolvencia agravada*" taxativamente enumerados en el art.2.4 de la Ley Concursal.

No forman parte del concepto legal de insolvencia actual el elemento de endeudamiento ni sobreendeudamiento, pues no aparecen enumeradas las manifestaciones externas de la insolvencia actual (art.2.4 LC) que legitiman al acreedor para instar el concurso como expuse en el apartado correspondiente.

5.5 Prueba de la insolvencia.

A lo largo de la LC encontramos preceptos que nos indican que tanto el deudor como el acreedor que instan el concurso deben probar el estado de insolvencia siendo indiferente que esta sea inminente o efectiva.

La propia Ley Concursal establece que, si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, éste deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, lo cual hará mediante la documentación que obligatoriamente

deberá presentar con la solicitud (art. 6 LC) y la existencia, o no, de una serie de hechos externos a los que me referiré a continuación ²⁶.

Lo relevante es el hecho de que, si el deudor no ha podido demostrar su estado de insolvencia, no se admite la apertura del concurso de acreedores como así se recoge en los Autos de la Audiencia Provincial de Girona (sección 1ª), de 2 de diciembre de 2009, de Las Palmas (sección 4ª) de 29 de julio de 2009 y de Santander de 8 de mayo de 2006).

En este sentido cabe mencionar la insolvencia cualificada o “*hechos reveladores*” de la insolvencia aludidos en el art.2.4 de la Ley Concursal. Las peticiones de concurso necesario instadas por los legitimados distintos del propio deudor no pueden genéricamente fundarse en la indiferenciada imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles que la insolvencia actual exige, sino que es preciso invocar uno de los específicos hechos numerados en el art.2.4 LC.

El art. 14.1 LC estipula que: “*Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, 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*”

Estos hechos reveladores de la insolvencia agravada son cinco: 1) el despacho de ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes bastantes para el pago; 2) el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor que, según el Auto del Auto Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, de 10 de octubre de 2008 “*Es la causa más frecuente en el caso del concurso voluntario y deberá valorarse en cada supuesto concreto*”.

Así mismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (s. 1ª), de 11 de febrero de 2008 Considera, que el sobreseimiento no ha de ser esporádico,

²⁶ Muñoz Villareal, A. “*El requisito de probar la insolvencia del deudor*”. Noticias Jurídicas. Disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4753-el-requisito-de-probar-la-insolvencia-del-deudor-/#:~:text=A%20diferencia%20de%20lo%20que,sea%20esta%20inminente%20o%20efectiva.>

simple o aislado, sino definitivo, general y completo. No se precisan límites temporales del sobreseimiento, pero ha de entenderse que deberá ser definitivo en el sentido de irreversible.

3) la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor.

4) el alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. Está considerada la más difícil de probar, el auto citado anteriormente, aclara que *“el precepto contiene dos conductas del deudor: el alzamiento y la liquidación apresurada o ruinosa”*

Por un lado, cierta parte de la doctrina señala los siguientes requisitos para que pueda hablarse de alzamiento a) un acto imputable al deudor consistente en la ocultación o desaparición de bienes o derechos. B) que el acto haya producido como resultado real o potencial, la lesión (total o parcial) del derecho de crédito de uno o varios acreedores. C) que el acto se haya realizado con ánimo de defraudar a uno o varios acreedores.

Respecto a la liquidación apresurada o ruinosa de bienes se considera que “es necesario que el deudor haya ya comenzado la liquidación de su patrimonio, y que ésta sea apresurada (realizada con especial prisa o rapidez) o ruinosa (con pérdida particularmente grave)”.

5) el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso, según el autor RODRIGUEZ MARQUEZ, esto sucede *“de un lado, cuando el sujeto pasivo no presenta las autoliquidaciones correspondientes. De otro lado, cuando, aun presentándolas, no procede a su pago”*; las de pago de cuotas de la seguridad; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades social.

Respecto a estas últimas, destaca la STSJCyL de 23 de julio de 2010, pues considera que es con el impago generalizado de la quinta nómina por una empresa en situación de insolvencia, cuando el empresario ha incumplido su obligación de solicitar el concurso de acreedores. En estos términos, el TSJ

considera que cuando un empresario en situación de insolvencia adeude las tres últimas nóminas de forma generalizada a los trabajadores, deberá instar la declaración de concurso en el plazo de dos meses, por lo que la quinta nómina, sin encontrarse bajo la regulación especial del concurso, marcará el incumplimiento legal, según regula el artículo 5.1 LC²⁷.

Según el razonamiento de la sentencia, ‘el empresario cuenta con las medidas que el derecho laboral le permite, para no incurrir en dichos impagos, medidas como el expediente de reducción de jornada, suspensión o extinción en vía administrativa o el despido por vía del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores.

A fin de que pueda declararse la situación de concurso particularmente en el caso del empresario, resulta especialmente relevante la prueba contable de la insolvencia, pues la probabilidad o imposibilidad de cumplimiento regular encuentra su causa en el desequilibrio de los elementos del pasivo del deudor y los elementos de activo necesarios para atenderlo. Según el art.18.2 LC, incumbe al deudor la prueba de la insolvencia, y si estuviera obligado a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme derecho.

En este sentido, es necesario diferenciar la incapacidad patrimonial con la incapacidad de incumplimiento. Además, es necesario determinar los criterios valorativos aplicables a los estados financieros del deudor para poder determinar si se encuentra o no en situación de insolvencia. En este último caso, la cuestión es si el criterio contable debe ajustarse al criterio de empresa en funcionamiento o al criterio de patrimonio en liquidación”.

Prima facie, parece que deberá acudirse a los criterios contables generales y valoración conforme a los libros. Siendo el concursado empresario, desde el inicio a la terminación del concurso, debe entenderse la empresa como masa activa de unidades productivas de bienes y servicios, y parece como tal, que es el criterio de empresa en funcionamiento con el que ha de analizarse la situación contable.

²⁷ Muñoz Villareal, A. ‘El requisito de probar la insolvencia del deudor’. Noticias Jurídicas. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4753-el-requisito-de-probar-la-insolvencia-del-deudor-/#:~:text=A%20diferencia%20de%20lo%20que,sea%20esta%20inminente%20o%20efectiva.>

Cabe concluir que la prueba debe aportarse sobre la solvencia o insolvencia del deudor, debe referirse a la disponibilidad de medios líquidos o liquidables, atendiendo a un análisis dinámico de la situación patrimonial y bajo el criterio de empresa en funcionamiento, resultando especialmente relevante el análisis dinámico de balances atendiendo a las ratios de endeudamiento y de liquidez.

Es necesario mencionar el supuesto en el que la solicitud de la declaración del concurso la presenta un acreedor o tercero distinto al deudor. Respecto a la prueba, debe fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2 de la LC.

Mencionando de nuevo la jurisprudencia relevante al caso, destaca el Auto 234/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), de 20 de noviembre al afirmar en su FJ4º que *“el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto”* de forma que basta la simple alegación de un hecho presunto revelador, y no de la insolvencia.

Ahora bien, de la redacción del art.18 de la ley concursal se deriva que la prueba de la existencia de esos hechos reveladores no basta para dar lugar a la declaración del concurso sino tan sólo para admitir a trámite su solicitud, dando posibilidad al deudor para oponerse a la declaración de concurso (acreditando su solvencia por cualquier medio de prueba) y *“debe por tanto rechazarse totalmente la alegación del recurrente de que siempre que se acredite la concurrencia de uno de los hechos comprendidos en el apartado 4 del artículo 2 de la Ley Concursal se ha acreditado con ello la insolvencia misma”* (Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (s. 4ª) de 21 de abril de 2008).

Es decir, como enuncia F. CORDÓN MORENO, el deudor, mediante oposición, puede demostrar que no está en situación de insolvencia, aunque alguno de los signos externos de la misma se dé (art. 18.2. LC).

5.6 Supuestos controvertidos en la insolvencia.

He considerado interesante dedicar un apartado a aquellas situaciones similares a la insolvencia que no se corresponden necesariamente con la misma, como en el caso de desequilibrio patrimonial cuando una sociedad tiene un patrimonio inferior a la mitad de su capital social. Esta situación, conforme establece la Ley de Sociedades de Capital, implica la disolución obligatoria de la sociedad, en caso de que no se remedie el desequilibrio.

La STS 122/2014, de 1 de abril anteriormente mencionada, realiza una aseveración de suma importancia. Establece que el incurrir en dicho desequilibrio patrimonial no implica entrar en insolvencia. Es decir, no impide que el deudor pueda seguir cumpliendo sus obligaciones, aunque con frecuencia ambas circunstancias puedan solaparse ²⁸.

A su vez, hemos de diferenciar el concepto de insolvencia de la *simple insuficiencia* que se da en aquellos casos en que el deudor tampoco puede cumplir sus obligaciones en el momento de vencimiento, si bien contando con una serie de bienes futuros que le permiten generar crédito para hacer frente a las obligaciones exigibles.

Así concebida, “la simple insuficiencia no pasa de ser una clase o especie de falta de liquidez, puesto que dichas expectativas jurídicas ya se tienen en cuenta a la hora de determinar el activo”

Por otro lado, GONZALEZ VARADÉ sostiene en su artículo que la insolvencia no ha de ser confundida con una simple cesación de pagos pese a que sea justamente ésta la manifestación más habitual de la misma. Como apunta MARTÍNEZ-BUJÁN *“es perfectamente posible que un deudor solvente (por la razón que sea) deje de pagar sus obligaciones vencidas, así como también es imaginable la hipótesis inversa, a saber, que exista una auténtica insolvencia sin que se haya llegado a una situación de cesación de pagos, porque el deudor logra obtener medios económicos de modo fraudulento”*

²⁸Gonzalez Varadé, P. “¿Qué es la insolvencia en el Concurso de Acreedores?” ILP abogados.

Por otro lado, algunas cuestiones que también merecen atención son la diferencia entre la *insolvencia civil* o insolvencia como presupuesto objetivo del concurso y la *insolvencia penal* o insolvencia como presupuesto objetivo del alzamiento de bienes pues son verdaderamente opuestas.

Como ya he reiterado, los deudores sobre territorio español que atraviesan situaciones de crisis empresarial se ven abocados a adoptar decisiones cruciales si se encuentran en una situación de insolvencia inminente.

En el caso español, en palabras de los autores D. Espigado Guedes y E. Vázquez Gutiérrez pertenecientes a la firma Hogan Lovells los conceptos tradicionales de la jurisprudencia civil-mercantil y la penal actúan como la *mecánica cuántica* que convertiría a nuestro deudor en solvente e insolvente a la vez y solo podríamos decidir si el deudor es solvente o insolvente una vez observemos ante qué órgano judicial se sienta.

Dichos autores afirman que, si es un Juzgado de instrucción, es más probable que sea declarado insolvente que si se sienta ante un Juzgado de lo mercantil, donde la insolvencia parece más difícil de alcanzar²⁹.

Respecto a ello, nuestro Código Penal no prevé un concepto de insolvencia. Sin embargo, el capítulo en que se inserta el delito de alzamiento se denomina «*Insolvencias punibles*» parece transmitir transmitía la idea de que quien comete un delito de alzamiento estaba incurriendo en una insolvencia punible y, por tanto, situándose en una situación de insolvencia provocada delictivamente.

La STS, Sala Segunda, 652/2006, de 15 de junio (LA LEY 70392/2006), afirma que «*lo que el tipo penal prohíbe es una conducta de alzamiento, esto es, de insolventarse frente a los acreedores*» y la Sentencia 63/2015, de 18 de febrero (LA LEY 6654/2015), afirma que «*el delito pretende castigar las conductas consistentes en insolventarse en perjuicio de los acreedores*», misma expresión que emplea la Sentencia 723/2012, de 2 de octubre (LA LEY 155313/2012).

²⁹ Diego Espigado Guedes. 'El deudor de Schrödinger: solvente e insolvente a la vez: La insolvencia como presupuesto objetivo del concurso y del alzamiento de bienes' Diario La Ley, Nº 9687, Sección Doctrina, 2 de Septiembre de 2020, Wolters Kluwers. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/09/02/el-deudor-de-schrodinger-solvente-e-insolvente-a-la-vez>

Por tanto, «*para la consumación del delito no es necesario que el deudor quede en una situación de insolvencia total o parcial, basta con una insolvencia aparente*» (STS, Sala Segunda, 583/2018, de 23 de noviembre). En este sentido, el concepto de insolvencia aparente resulta ajeno al derecho concursal, pues no se menciona expresamente en la legislación o jurisprudencia al respecto.

Constituye insolvencia desde la perspectiva concursal, como dice la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas en Auto 119/2011, de 20 de julio (LA LEY 201531/2011), «el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones». En esta línea, cabe mencionar de nuevo los «hechos reveladores del estado de insolvencia» con base en los cuales los acreedores pueden conseguir la declaración de concurso necesario de un deudor, ya explicados anteriormente en este trabajo .

Por tanto, podría decirse que la insolvencia inminente es, a efectos concursales, una suerte de estadio previo a la insolvencia real, recogida como presupuesto objetivo del concurso alternativo para permitir a los deudores con problemas emplear las herramientas concursales para afrontar situaciones de iliquidez antes de que sea demasiado tarde.

En definitiva, es evidente que a día de hoy existe un gran debate doctrinal. Algunos autores como BAJO FERNÁNDEZ, consideran que todas las figuras delictivas, sin excepción, precisan de la constatación de una insolvencia que en principio puede ser definida como aquella situación en la que el importe de las obligaciones exigibles (pasivo) supere al de los bienes y derechos realizables (activo). Este autor sostiene que la insolvencia se presenta como un estado de hecho y, por tanto, como una realidad previa al Derecho, desprovista de toda valoración jurídica.

El concepto de insolvencia, en su opinión, no abarcaría los supuestos de falta de liquidez sino únicamente aquéllos en los que existen activos insuficientes para hacer frente a las deudas. Esta afirmación tan restrictiva, produciría problemas para definir el elemento típico situación de crisis económica del art. 260.1CP referente a las insolvencias punibles.

6. Perspectivas de futuro en materia de regulación.

En este apartado voy a analizar algunas de las cuestiones que vienen recogidas en la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE)

Si bien es cierto que se han establecido ciertas medidas para paliar la situación pandémica del pasado año, pues el Consejo de Ministros, estableció mediante el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, “de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19”, cuya entrada en vigor se produjo el 13 de marzo de 2021 y recientemente se ha aprobado un nuevo paquete de medidas destinadas a apoyar el tejido empresarial y a minimizar el rigor de las consecuencias económicas de la pandemia por la COVID-19, en este apartado hago referencia a un cambio de legislación integral y no puntual como los anteriormente citados.

Una de las finalidades principales de los sistemas de insolvencia es garantizar la reasignación de los recursos productivos. Mediante las reestructuraciones de pasivos, se busca por tanto favorecer la continuidad de la empresa y mantener intactos los derechos de los acreedores.

Dentro del sistema de insolvencia nos encontramos con los instrumentos pre-concursales, que son procedimientos dotados de mayor agilidad pues cuentan con una reducida administración judicial. Están orientados

principalmente a conseguir un acuerdo entre las empresas y los acreedores, en un momento anterior a que se produzcan dificultades financieras ³⁰.

Posteriormente, nos encontramos con el procedimiento concursal, de carácter más formal, al estar supervisado por la administración judicial y cuyo objetivo también es la consecución de acuerdos o convenios si el deudor es viable y en caso de que no lo sea, a la liquidación.

A través de esta reforma legislativa se pretende favorecer un cambio integral en cuanto a lo que se refiere a los procedimientos de insolvencia en nuestro país, pues el texto del AP supone una reforma en profundidad del Derecho Concursal español, de igual o similar alcance al pretendido con la LC 2003.

Es necesario que estos procedimientos estén caracterizados por una mayor flexibilización y agilización y por ello, se pretende que se haga un mayor uso de los mecanismos pre-concursales, facilitando una liquidación rápida y ordenada de las empresas que no son viables o la reestructuración de las que sí lo son.

Además, estos cambios se han hecho aún más necesarios como consecuencia de las importantes secuelas que ha dejado sobre la coyuntura económica la pandemia de la COVID-19, donde gran parte de las empresas se han visto abocadas a procedimientos de este tipo.

Como se mencionó en un apartado previo, existe un antecedente directo de dicha directiva mediante *soft law*, que es Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque a la insolvencia y el fracaso empresarial.

- Planes de reestructuración.

³⁰ Exposición de motivos del A.P. de Ley de Reforma de la Ley Concursal para la incorporación de la Directiva UE 1023/2019. (julio 2021). Ministerio de Justicia.

Mediante la reforma se introducen los denominados planes de reestructuración, exigiéndose también la introducción en la legislación nacional de uno o varios marcos o procedimientos de reestructuración preventiva.

Este instrumento pre-concursal trata de evitar la insolvencia, o en su caso superarla, posibilitando una actuación en un momento de dificultades previo al de los vigentes instrumentos pre-concursales, sin el estigma asociado a los mismos y con atributos que incrementan su eficacia.

Surgen con la idea de incentivar una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito, y favorecer la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso. Respecto a que empresas podrán acogerse a este tipo de planes, serán aquellas que, en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente.

En definitiva, la finalidad de estos marcos o procedimientos es asegurar la continuidad de empresas y negocios que son viables pero que se encuentran en dificultades financieras que pueden amenazar la solvencia y acarrear el consiguiente concurso, con la finalidad de que sean homologados y garantizan los marcos de reestructuración de las empresas viables, que constituye uno de los tres objetivos que se pretenden.³¹

En el caso de la legislación española, se reducirían las instituciones existentes TRLC 2020 (acuerdos de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos y propuesta de convenio anticipado) a una sola institución, los citados planes de reestructuración.

Respecto al marco normativo, se pretende una sustitución completa del Libro segundo de la Ley Concursal y se crea un nuevo Libro Segundo de la LC, “Del Derecho pre-concursal”, arts. 583 a 686. El nuevo Libro segundo se divide en cinco títulos.

³¹ Marina García-Tuñón, A. *El A.P. de Ley de Reforma de la Ley Concursal para la incorporación de la Directiva UE 1023/2019. (julio 2021). Referencia a los cambios más relevantes respecto del TRLC 2020-* Universidad de Valladolid.

Haciendo una breve referencia a alguna de las especialidades del pre concurso, se amplía la definición del presupuesto subjetivo, aunque con ciertos límites.

Sin embargo, lo más importante es lo que atañe al presupuesto objetivo. Según la Directiva, es un procedimiento pensado para deudores en situación de insolvencia inminente. Sin embargo, la propuesta del AP lo regula para deudores en situación pre-concursal: probabilidad de insolvencia (art. 584.2); para deudores en situación concursal: en insolvencia inminente (tres meses siguientes incumplirá) o en insolvencia actual.

Es decir, un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho pre-concursal. Mientras que la empresa sea económicamente viable, está justificada su reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal.

El Título II regula la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración. La ley mantiene el principio de que la iniciativa corresponde al deudor y exige que concurra el presupuesto objetivo y, por consiguiente, que se encuentre en estado de insolvencia probable, inminente o actual. El límite temporal es que se haya admitido a trámite una solicitud de concurso necesario.

Respecto al contenido de la comunicación este debe ser amplio (art. 586) informar de la situación de insolvencia, de los acreedores, de la actividad y de los bienes, derechos y contratos necesarios para continuar en funcionamiento. Se dictará una resolución por el Letrado de la A.J. en dos días y su contenido se regulará en el art. 590, recurrible y a publicar en el RPC (salvo petición del deudor en contrario)

Esta comunicación deberá hacerse al juzgado competente, en cualquier situación de insolvencia. La novedad más importante atañe a los supuestos en los que sea la deudora quien solicite voluntariamente el concurso, de forma que la solicitud podrá ser suspendida cuando existan probabilidades de alcanzar un plan de reestructuración en un breve plazo.

Respecto a los efectos de la misma, en lo que atañe al deudor carece de efectos sobre sus facultades patrimoniales. En cuanto a los contratos, no afecta a las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Respecto a las acciones y procedimientos ejecutivos hay una prohibición legal durante tres meses; exclusión de los créditos de derecho público (art. 607). Transcurrido plazo sin alcanzar un plan, deber de solicitar concurso.

Por último, en cuanto a la homologación judicial, señalar que esta es voluntaria salvo que afecte a disidentes y también si se pretende protección de nueva financiación, operando como presupuesto objetivo que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia o en insolvencia inminente; también si es actual, si no se ha admitido a trámite solicitud de concurso.

El título III se dedica al procedimiento especial de liquidación está concebido para dotar a las microempresas de un instrumento sencillo, rápido y flexible, que les permita terminar ordenadamente un proyecto empresarial que, por un motivo u otro, no ha resultado exitoso.

- Procedimiento de insolvencia adaptado a las microempresas.

En el anteproyecto se menciona que, según los datos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a 31 de agosto de 2020, las microempresas constituían el 93,82% de las empresas españolas y daban empleo a 4.887.003 personas, lo que representa el 31,63% del empleo total.

En la mayoría de los sectores, las microempresas constituyen una parte esencial del tejido productivo: el 61,83% de las empresas del sector agrario son micro-pymes, el 49,58% en la construcción, y el 31,24% en el sector servicios.

El problema de estas es que constituyen un sector con una alta volatilidad y una gran rotación. Por ello, es de importante extraordinario implementar un sistema capaz de reducirla y aumentar la posibilidad de continuación de empresas viables.

Por esta razón, algunas de las novedades que introduce la ley, es un procedimiento de insolvencia único y especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas, aquellas empresas que tienen menos de diez

trabajadores y unos ingresos anuales inferiores a los dos millones de euros sin acceso al concurso (procedimiento general) o a planes de reestructuración. Este nuevo procedimiento está caracterizado por una simplificación procesal máxima.

Además, abarcaría la totalidad del patrimonio y acreedores del deudor y su finalidad es llegar a un procedimiento de continuación o de liquidación con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento. La negociación y apertura del procedimiento se regula en los arts. 691-693.

Se establece el deber de solicitar procedimiento dentro de los dos meses siguientes de insolvencia actual y si todos los acreedores fueran públicos, es obligado el procedimiento de liquidación.

También se recogen algunas formalidades procesales, como la utilización de medios electrónicos y/o telemáticos y máximas restricciones a recursos contra autos y sentencias.

La ley también acoge la opción de homologar un plan de reestructuración que prevea la venta de partes o incluso de la totalidad de la empresa que pueden resultar una opción atractiva, en particular, para las pymes. En este sentido, se exime de la intervención notarial para la formalización del plan y de la certificación del auditor.

Es necesario considerar que la utilización de exoneración del pasivo insatisfecho si se compara con lo que sucede en otros Estados de la Unión Europea ha sido muy limitada.

Cierto sector de la doctrina considera que esto se debe a una serie de desajustes, tales como el hecho de que el modelo más básico de exoneración presupone el pago de un cierto nivel mínimo de deuda, sin que se tengan en cuenta la situación patrimonial y personal del deudor.

Por otra parte, el modelo es en cierta parte incongruente, pues uno de los presupuestos es la previa liquidación del patrimonio del deudor. Ello resulta ilógico respecto del deudor que aspira a mantener una parte de sus bienes, precisamente algunos de ellos que le posibilitasen desarrollar cierta actividad

empresarial de la que obtener posibles renta o ingresos posteriormente. La buena fe del deudor sigue siendo una pieza angular de la exoneración.

Lo mismo ocurre con el uso del sistema concursal, que no ha resultado ser una herramienta eficaz para salir de la crisis empresarial. Esto se debe a que muchas de las microempresas acceden a este procedimiento cuando su situación ya no es favorable, de forma que la empresa ha perdido valor y cualquier tipo de solución sería inviable o ineficaz, generando muchas veces más coste que el valor residual que pueda quedar en la empresa.

- Procedimiento de segunda oportunidad más eficaz.

Además, se configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, que amplía la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que éste conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales y eliminando la referencia al beneficio.

La regla principal afecta a la intervención del juez que sólo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado.

En segundo lugar, se articula una simplificación procesal estructural para las partes basado en que la comunicación en el seno del procedimiento se realizará a través de formularios oficiales accesibles en línea, sin coste. Ello permite recibir la información en tiempo real, lo que garantiza la completitud de la información y hace que la intervención del abogado y del procurador no sea preceptiva

- Disposiciones complementarias.

Se recogen algunas especialidades en cuanto a modelos de solicitud de concurso voluntario, se crea una plataforma electrónica de liquidación de bienes procedentes de procedimientos especiales de liquidación: antes de seis meses entrada en vigor de la ley.

Se introducen modificaciones del Código de Comercio: supresión arts. 6 al 12. También del Código Civil: art. 1365, de la L.E.C: art. 589.3; de la Ley

Hipotecaria: art. 3 y 82 párrafo primero y de la Ley de Sociedades de Capital: arts. 365.

7. ESTADISTICA CONCURSAL EN ESPAÑA.

En el último apartado de este Trabajo de Fin de grado, se presentan algunos datos estadísticos del procedimiento concursal en España.

La Estadística del procedimiento concursal tiene como objetivo proporcionar información trimestral sobre el número de deudores concursados, así como del tipo de concurso (voluntario o necesario), de la clase de procedimiento (ordinario o abreviado) y de la existencia de propuesta anticipada de convenio y de su contenido (quita, espera, quita y espera u otra proposición).

Las principales fuentes de información son los boletines judiciales que rellenan los Juzgados de lo Mercantil, Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con competencia mercantil³².

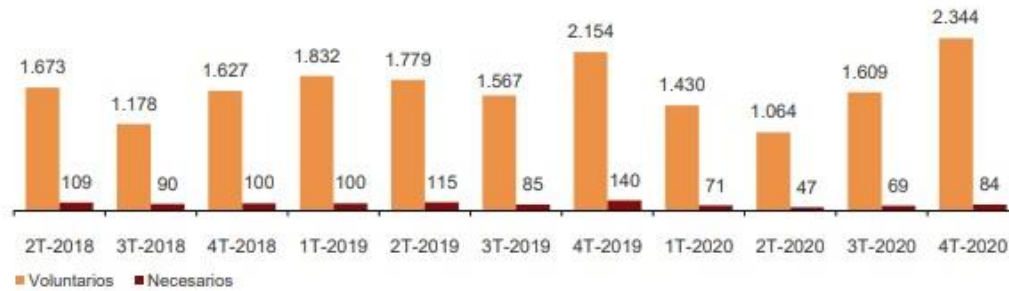
A continuación, se analizan algunos de los datos esenciales recogidos en la nota de prensa del INE *“Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2020 y año 2020 ”* con fecha 5 de febrero de 2021.

El número de deudores concursados alcanzó la cifra de 2.428 en el cuarto trimestre de 2020, lo que supone un aumento del 5,8% respecto al mismo periodo del año anterior.

Por tipo de concurso, 2.344 fueron voluntarios (un 8,8% más que en el cuarto trimestre de 2019) y 84 necesarios (un 40,0% menos). Respecto a la clase de procedimiento, los ordinarios disminuyeron un 30,1%, mientras que los abreviados aumentan un 8,8%.

³² Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2020 y año 2020. Datos provisionales. Disponible en <https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0420.pdf>

Evolución del número de deudores concursados¹



¹Dato definitivo hasta 4º trimestre de 2019

Fuente: INE.

Respecto a las empresas concursadas por naturaleza jurídica y tramo de volumen de negocio, de los 2.428 deudores concursados en el cuarto trimestre, 1.383 son empresas (personas físicas con actividad empresarial y personas jurídicas) y 1.045 personas físicas sin actividad empresarial, lo que supone el 57,0% y el 43,0%, respectivamente, del total de deudores.

Deudores concursados según forma jurídica y características del concurso 4º trimestre 2020

	Total	% Variación		
		Trimestral	Anual	Anual acumulada
Deudores concursados	2.428	44,7	5,8	-13,6
Persona física sin actividad empresarial	1.045	60,3	14,2	-12,1
Empresas concursadas	1.383	34,8	0,3	-14,4
Persona física con actividad empresarial	199	87,7	37,2	6,2
Sociedad Anónima (S.A.)	81	37,3	-32,5	-31,3
Sociedad Limitada (S.R.L.)	1.076	28,7	-0,1	-15,3
Otras	27	8,0	-27,0	-16,2
Tipo de concurso				
Voluntario	2.344	45,7	8,8	-12,1
Necesario	84	21,7	-40,0	-38,4
Clase de procedimiento				
Ordinario	121	-11,7	-30,1	-31,7
Abreviado	2.307	49,7	8,8	-11,9

EPC – 4º Trimestre 2020 y año 2020 (1/16)

Fuente: INE.

Relacionando lo relatado en el apartado referente a las microempresas, que son las que suelen atravesar mayores dificultades financieras en tiempos de crisis, cabe señalar que, según la forma jurídica, el 77,8% de las empresas concursadas fueron Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde un 45,8% de las empresas concursadas se encuentra en el tramo más bajo de volumen de negocio (hasta 250.000 euros)

Por actividades, las de Comercio e Industria y energía concentraron el 32,6% del total de empresas concursadas en 2020. Agricultura y pesca (-32,3%), Comercio (-27,6%) e Industria y Energía (-23,1%) presentaron los mayores descensos de empresas concursadas en 2020 respecto al año anterior. Por el contrario, Hostelería (35,6%) registró la mayor subida.

Aún más alarmante es el dato que muestran las estadísticas concursales del colegio de registradores de diciembre de 2021, pues revela que el número de declaraciones concursales totales en ese año fueron de 4.714.

Ahora bien, pese a que la crisis económica derivada de la pandemia nos ha dejado estos datos pesimistas, es conveniente destacar que entre abril de 2021 y marzo de 2022 se han constituido 103.140 sociedades en España, un 22,9% más que en el mismo período acumulado del año anterior.³³

De hecho, los sectores más favorecidos han sido la hostelería (10,7%), las actividades inmobiliarias, y la construcción, que representan el 13,8%, con un incremento del 2,8% de su peso relativo. Asimismo, crece la rama otros servicios; actividades profesionales y otras, un 1,0%; y financieras y seguros, un 0,9% anual.

Las comunidades autónomas con mayor número de deudores concursados en 2020 fueron Cataluña (788), Comunidad de Madrid (404) y Comunidad Valenciana (346), que concentraron el 63,3% del total de deudores concursados, siguiendo la tradición histórica de años previos.

Precisamente, puede afirmarse que los sectores que sufrieron las consecuencias más graves son también los que han experimentado mayores niveles de recuperación y de actividad, llegando incluso a alcanzar cotas anteriores a la pandemia.

³³ Moreno.R " En los últimos 12 meses se han constituido 103.140 sociedades en España, un 22,9% más" Periódico Conflegal. <https://conflegal.com/20220419-en-los-ultimos-12-meses-se-han-constituido-103-140-sociedades-en-espana-un-229-mas>

8.CONCLUSIONES.

A la vista de la información tratada en este Trabajo de Fin de Grado pueden extraerse algunas conclusiones importantes respecto a la situación concursal en España y al derecho concursal español en términos generales, de carácter tan cambiante.

PRIMERA. Orígenes de la institución concursal.

El concurso de acreedores no es un producto del derecho moderno. El origen de la institución concursal o de un procedimiento similar al concurso lo encontramos en el Derecho romano, con la *bonorum venditio* ya expuesta anteriormente. Se trata del primer procedimiento dotado de unas características y naturaleza similares a lo que entendemos por concurso de acreedores en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual es sorprendente pues la diferencia temporal entre ambos es inmensa.

Es uno de los primeros remedios de carácter jurídico contra la insolvencia, donde concurren un mismo deudor frente a varios acreedores. Tanto en este instrumento como en los que se desarrollaron posteriormente, encontramos algunos elementos muy similares a los de nuestra legislación concursal actual, en lo que se refiere a la *par conditio creditorum*, fase de apertura, determinados efectos o privilegios concursales.

Por otro lado, en el contexto de la historia concursal es esencial destacar el papel que jugó la doctrina española en los siglos XVI y XVII para el desarrollo de estas instituciones y la consolidación del derecho concursal que adolecía importantes lagunas, con autores como Salgado de Somoza y Hevia Bolaños³⁴. Ambos fueron pioneros en la creación del concepto benigno de la insolvencia y muchos

³⁴ García Escolar. G (2016) “*El sentido de la institución concursal: los principios del concurso*” Universidad de Granada. p.40.

de los elementos tratados se mantienen en la actualidad y han inspirado otros ordenamientos extranjeros.

SEGUNDA. Ineficacia del procedimiento concursal.

En segundo lugar, es común afirmar la reforma radical que se pretendía con la Ley Concursal de 2003 no ha cumplido con las expectativas previstas. A pesar de cifras significativamente relevantes en situaciones de crisis (2008 y 2020) que se han dado en nuestro país, como ya se ha señalado previamente, la utilización del concurso de acreedores ha sido menor en nuestro país que en el resto de los países europeos.

De hecho, la Ley concursal no ha gozado de la eficacia que se pretendía e incluso ha hecho que los procedimientos sean más costosos y duraderos. Esto es debido principalmente a que muchos de los deudores y acreedores han acudido vías alternativas para la satisfacción del crédito.

Por otro lado, el estigma asociado al concurso ha propiciado que los protagonistas del concurso sean reticentes a acudir a este tipo de procedimientos, al cual se suele acudir cuando la situación del deudor es irreversible y además estando muy poco favorecido por la lenta actividad de la administración de justicia y los jueces de lo mercantil.

No ocurre así en el derecho concursal francés. En términos de derecho comparado europeo, se le ha considerado siempre el máximo exponente en cuanto a la aplicación de soluciones tendentes a solventar la crisis del deudor. Los primeros textos concursales ya se centraban en intervenir antes de que se produjera la insolvencia con el objeto de evitarla (Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 y Loi n° 85-88 du 25 janvier 1985)³⁵, alejándose el legislador del carácter privatista del derecho a la insolvencia.

³⁵ Gonzalez Pachón, L. (2015) "*Tesis doctoral: la desprivatización y desjudicialización del derecho de la insolvencia*". Universidad de Valladolid. p. 138 y ss.

Destaca en este sentido la ausencia de un auténtico procedimiento alternativo al riguroso concurso de acreedores; el elevado coste -temporal y económico- de la iniciación del concurso de acreedores; los excesivos impedimentos a la *par conditio creditorum*; la falta de maximización del patrimonio concursal, que exige una regulación adecuada de la reintegración de la masa activa y de la responsabilidad de los administradores causantes de la insolvencia, y, en fin, la falta de eficiencia del concurso.³⁶

Se hace por tanto necesario dotar de medios materiales y humanos a los juzgados mercantiles, que hoy en día son escasos para hacer frente a la verdadera dimensión de los procedimientos concursales.

TERCERA: Estadística concursal.

La tercera conclusión, que se extrae concretamente de los datos de estadística concursal, es que la utilización del procedimiento de concurso abreviado se impone sobre el ordinario. Ello se debe a que uno de los mayores problemas que plantea la Ley Concursal es el alargamiento de los plazos en su tramitación, especialmente lo relativo los tramites de la fase común.

Se estima que el tiempo necesario para alcanzar un convenio anticipado ronda los 8 meses en los concursos abreviados y 12 en los ordinarios. Si el convenio se aprueba en fase sucesiva, los plazos se alargan hasta los 14 y 15 meses respectivamente³⁷. Se hace necesario acortar el alargamiento de los plazos de tramitación ya que resulta excesivo que un concurso ordinario tarde de media todo ese tiempo.

Por otro lado, la utilización del concurso voluntario se impone sobre la del necesario. Se considera que una de las cuestiones que más afecta a la demora

³⁶. Beltrán V /Prendes (dir.), (2009) “*Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*” Civitas,;

³⁷ Fernández Rodríguez, A.(2009.) *La ley concursal y su aplicación*. Fundación de estudios financieros. Madrid.

del concurso, es la proliferación de los créditos contra la masa.

CUARTA. Sucesivos cambios legislativos.

Desde el punto de vista legislativo, se extraen ideas muy relevantes. El derecho concursal está en continuo cambio y las reformas que se han sucedido han sido numerosas, y aun se esperan más, teniendo en cuenta la introducción del *pre-pack*.

En primer lugar, con la reforma de 2003 se pretendía resolver algunas cuestiones tales como el arcaísmo de la anterior legislación que era excesivamente defensora de los acreedores, la dispersión normativa, carencia de un sistema armónica y falta de unidad legal.

Por tanto, es cierto que la LC de 2003 introdujo medidas necesarias para cambiar esta situación, favoreciendo el principio de unidad para facilitar la aplicación de la misma. El principio de unidad se configuró desde una triple vertiente, unidad legislativa, unidad objetiva y unidad de procedimiento. No obstante, con las sucesivas reformas que se han ido sucediendo algunos de estos principios han ido perdiendo su utilidad práctica.

Parece ser que el problema no está tanto en el legislador, como en los defectos que se imputan al sistema por dificultades en la solicitud de declaración de concursos necesarios, demora en las de concursos voluntarios, tardanza en los trámites previos a la declaración como se ha explicado en la conclusión primera.

Por esta razón, la ley se vio modificada primero por el Real Decreto-Ley 3/2009, destinado principalmente a dotar de mejoras a los acuerdos de refinanciación. Este Real Decreto-Ley no fue suficiente para mejorar la Ley y por eso se realizó una mayor modificación con la Ley 38/2011 de 11 de octubre.

Finalmente, nos encontramos con un AP de ley que se espera que entre en vigor en junio de 2022, precisamente para subsanar los problemas que adolece la

legislación actual y propiciar un cambio en la “cultura concursal”, también a nivel europeo.

En definitiva, es necesario que la reforma propicie que los procedimientos lleguen a buen término (convenio) en lugar de liquidación, pues esta es su finalidad principal.

QUINTA. Utilización de instrumentos pre-concursales.

La necesaria protección de ciertos operadores económicos ha propiciado la aparición de alternativas preconcursales, con objeto de simplificar y agilizar el procedimiento. Sin embargo, tampoco ha tenido el éxito esperado la prevención de la insolvencia, que se constituyó con uno de los objetivos principales del Derecho concursal desde el S.XIX y de las posteriores reformas y que interesa especialmente en este TFG al tratar de llenar el presupuesto objetivo del concurso.

El uso de los mecanismos preconcursales no ha tenido el acogimiento esperado. Como sostiene A. Fernandez Rodriguez, *“se hace preciso una regulación armónica de las soluciones pre-concursales que permita, de una forma supervisada, que se establezca un periodo de negociación entre deudor y acreedores, con información completa y suficiente, que facilite una toma de decisiones adecuada sobre la continuidad y la supervivencia del negocio, bajo la propiedad de sus titulares o de terceros.”*

Podemos concluir con que la falta de una regulación preconcursal ha sido uno de los principales motivos de fracaso de la LC, al menos en primera redacción

SEXTA. La desprivatización de los institutos concursales del proceso concursal.

Los cambios económicos y jurídicos que se sucedieron a lo largo del S.XX dieron lugar a lo que autoras como PULGAR EZQUERRA denominan un *“replanteamiento del tradicional marco institucional concursal”* que ha conllevado a una desprivatización de los mismos.

Es decir, en aquellos casos en los que el concurso afectaba a grandes empresas, con importancia relevante en el sector, se ha producido un mayor intervencionismo estatal lo que ha provocado cierta *desprivatización* del concurso en detrimento del principio de autonomía de la voluntad (art.1255 CC).

Ello implica que no hay dos sujetos principales afectados los que deciden las posibles soluciones al concurso, sino que hay una decisión compartida con otros sujetos público.

De esta manera, se hace necesaria una conciliación entre los intereses del deudor (salvación económica), los de los acreedores (satisfacción de crédito) y la colectividad en su conjunto, pues las consecuencias del concurso pueden tener efectos sobre la destrucción de empleo en una determinada región.

Ello implica que ya no se tienen en cuenta tanto los intereses privados del deudor y los acreedores, sino que para la toma de decisiones se tiene en cuenta el mantenimiento del empleo o el desarrollo económico de una localidad o región, que son intereses de la colectividad.³⁸

En este sentido, señala la autora que *“sería conveniente desde el punto de vista metodológico, no delimitar el Derecho concursal a unos fines definidos y jerarquizados a priori, sino dejar que las consecuencias económicas de cada época determinen su jerarquía y aplicación.”*³⁹

SÉPTIMA. La finalidad del concurso.

En sintonía con la anterior conclusión, es necesario replantearse como han cambiado los fines del procedimiento concursal. La Exposición de motivos de la LC señala que la finalidad principal es la satisfacción de los acreedores, aludiendo también a la conservación de la actividad empresarial.

GONZALEZ PACHÓN señala que la finalidad primordial originaria del Derecho concursal, al ser imperativo, era obtener ese grado máximo de satisfacción. Sin

³⁸ Gonzalez Pachón, L. (2015) *“Tesis doctoral: la desprivatización y desjudicialización del derecho de la insolvencia”*. Universidad de Valladolid. p. 138 y ss.

embargo, dicho fin se vio alterado con la irrupción de teorías sanatorias vinculadas al Derecho concursal cuyo máximo exponente se concreta en la Ley de *prevención* francesa de 1984.

El derecho concursal persigue una equidad entre todos los acreedores, evitando acciones individuales y repartiendo el daño provocado por la insolvencia del deudor. Ello ha dado lugar a un debate doctrinal en torno a si la finalidad del concurso debe ser liquidatoria o convenida.

En este sentido, considero que lo más acertado es lo enunciado por SÁNCHEZ PAREDES, cuando señala que «*los procedimientos concursales no están dirigidos a conservar empresas ni a eliminar empresas insolventes sacando del mercado a los menos preparados. Su función debe ser procurar la satisfacción de los acreedores del deudor, tutelando sus derechos en las situaciones de crisis.*» Es decir, la conservación de la empresa ha de operar como un medio, no como un fin.

OCTAVA: La desjudicialización de los institutos concursales.

En sintonía con la conclusión anterior, junto con la desprivatización de los institutos concursales se ha producido también una desjudicialización de los mismos en esta última década, prueba de ello han sido las reformas legislativas llevadas a cabo tanto en España (2009, 2011, 2014) con la introducción de los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos, así como en Francia (2005) o en Italia (2005), con el propósito de reforzar el principio de autonomía de la voluntad.

Los mecanismos concursales de carácter preventivo han cobrado mayor importancia en los últimos años. La reforma concursal francesa fue pionera en estos términos mediante la Ley 84/1984 de 1 marzo, sobre «*Prevention et Règlement amiable des entreprises dans difficulté*», ya mencionada previamente.

Concretamente, el *Règlement Amiable* fue un procedimiento amistoso que consistía en acuerdos extrajudiciales entre el deudor y los acreedores en situaciones de precrisis económica del deudor, siempre y cuando que la cesación

de pagos no se hubiese producido, desarrollándose estos acuerdos en el ámbito de la autonomía de la voluntad negocial y privada de las partes.

Sin embargo, cabe decir la *desjudicialización* de estos acuerdos, no llegó a producirse de manera total pues requería imperativamente de la intervención del órgano jurisdiccional y de un sujeto mediador, el *conciliateur* designado por el Tribunal aunque a propuesta del deudor.

Por ello considero que habría que dotar de mayor autonomía al proceso mediante el uso de este tipo de mecanismos.

NOVENA. Alternativas al concurso.

Ya se ha dicho en conclusiones anteriores que el uso de instrumento preconcursales no ha sido el adecuado en España, tal vez por lo que enuncia FERNANDEZ DEL POZO, al decir que «*no existe bisturí de jurista que consiga zanjar con claridad la exacta frontera de separación entre la solvencia y la “preinsolvencia”*».

No puede decirse que haya habido un completo desconocimiento de estos instrumentos, pues ya en el art.870 CCom se establecía un cierto principio de prevención en relación con el estado de suspensión de pagos.

Sin embargo, en la redacción originaria de la LC no se regulaban estos mecanismos preconcursales, fue a partir de la crisis de 2008 cuando se manifestó su urgente necesidad, mediante la reforma de la LC en virtud del *RD Ley 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*.

Además del *período sospecho* de dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (art.71 LC), destaca la propuesta anticipada de convenio, dándole al deudor la de que pueda negociar el acuerdo con sus acreedores de forma privada y confidencial, sin sometimiento a requisito legales y en ausencia de intervención judicial ⁴⁰. De los datos de estadística concursal ya mencionados, figura que en el último trimestre de 2020, solo 9 deudores

⁴⁰ González Pachón, L. (2015) “*Tesis doctoral: la desprivatización y desjudicialización del derecho de la insolvencia*”. Universidad de Valladolid. p. 189 y ss.

concurados contaban con propuesta anticipada de convenio frente a los 2419 que no⁴¹.

España era uno de los pocos países en el ámbito del Derecho comparado europeo y norteamericano, que no contaba con una adecuada normativa incentivadora de la refinanciación de empresas en situación de crisis económica. Por ello, *frente al intento de promocionar los acuerdos extrajudiciales surgen los acuerdos de refinanciación, definidos en la DA 4º de la LC.*

AZNAR GINER los define los acuerdos de refinanciación como *«contrato alcanzado al amparo del art. 1255 CC por el deudor, o varios deudores conjuntamente, y su acreedor, o varios de sus acreedores, tanto de forma bilateral como multilateral, compuesto a su vez por una suerte de pactos que, normalmente conforma un negocio jurídico único e inescindible que tiene su base y fundamento en un plan de viabilidad, tendente a procurar viabilidad y continuidad empresarial del deudor, y a prevenir o evitar la eventual insolvencia o simplemente las dificultades financieras del mismo»*⁴²

El art. 71.6 LC define los acuerdos de refinanciación como *los 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 aquéllas”*

La Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introduce un nuevo Título X a la LC, denominado Acuerdo Extrajudicial de Pago, otro mecanismo preconcursal donde destaca la figura del mediador concursal.

⁴¹ Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2020 y año 2020. Datos provisionales.

⁴² Aznar Giner, E. (2016) *‘Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores’*. Tirant Lo Blanch, Valencia. P. 16,17.

Sin embargo, ninguno de estos instrumentos preconcursales y de carácter extrajudicial que surgen antes de la declaración de concurso y que se presentaban como una buena alternativa al mismo han tenido la acogida esperada como ya he señalado previamente.

DÉCIMA. Delimitación del presupuesto objetivo.

En definitiva, a lo largo de este trabajo se ha intentado dar una aproximación de que es lo que significa realmente el termino de insolvencia en el contexto del concurso de acreedores. Como ya he manifestado en otro apartado, el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor común, y ese estado concurre, dice el art.2.2 LC cuando el deudor no cumple regularmente sus obligaciones exigibles, entendiéndose por tanto la expresión “*estado de insolvencia*” en un sentido flexible, que se identifica con la situación de incapacidad actual (en caso de concurso necesario) para el cumplimiento regular de sus obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez pero con activo superior al pasivo exigible.

Es decir, lo relevante es la incapacidad de atender de forma regular a las obligaciones exigibles, que puede venir determinada por falta de liquidez o financiación que coloque al deudor en esa situación, pese a que cuente con un patrimonio neto contable expresado en signo positivo (Auto de la AP de Barcelona Sección 15º de 10 de octubre de 2007)

9.REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

- **BIBLIOGRAFIA.**

Aznar Giner, E. (2016) “*Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*”. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Beltrán V /Prendes (dir.), (2009) “*Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*” Civitas.

Beltrán/García-Cruces/Prendes (2011), “*La reforma concursal. III Congreso Español de Derecho de la Insolvencia,*” Civitas.

Blanco Buitrago, R. “*Los presupuestos de la declaración del concurso de acreedores de las personas jurídicas*”. Thomson Reuters Aranzadi.

Cerda Albero, F. *“Administraciones, insolvencia y disolución por pérdidas”*. Tirant lo Blanch, Valencia.

Cuberos Gómez, G (2005) *“Insolvencia: evolución de un concepto”* Universidad de los Andes, Colombia.

D’Ors, A. (2008) *“Derecho privado romano”* Universidad de Navarra, EUNSA.

De Pina Vara, R. (2003). *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa

García Escolar, G (2016) *“El sentido de la institución concursal: los principios del concurso”* Universidad de Granada.

Gonzalez Pachón, L. (2015) *“Tesis doctoral: la desprivatización y desjudicialización del derecho de la insolvencia”*. Universidad de Valladolid.

Graziabile J. D. (2016) *“Manual de Concursos”. Capítulo II: Orígenes Históricos, Evolución y Antecedentes del Derecho Concursal.”*

INE. Estadísticas Judiciales. Poder Judicial España.

Pulgar Ezquerro, J. (2020). *“Comentario de la Ley Concursal”*. Tomo I (2ªed.). Wolters Kluwers

Pulgar Ezquerro, J. *“El presupuesto objetivo de la apertura del concurso de acreedores”*, en AA.VV. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003.

Sotomonte Mujica, D. (2005) *“La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normativa transfronteriza unificada.”* Revista de Derecho privado. Universidad de los Andes.

Soza Ried, Mª. (1998) *“Revista de estudios histórico-jurídicos: El procedimiento concursal en el derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras”*. Universidad de los Andes.

Ventura Silva, S. (2001) *“Derecho Romano”*. Editorial Porrúa.

- **LEGISLACIÓN.**

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132

Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2020 y año 2020. Datos provisionales.

Exposición de motivos del A.P. de Ley de Reforma de la Ley Concursal para la incorporación de la Directiva UE 1023/2019. (julio 2021)- Ministerio de justicia.

Ley de Sociedades de Capital. (BOE). BOE-A-2010-10544

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo que regula las cuestiones de competencia judicial, reconocimiento y ejecución, Derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, así como la interconexión de los registros de insolvencia.

Texto Refundido de La Ley Concursal. Libro II. Título I. Capítulo I. (BOE)

- **JURISPRUDENCIA.**

AAP de Madrid, 8 de mayo de 2008.

AAP Madrid, Sesión 28º, de 8 de mayo de 2008

Audiencia Provincial de Las Palmas en Auto 119/2011, de 20 de julio

Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 8 de noviembre de 2007

Auto del Auto Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, de 10 de octubre de 2008

Auto 234/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), de 20 de noviembre

Auto de la AP de Barcelona Sección 15º de 10 de octubre de 2007

Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (s. 4ª) de 21 de abril de 2008.

Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (s. 1ª), de 11 de febrero de 2008

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 13 de abril de 2007.

Auto JM-Bilbao de 17 de febrero de 2006.

Autos de la Audiencia Provincial de Girona (sección 1ª), de 2 de diciembre de 2009, de Las Palmas (sección 4ª) de 29 de julio de 2009 y de Santander de 8 de mayo de 2006).

Recurso 541/2012

Sentencia 122/2014.

Sentencia 63/2015, de 18 de febrero

Sentencia 723/2012, de 2 de octubre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 30 de abril de 2009.

STS, Sala 1º de 15 de octubre de 2013 (ROJ:STS 5186/2013) 7 de Mayo de 2015 (S275/2015); 22 de abril de 2016(S269/2016)

SSTS, Sala primera, 1 de Abril de 2014 /S122/2014); 7 de Mayo de 2015 (S275/2015); 22 de abril de 2016(S269/2016)

STS, Sala Segunda, 583/2018, de 23 de noviembre

STS, Sala Segunda, 652/2006, de 15 de junio

STSJCyL de 23 de julio de 2010

- **WEBGRAFÍA.**

Beltrán, E. (2009) " *Los problemas del derecho concursal español: enfoque y desenfoque de la reforma legislativa de 2009 a 2011*" Disponible en [Los problemas del derecho concursal español \(elnotario.es\)](http://Los problemas del derecho concursal español (elnotario.es))

Espigado Guedes Diego (2020). " *El deudor de Schrödinger: solvente e insolvente a la vez La insolvencia como presupuesto objetivo del concurso y del alzamiento de bienes.*" Diario La Ley, Nº 9687, Sección Doctrina, 2 de septiembre de 2020, Wolters Kluwers. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/09/02/el-deudor-de-schrodinger-solvente-e-insolvente-a-la-vez>

Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2020 y año 2020. Datos provisionales. Disponible en <https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0420.pdf>

Fernández Rodríguez, A (2009) " *La ley concursal y su aplicación*". Fundación de estudios financieros. Madrid. Disponible en file:///C:/Users/pilar/Downloads/1264422342Papeles_FEF_33_181.pdf

Garci-Martín F. (2021) " *La probabilidad de insolvencia*". Almacén de Derecho. Disponible en <https://almacenederecho.org/la-probabilidad-de-insolvencia#:~:text=Grado%20de%20probabilidad&text=Parece%20claro%20que%2C%20en%20ambos,debe%20ser%20superior%20al%2050%20%25>.

Garrigues (2021). " *Nueva Herramienta para el pre-pack concursal español: la figura del "silent administrator"*". Comentario Reestructuraciones e Insolvencias España.

Gonzalez Varadé, P. (2020) " *¿Qué es la insolvencia en el Concurso de Acreedores?* ILP abogados. Disponible en <https://www.ilpabogados.com/que-es-la-insolvencia-en-el-concurso-de-acreedores/#:~:text=Es%20un%20procedimiento%20judicial%20que,la%20satisfacci%C3%B3n%20de%20los%20acreedores>.

Guías jurídicas de Wolters Kluwers- *El concurso de acreedores*.

Iberley (2020) " *El concurso de acreedores y el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020*" Disponible en <https://www.iberley.es/temas/concurso-acreedores-rdl-1-2020-5-mayo-64754>

Marina García-Tuñón, A. *El A.P. de Ley de Reforma de la Ley Concursal para la incorporación de la Directiva UE 1023/2019. (julio 2021). Referencia a los cambios más relevantes respecto del TRLC 2020.* Universidad de Valladolid.

Moreno. R " *En los últimos 12 meses se han constituido 103.140 sociedades en España, un 22,9% más*" Periódico Confilegal. <https://confilegal.com/20220419-en-los-ultimos-12-meses-se-han-constituido-103-140-sociedades-en-espana-un-229-mas>

Muñoz Villareal, A. "El requisito de probar la insolvencia del deudor". Noticias Jurídicas. Disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4753-el-requisito-de-probar-la-insolvencia-del-deudor-/#:~:text=A%20diferencia%20de%20lo%20que,sea%20esta%20inminente%20o%20efectiva>.

Ríos López. Y. (2011) «Pre-pack» concursal: una solución para la venta de empresas en crisis. LEFEBVRE