

RESPUESTAS MEMENTO
F R A N C I S L E F E B V R E

1.000
Preguntas
sobre
curso
de acreedores

ACTUALIZADO A 1 DICIEMBRE 2010

Esta obra ha sido realizada
por iniciativa de Ediciones Francis Lefebvre
sobre la base de un estudio
cedido a la Editorial por sus Autores

Coordinador:
ALFONSO MELÓN MUÑOZ
(Abogado del Estado)

Autoras:
CONCEPCIÓN ORDIZ FUERTES
(Abogada del Estado)
CRISTINA COTO DEL VALLE
(Abogada del Estado)

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.
Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 62,40 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-15056-19-5
Depósito legal: M-53788-2010
Impreso en España
por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

PLAN GENERAL

	Marginal
CAPÍTULO 1. CUESTIONES GENERALES. PRESUPUESTOS, SOLICITUD, DECLARACIÓN, PUBLICIDAD	10
CAPÍTULO 2. ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	995
Sección 1ª Nombramiento y régimen jurídico de los administradores concursales	1005
Sección 2ª Responsabilidad por daños	2005
Sección 3ª Responsabilidad por daños al deudor, acreedores o tercero.....	2100
Sección 4ª Separación y nombramiento de nuevo administrador concursal	2190
CAPÍTULO 3. EFECTOS DEL CONCURSO. PARA EL DEUDOR	2320
CAPÍTULO 4. EFECTOS DEL CONCURSO. PARA ACCIONES Y CRÉDITOS	2840
CAPÍTULO 5. EFECTOS DEL CONCURSO. SOBRE LOS CONTRATOS	3165
CAPÍTULO 6. MASA ACTIVA Y MASA PASIVA	3615
CAPÍTULO 7. CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS	
Sección 1ª Lista de acreedores	4745
Sección 2ª Publicidad e impugnación del informe	4780
CAPÍTULO 8. FINALIZACIÓN DE LA FASE COMÚN	4865
CAPÍTULO 9. FASE DE CONVENIO	
Sección 1ª Propuesta de convenio	4900
Sección 2ª Propuesta anticipada de convenio	5035
Sección 3ª Apertura de la fase de convenio y tramitación de la propuesta de convenio	5095
Sección 4ª Junta de acreedores	5135
Sección 5ª Aprobación judicial del convenio	5195
Sección 6ª Efectos del convenio	5275
Sección 7ª Cumplimiento del convenio	5530
CAPÍTULO 10. LIQUIDACIÓN DEL CONCURSO	
Sección 1ª Apertura de la fase de liquidación	5610
Sección 2ª Efectos de la liquidación	5710
Sección 3ª Operaciones de liquidación	5780
Sección 4ª Pago a los acreedores	5950
CAPÍTULO 11. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO	
Sección 1ª Cuestiones generales	6155
Sección 2ª Forma y tramitación	6270

	Marginal
CAPÍTULO 12. CONCLUSIÓN Y REAPERTURA DEL CONCURSO	6490
CAPÍTULO 13. NORMAS PROCESALES GENERALES. RECURSO	6635
Sección 1ª Procedimiento abreviado	6775
Sección 2ª Incidente concursal	6800
Sección 3ª Recursos	6870
Sección 4ª Registro Público Concursal	6970
CAPÍTULO 14. CONCURSOS CON ELEMENTO EXTRANJERO	6975

CAPÍTULO 1

Cuestiones generales. Presupuestos, solicitud, declaración, publicidad

Artículo 1. Presupuesto subjetivo

Pregunta

¿Quién puede ser declarado en concurso?

10

El apartado primero del artículo 1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal –en adelante LCon– declara que:

«La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica».

La Ley Concursal en su Exposición de Motivos –apartado II– señala como principios rectores de la misma los de unidad legal, de disciplina y de sistema; el artículo 1 de su texto recoge el segundo de ellos, de forma que establece la **aplicación del procedimiento** concursal a la persona insolvente y ello con independencia de si es comerciante o no, persona natural o persona jurídica, de base asociativa o fundacional.

Declaración de concurso que, además, puede afectar a personas nacionales o extranjeros, en la medida en la que teniendo su centro principal de intereses en España, resulten competentes los Tribunales españoles conforme a lo establecido en el artículo 10 de la LCon.

15

El concurso de **persona casada** supondrá tener en cuenta reglas especiales en orden a la composición del activo y pasivo que se recogen en los artículos 77, 82 y 86 de la LCon. Además, el artículo 25 analiza la posible declaración de concurso respecto de ambos cónyuges. A las preguntas de todos ellos nos remitimos para su consideración más detallada.

A continuación, los dos apartados siguientes del propio artículo 1 analizan la posible declaración de concurso de un **patrimonio hereditario** o Administración Pública.

Por último, la declaración de concurso respecto de un grupo de empresas o una **pluralidad de acreedores** se contempla en los artículos 3.5 y 25 de la LCon.

20

Pregunta

¿Puede ser declarada en concurso una sociedad irregular?

La doctrina se encuentra **dividida** sobre esta cuestión.

Primero, al considerar que la jurisprudencia ha venido negando personalidad jurídica a estas sociedades, debiendo responder por las deudas de éstas los encargados de la gestión social –artículo 120 del CCom–, contra quienes, por tanto, debiera dirigirse la declaración de concurso en caso de insolvencia.

Una segunda interpretación considera posible la declaración de concurso, voluntario o necesario, de las sociedades irregulares partiendo del artículo 6.2 de la LEC que ha reconocido capacidad procesal pasiva a estas entidades.

Además, ha de recordarse que la inscripción registral de estas sociedades tiene eficacia meramente declarativa no constitutiva para la adquisición de la condición de **persona jurídica**.

Por último, varios preceptos dispersos de la Ley Concursal parecen avalar la posible declaración de concurso de las sociedades irregulares, esto es, sociedades mercantiles no inscritas que operan en el tráfico jurídico mercantil a través de sus órganos de gestión y administración.

A modo de apunte, podemos señalar el artículo 24 apartados segundo y tercero de la LCon –«practicándose previamente la inscripción del sujeto cuando ésta no constase»–; la prohibición de presentación de propuesta anticipada de convenio que con anterioridad a la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009, recogía el artículo 105.1 3º de la LCon.

25

Pregunta

¿Puede ser declarada en concurso una sociedad cancelada?

La doctrina mayoritaria responde afirmativamente a esta cuestión, al considerar que la **eficacia de la cancelación** registral es meramente declarativa y que, por ello, es posible que no se hubiese liquidado previamente la sociedad quien en ese caso conservará su personalidad jurídica.

Con base en lo anterior, los acreedores podrían instar el concurso de la sociedad cancelada con la finalidad de ejercitar las acciones de **reintegración** a la masa, previstas en el artículo 71 de la LCon, y exigir la responsabilidad concursal en la tramitación de la pieza de calificación.

30

Pregunta

¿Puede ser declarada en concurso una herencia?

Teniendo en cuenta las normas del Derecho Civil en materia de sucesiones, la Ley Concursal recoge la posibilidad de que la herencia sea declarada en concurso (LCon art.2).

Dicha solicitud es admisible siempre que partamos de una **herencia no aceptada** pura y simplemente a los efectos de la responsabilidad patrimonial universal, que en tal caso se produce a tenor de lo previsto en los artículos 995, 1003 y 1911 del Código Civil.

Los supuestos, por tanto, que la Ley Concursal contempla a efectos de la declaración de concurso son la no aceptación, incluso repudio, o la aceptación a beneficio de inventario o durante el tiempo en que el llamado a la herencia ejerza su derecho a deliberar.

A tenor de lo anterior, la concurrencia del presupuesto subjetivo para la procedencia de la declaración de concurso, exigirá **acreditar la defunción** de una persona natural mediante certificado expedido por el Registro Civil; la existencia de **caudal relicto**, esto es, la existencia de bienes, derechos u obligaciones a nombre del fallecido; y la falta de aceptación de la herencia pura y simplemente.

40

Pregunta

¿Qué características propias tiene la declaración de concurso de la herencia?

En primer, lugar la **legitimación** para instar el concurso se reconoce a las personas que enumera el artículo 3.4 de la LCon, esto es, los acreedores de la herencia, los herederos y el administrador de la misma.

A continuación, para que pueda ser declarada en concurso será necesario que se produzca una **insolvencia** –actual o inminente– en los términos previstos en el artículo 2 de la LCon. Insolvencia actual de la herencia que se traduce en la imposibilidad de no poder cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles.

A continuación con relación a los efectos:

1. Conforme al artículo 182.2 LCon la **representación de la herencia** en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. De esta forma y existiendo una administración judicial esta tiene la representación de la herencia sin perjuicio de que la terminación del procedimiento del que dimana o de la terminación de las funciones encomendadas en función de la pieza de medidas cautelares obligaría a los herederos a nombrar o a los terceros a solicitar conforme a derecho, nuevo representante.
2. Ex artículo 182.3 de la LCon la herencia **se mantendrá indivisa** durante la tramitación del concurso a cuyos efectos procede oficiar a los juzgados en donde se tramitan procedimientos a los efectos de hacerles constar lo referido y lo previsto en el artículo 55 LCon.
3. De acuerdo con lo señalado en el artículo 40.5 LCon corresponde a los **administradores concursales** las facultades de administración y disposición.
4. De conformidad con lo señalado en el artículo 21 de la LCon deberá:

Llamarse a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus **créditos**.

– Ordenar la **publicidad** de la declaración de concurso conforme a lo previsto en el artículo 21.1.6º y artículo 23 LCon, que será obligatoriamente realizada en el **Boletín Oficial del Estado**.

– Ordenar igualmente la publicidad registral a la que se refiere el artículo 24 de la LCon y en virtud de ello:

Mandar inscribir en el **Registro Civil** la declaración de concurso tanto en la hoja de nacimientos como matrimonial.

Mandar inscribir en los registros públicos de bienes o derechos del deudor, mediante anotación preventiva en el folio correspondiente a cada uno de ellos, la declaración de concurso en intervención, así como el nombramiento de los administradores concursales.

Ordenar la formación de las secciones primera, segunda, tercera y cuarta debiendo encabezar estas tres últimas con testimonio de este auto.

45

Pregunta

¿Puede ser declarada en concurso una Administración Pública?

Nuestra Ley Concursal, con defectuosa técnica legislativa señala que:

«No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público».

50

Decimos con defectuosa técnica legislativa, en la medida en la que no se reproducen con precisión las categorías propias del Derecho Administrativo, de forma que, sin duda, no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la denominada **Administración territorial** –organización territorial del Estado–, entre otras, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales, Diputaciones Provinciales, Cabildos Insulares...

La Ley Concursal, bajo la denominación «organismos públicos», permite afirmar que tampoco podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la **Administración institucional**, esto es, partiendo de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, los organismos públicos, género, y sus especies: organismos autónomos y entidades públicas empresariales.

A partir de dicho punto, se suscita el alcance de la expresión: «demás entes de derecho público», contenida en el artículo 1.3 de la LCon.

55 La misma ha de incluir las denominadas **Agencias estatales**, constituidas o adaptadas conforme a lo señalado en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias para la mejora de los servicios públicos.

En efecto, conforme señala el párrafo primero del artículo 2.1 de la Ley de Agencias:

«Las Agencias Estatales son entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias».

A tal fin, la propia Ley de Agencias contempla en sus Disposiciones adicionales tercera y quinta, la creación de determinadas Agencias y la adaptación a su estructura de organismos públicos ya existentes.

A lo anterior debemos añadir la consideración de **determinados entes** como indudablemente entes de Derecho Público, excluidos de la aplicación de la Ley Concursal bien por su previsión constitucional bien por la previsión existente en su Ley de creación como pueden ser el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Competencia, el Congreso de los Diputados y el Senado, los órganos jurisdiccionales, las Corporaciones sectoriales de base privada –Colegios profesionales o Comunidades de Regantes–.

60

Pregunta

¿Pueden ser declaradas en concurso las fundaciones y sociedades mercantiles públicas?

La duda se ha suscitado con relación a las sociedades públicas mercantiles, esto es, creadas adoptando fórmulas del Derecho privado societario previa decisión de un organismo público, con aportación íntegra o mayoritaria del capital por una o varias Administraciones Públicas con la finalidad de intervenir en el mercado en desarrollo de un interés público.

65

Hasta la fecha los **pronunciamientos judiciales** en instancia han **aceptado** sin mayor discusión –ningún acreedor argumentó en instancia ni recurrió en apelación la

declaración de concurso— la posibilidad de que dichas sociedades mercantiles puedan ser declaradas en concurso.

Sin embargo, ha de apuntarse la posible existencia de **límites** a la simplista afirmación conforme a la cual toda sociedad pública mercantil puede ser declarada en concurso, si se encuentra en situación de insolvencia.

A modo de indicación, por exceder del propósito de esta obra, han de señalarse como argumentos en contra de dicha posibilidad la **existencia de un fin público** o interés público que debe prevalecer en su extinción, dado que lo ha sido para su creación; la normativa vigente en materia de intervención de empresas como excepción a la mera aplicación del proceso concursal que la propia Ley Concursal acoge en sus artículos 174 y 175 de la LCon; y a las consecuencias que el concurso produciría en el ejercicio de potestades administrativas, cuando éstas hubiesen sido atribuidas a la sociedad pública mercantil.

Pregunta

¿Pueden ser declaradas en concurso las entidades de crédito, entidades de seguros y de servicios de inversión?

70

Con carácter general, la respuesta ha de ser **afirmativa** en la medida en la que la propia Disposición adicional segunda de la LCon, apartado primero señala al respecto que:

«1. En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal».

Por tanto, la respuesta a la pregunta debe ser: con carácter general, las entidades de crédito, seguros y de servicios de inversión pueden ser **declaradas en concurso**, si bien, a todas ellas deberá serles de aplicación preferente su **legislación específica**, conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal, en particular en su Disposición adicional segunda.

75

Sin embargo, la entidad que haya obrado conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 9/2009, no se encontrará obligada a instar el concurso y las solicitudes presentadas por terceros no serán proveídas, salvo en el supuesto de que el **Banco de España** acuerde la sustitución provisional de los órganos de administración o dirección de la entidad de crédito, pues en ese momento podrá instarse el concurso necesario, encontrándose a tal fin legitimado con carácter exclusivo el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (RDL 9/2009 disp.adic.tercera).

Pregunta

¿Puede ser declarada en concurso de acreedores una entidad urbanística colaboradora?

80

No. Con arreglo a LCon art.1.3 las **Administraciones públicas**, sus organismos públicos y demás entidades de derecho público (art.1.3) quedan **excluidas** del ámbito

subjetivo del concurso. Y si bien es cierto que a efecto de contratación la corporativa puede considerarse no incluida en el ámbito de la **legislación de contratos** del sector público (con importantes matices), en relación con el fenómeno del concurso de acreedores debe incluirse en tal concepto.

Ello se debe no a un privilegio sino a la **imposibilidad** de dar en estos casos cumplimiento efectivo a la finalidad esencial del concurso, que es la satisfacción de los acreedores. La finalidad de dar satisfacción al **interés general** que se persigue a través de tales entidades no puede ser objeto de sustitución por la finalidad del concurso, lo que excluye la aplicación de la ejecución universal entre vivos.

La pervivencia del fin público al que sirven impediría la liquidación de la entidad antes de su satisfacción, lo que hace tal mecanismo de ejecución inaplicable a tales sujetos.

Con carácter general, la exclusión de las Administraciones y demás entes públicos enumerados en LCon art.1.3 se justifica en la **garantía presupuestaria** del poder público que constituye la entidad o del que depende la ésta. Garantía que excluiría la situación de insolvencia que es presupuesto del concurso.

No obstante, en el caso de las entidades urbanísticas colaboradoras –especialmente, **juntas de compensación**– tal garantía presupuestaria pública no existe, razón por la cual, además de su carácter no permanente, lleva a no considerarlas beneficiadas por la prerrogativa procesal de exención de constituir depósitos y fianzas para interponer recursos.

85

Pregunta

¿Puede ser declarada en concurso de acreedores una sociedad urbanística?

Sí. Dado que de acuerdo a LCon art.1.3 sólo las Administraciones públicas, sus organismos públicos y demás entidades de derecho público (art.1.3) quedan excluidas del ámbito subjetivo del concurso y atendida la **naturaleza privada** de las sociedades urbanísticas, la solución es positiva.

Y ello a pesar de que su objeto las relaciona con el desarrollo de actividades ligadas o cercanas a la función pública urbanística, pues tales actividades se desarrollan en sede de Derecho privado. Por lo que no puede excluirse la eventual liquidación de las entidades indicadas para la satisfacción de los derechos patrimoniales de los acreedores.

No obstante, ha de tomarse en cuenta la **reserva** anteriormente efectuada en relación con las sociedades mercantiles de **capital mayoritariamente público**, para el supuesto de que éste sea el caso.

Artículo 2. Presupuesto objetivo

90

Pregunta

¿Cuál es el presupuesto objetivo para la declaración de concurso?

La situación de insolvencia del deudor común, bien actual bien inminente.

Pregunta

¿La existencia de masa activa puede considerarse un presupuesto objetivo para la declaración de concurso?

95

La Ley Concursal no exige como **presupuesto objetivo** para la declaración de concurso la existencia de un mínimo activo realizable. Por tanto la respuesta ha de ser negativa y en ese sentido se ha pronunciado, entre otras, la Audiencia Provincial de Barcelona, así en su sentencia de fecha 5 de mayo de 2008.

En sentido contrario, exigiendo un mínimo activo realizable como presupuesto objetivo para el concurso se ha manifestado la Audiencia Provincial de La Rioja en sentencia de 22 de marzo de 2007.

Pregunta

¿Es presupuesto para la declaración de concurso la existencia de una pluralidad de acreedores?

100

La respuesta ha de ser afirmativa pues el concurso es la solución que nuestro ordenamiento jurídico ofrece para resolver la situación de insolvencia de un **deudor con pluralidad de acreedores** como alternativa al procedimiento de ejecución singular.

En este sentido, acogiendo la posición de otras audiencias provinciales, se ha pronunciado, entre otras, la Audiencia Provincial de Vizcaya en su Auto de 5 de mayo de 2006

Pregunta

¿Cuál es el presupuesto objetivo para la declaración de concurso voluntario?

105

La solicitud de concurso voluntario, esto es, la promovida por el **deudor común** deberá acreditar la situación de endeudamiento en la que se encuentra y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente conforme resulta del artículo 2.3 de la LCon, el cual, además, define en su inciso final el estado de insolvencia:

«1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.

2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

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

Solicitud de concurso que deberá presentarse acompañada de la **documentación** enumerada en el artículo 6 de la LCon.

Sobre la interpretación del **concepto de insolvencia** actual, su conexión o no con la falta de liquidez y el concepto de cumplimiento regular de las obligaciones, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de fecha 18 de noviembre de 2008.

110

115

Pregunta

¿Cómo puede acreditar el acreedor la situación de insolvencia?

Conforme resulta del artículo 7 de la LCon, la solicitud de concurso por el acreedor y demás legitimados deberá acreditar el crédito que ostente frente al deudor y la insolvencia de éste. Situación de insolvencia que habrá de probar, acreditando la concurrencia de alguno de los **indicios reveladores** de la situación de insolvencia que cita el apartado cuarto del artículo 2 de la LCon. Además, deberá expresar en la solicitud los medios de prueba de los que se valdrá para ello.

En caso de que la **solicitud** de concurso sea **desestimada**, además de la imposición de costas, el acreedor podrá ser condenado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Por el contrario, si es **estimada la solicitud**, se procederá a dictar auto de declaración de concurso, con el contenido que establece el artículo 21 de la LCon y el crédito del acreedor instante gozará del privilegio general reconocido en el artículo 91.6º de la LCon, además, de que los gastos de abogado y procurador necesarios para la solicitud de concurso se abonarán contra la masa conforme resulta del artículo 84.2 de la LCon.

120

Ante dicha situación, la Ley Concursal enumera en el apartado cuarto del artículo 2 de la LCon una serie de **indicios reveladores** de la insolvencia:

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

1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

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

3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

Todos ellos son meros indicios reveladores de la insolvencia, auténticas **presunciones iuris tantum** que, como tales, admiten prueba en contra por el deudor, quien podrá acreditar encontrarse en situación de solvencia, valiéndose para ello como único medio de prueba de la documental, en concreto, su contabilidad conforme resulta de lo señalado en los artículos 7 y 18.2 de la LCon.

125

Pregunta

¿Existen otros indicios reveladores de la situación de insolvencia además de los que enumera el artículo 2.4 de la LCon?

A diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en el que se propugnaba un criterio de «*numerus apertus*» a partir del cual hubiera resultado admisible que el acreedor fundase su solicitud en cualquier dato, contempla-

do o no legalmente, indiciariamente revelador de insolvencia, en el texto definitivo de la Ley Concursal, el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de «*numerus clausus*», donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia –válida sólo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario– sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un número determinado de **hipótesis legalmente tipificadas** –los denominados «*hechos de concurso*» o «*hechos reveladores*»– que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella.

Interpretación la apuntada que es sostenida por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema. Así, Angel Rojo («*Comentario de la Ley Concursal*», Thomson Civitas, págs. 180 y 426), para quien en los supuestos de concurso necesario «...se exige no solo que exista insolvencia, sino que se trate de una insolvencia cualificada, es decir, que la situación de insolvencia actual se tiene que haber manifestado a través de alguno de los hechos externos que taxativamente enumera la Ley...», abundando dicho autor en la ineludible carga que pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del **hecho revelador** que específicamente invoque cuando –como en el caso– la concurrencia del mismo sea negada por el presunto concursado haciendo uso de la primera de las fórmulas de oposición contempladas por el art.18 LCon.

130

Opinión que comparte Bercovitz Rodríguez-Cano («*Comentarios a la Ley Concursal*», Tomo I, pág. 39, Ed. Tecnos).

135

En idéntico sentido, Herrera Cuevas («*Manual de la Reforma Concursal*», pg.45, Ed. Europea de Derecho), quien mantiene la expresada opción interpretativa sin por ello dejar de poner de relieve algunos de los inconvenientes prácticos que pueden seguirse del criterio finalmente adoptado por el legislador cual el del «...riesgo de consagrar determinadas situaciones de **insolvencia real**, en las que la situación económica de fondo del deudor común, impidiendo de suyo cumplir todas las obligaciones puntual y regularmente con su patrimonio actual, no llegue a expresarse cabalmente por medio de ninguno de los hechos reveladores...».

A idéntica conclusión llega también Sánchez-Calero Guilarte («*Comentarios a la Legislación Concursal*», Tomo I pág.123, Ed. Lex Nova), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar «...los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar...», especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente.

En el mismo sentido, Pulgar Ezquerro entiende que la sistemática del art.2.4 para el concurso necesario responde a un criterio de «*numerus clausus*» («*Comentarios a la Ley Concursal*», coordinada por Pulgar Ezquerro y Alonso Ureba entre otros, Pág. 118). Igualmente, comentando los presupuestos del concurso necesario, Fernández-Ballesteros indica: «...dice el art.2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar

140

la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en el número 4 del art.2 que, aunque la evoquen, no son ellos mismos insolvencia...» («Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso»; Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.EJ. XVIII 2003, pág. 63).

Por lo demás, al margen de lo ya expuesto, en su Auto de fecha 5 de mayo de 2009 el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid añade dos razones:

«1.-Con carácter general, un argumento de cierta entidad en apoyo de la expresada exégesis lo constituye el art.18 de la Ley Concursal que, si bien admite que el deudor **demuestre su solvencia** a pesar de la constatación plena de alguno de los «hechos reveladores» invocados por el acreedor (los del art.24), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del hecho revelador invocado se encuentre huérfana de prueba.

2.-Es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que «...Los legitimados para solicitar el concurso del deudor... han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la Ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados... Incumbe al solicitante del concurso necesario la **prueba de los hechos** en que fundamenta su solicitud...»

145

Pregunta

¿Qué ha de entenderse por sobreseimiento generalizado de los pagos?

La Ley Concursal identifica en el número primero del apartado cuarto del artículo 2 de la LCon al sobreseimiento generalizado de los pagos, como un posible **indicio revelador** de la situación de insolvencia:

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

1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Sobre el concepto de sobreseimiento generalizado de los pagos se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de fecha 18 de abril de 2006 .

150

No se trata, por otro lado, de una cuestión de mera prueba de existencia de **obligaciones o procedimientos** sino que, además, éstas deberán ser exigibles.

En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Audiencia Provincial de Zaragoza en Auto de fecha 17 de septiembre de 2007 , en el sentido de exigir que el sobreseimiento ha de venir referido a obligaciones exigibles.

Por último, indicar que el **sobreseimiento** deberá ser definitivo, general, completo y no esporádico, simple o aislado, como ha señalado la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de fecha 24 de marzo de 2006 .