

Presupuesto objetivo del concurso: delimitación económica, prueba eventual y apreciación subjetiva

Autor: Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez

Profesor Propio Adjunto. Departamento de Derecho Económico y Social de la UPCO

I. Vieja y nueva incidencia de las nociones de insolvencia y sobreendeudamiento, o exceso relativo de obligaciones, en la delimitación del presupuesto objetivo

I.1. Consideración breve sobre algunos antecedentes legislativos de la LC

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, vence el anacronismo de nuestro ordenamiento privado, dualista en los planos sustantivo (regulación civil y mercantil) y procesal adjetivo (procesos de suspensión y quiebra, en el orden mercantil; quita y espera *versus* concurso de acreedores, en el civil), y se adscribe final y felizmente al movimiento internacional modernizador de la regulación de situaciones críticas del patrimonio a través de soluciones legales *distributivas* e intervenidas judicialmente (i.e., concursales; *rectius*, *concurrentiales*, en el sentido clásico del término, referido a la *universitas creditorum*¹, y abandonado entre otras razones por la asociación contemporánea del término “concurrentia” al ámbito del Derecho de la competencia).

¹ V. SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam. Tractatus de libertate beneficiorum. Accessit in hac prima veneta editione Centuria decisionum S. Rotae Romanae ad materiam eiusdem Tractatus, collecta a ... Andrea CENSALIO...Venetiis, apud Turrinum, 1653. Pos-*

Ya el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal de 7 de septiembre de 2001, como hicieran antes el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y la Propuesta de Reforma de 1996 (SGT del Ministerio de Justicia, 15 de febrero de 1996), consideran la reforma del denominado presupuesto objetivo de apertura del procedimiento concursal como piedra angular de la arquitectura concursal y clave de la propia estrategia corporativa que han de abordar los deudores en situación patrimonial de insolvencia o próxima a ella, y, por consiguiente (desde la óptica de su posicionamiento competitivo), en riesgo de suspensión o eliminación de su actividad concurrente y competitiva en el mercado.

La razón de esa trascendencia es clara: desde que se abre el patrimonio a la ejecución colectiva supervisada judicialmente, se recomponen o reemplazan los mecanismos de administración, gestión y organización del patrimonio, así como su actividad contractual de mercado, *legis ministerio*, entre otros efectos personales y reales que acarrea esta nueva situación al deudor y a los acreedores.

En el Derecho concursal español recién derogado, la dualidad procedimental, reproducida según se ha advertido en los órdenes civil y mercantil, comportaba de hecho la bifurcación correlativa de los presupuestos objetivos. En el caso de la quiebra y de la suspensión, procedimientos más relevantes desde la óptica de la consideración de mercado, ese bifrontismo se sustanciaba en un sistema de configuración del presupuesto objetivo donde, en el caso de la quiebra, nominal o formalmente (art. 874 C. de c.), se partía para la incoación del proceso concursal de la falencia en la satisfacción de las obligaciones del deudor, vale decir, del cese en sus pagos, si bien en la práctica se comprobaba la insolvencia o impotencia si el deudor se oponía a la apertura, precisamente, por reputarse solvente o capaz de atender a todos, aunque hubiera fallado en concreto².

El expediente de suspensión, más laxo desde luego, cobijaba, así al presupuesto objetivo vinculado al cese (falta de liquidez, situación patrimonial de neto positivo), como a aquél otro coligado a la impotencia (situación de sobreendeudamiento o neto negativo), a través, respectivamente, de las declaraciones judiciales de insolvencia provisional o definitiva, con toda su carga de evaluación temporal, teñida ineluctablemente de subjetividad (cf. art. 8 de la Ley de Suspensión de pagos de 1922 – LSP- y art. 870 C. de c.).

teriormente se edita la obra original por Venezia Baglioni 1701 (facsimil actual 1 t.; original, 2vol.). Existe asimismo una intermedia *Editio novissima cui accessit Centuria decisionum Sacrae Rotae Romanae ad materiam eiusdem tractatus*, Francofurti/sumptibus Joann. Baptistae Schönwetteri/ 1663, 2 tomos que recogen las cuatro partes originales del tratado ([xii],772,[59], 244,[67]páginas); asimismo se conoce otra de 1672 que publica la parte cuarta, *Opus posthumum ex ipso Authoris intricatissimo Authographo, non sine ingenti labore, multa industria erutum, lucique vindicatum. Huic accessit tractatus DE LIBERTATE BENEFICIORUM*, impr. Laurentii Anisson Lugduni, 174 páginas.

² Se trata de la “perturbadora reposición” a la italiana a la que se refiriera ya el recientemente malogrado y añorado Prof. GARCÍA VILLAVERDE (*La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración*, en *Derecho Concursal*, CGPJ, Madrid 1992, 273-277).

Era posible, incluso, si los acreedores no instaban la quiebra posterior o *consecutiva* (cf. art. 10 LSP), salvar la posición personal y procesal del deudor insolvente irredento que no hubiese consignado el déficit patrimonial, aun aplicándose en tal caso las rígidas normas sobre retroacción (21 LSP).

Entre el *omnia licet* de la LSP³, dictada *ad hoc* según es archiconocido, para salvar de la quiebra a la *Barcelona Traction Light and Power Limited Company*, y la confusión jurisprudencial y doctrinal generada y girante en torno al auténtico presupuesto objetivo de la quiebra, parecía necesaria la mediación de un legislador dispuesto a rediseñar dicho presupuesto.

Sin embargo, la reforma se hacía esperar en demasía debido al juego de poderosos intereses corporativos y de clase, dentro y fuera del ámbito operativo de las empresas potencialmente afectadas por la reforma (deudores en crisis eventual), y dicha espera parecía inagotable, pese a la urgencia con que en los debates de la Comisión General de Codificación se planteaba reiteradamente la necesidad de la reforma concursal, y a pesar de la transformación palpable que había experimentado el tejido empresarial español.

En ese contexto no puede sorprender particularmente que buena parte de los jueces y de los tratadistas llegaran a considerar que, en realidad, lo que se había operado en el devenir de la aplicación práctica de los complejos preceptos del Código, de la LEC y de la LSP, trída ominosa a estos efectos, era una *asimilación universal* de los sistemas objetivos de apertura, girantes todos sobre la noción clásica de insolvencia económica, esto es, de no solvencia, entendida como imposibilidad o inhabilidad para el pago de las obligaciones corrientes; y no *ad litteram*, como no pago o desatención, circunstancial o general, pero no probativo *a se* de aquella incapacidad.

³ Situaciones de desbalance han sido tratadas como insolvencias provisionales inicialmente, en interés del deudor, y, una vez recalificadas en interés de los acreedores, como quiebras consecutivas; inversamente, el art. 8 LSP ha servido de amparo a estados de falta de liquidez calificados como insolvencias “provisionales”, pero, en definitiva, dentro del presupuesto objetivo “insolvencia”, único y lato, acomodable a infinidad de situaciones económicas. Bien diferentes son los casos alemán, que examinaremos con algún detenimiento, e italiano, donde una *Legge* (24.03.1903) ubicó como presupuesto objetivo, al margen de la genuina insolvencia-incapacidad-desbalance, la “dificultad económica temporal”, que conceptualmente es una cesación de pagos por causa de falta de liquidez. En nuestro Derecho, por el contrario, esa insolvencia entendida como desequilibrio, impotencia o incapacidad estructural de pago, ha venido en realidad constituyendo el único presupuesto objetivo real pese al formalismo del art. 874 del C. de Comercio, como ponen de relieve tratadistas tan autorizados como J. DUQUE (*Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma*, *Anuario de Derecho Civil* 1980, 29-35; ÍD., *La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebras*, *Estudios Polo*, Madrid 1981, 115-123). Según esta concepción interpretativa de nuestra regulación concursal histórica, la insolvencia es un concepto lato, susceptible de acomodo a las más variadas situaciones fácticas. Mas también es pensable, siguiendo esa perspectiva lata, que insolvencia sea la impotencia general de pago *cualquiera que sea su fuente económica* (neto negativo o sobreendeudamiento, desequilibrio financiero transitorio, o mera falta de voluntad de pago; cf. A.ROJO, *El estado de crisis económica*, en *Reforma del Derecho de quiebra (Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid 1982, 123-134; ÍD., *La declaración judicial de la suspensión de pagos*, *Cuadernos de Derecho Judicial* 1992, 93-97; 101-119).

I.2. La insolvencia como presupuesto económico objetivo en la LC

No es casual, por eso, que, salvo en el caso de incumplimiento de convenio ya aprobado (cf. disposición transitoria 1ª LC), donde nos encontramos ante un presupuesto *metaeconómico* exclusivamente aplicable a procedimientos en tramitación, el presupuesto objetivo se haya regulado atendiendo substancialmente al dato, de proyección jurídica pero de raíz económica, que es la insolvencia. Ésta adquiere, en el tenor de la nueva Ley, la consideración de hecho o circunstancia relevante para la apertura del procedimiento concursal, de dos modos alternativos que son función del sujeto instante: si el concurso es voluntario o instado por el deudor, su insolvencia patrimonial no ha de darse actualmente, como hecho consumado, sino que puede tratarse de una insolvencia prevista y prejuzgada como inminente, de suerte que aquél puede anticiparse al agravamiento definitivo de la crisis pidiendo la apertura del concurso, cuando estime, precisamente, que la insolvencia se dará inmediata o muy próximamente (cf. 5.1 y 2.2. LC); si, en cambio, lo instan los acreedores y, por tanto, merece la calificación de necesario, la insolvencia que constituye su prerequisite de incoación necesita haberse producido ya, esto es, ser calificada como presente o actual.

De otro lado, vaya ahora por delante, en el caso de concurso necesario, la insolvencia debe exteriorizarse a través de los indicios tasados del art. 2 LC, mientras que si es voluntario, es autoevaluada, no indiciariamente, por el propio deudor instante.

En definitiva, conclúyese que la construcción del presupuesto objetivo, así antes como también después de la aprobación de la LC, ha girado y seguirá girando alrededor de la noción económica de impotencia o incapacidad de pago, y no, según proclamaba el tenor del art. 874 C. de c., alrededor del hecho de la cesación en los pagos. Eso no significa que la falencia fuese antes irrelevante, y tampoco que haya devenido indiferente; sólo indica que la razón de fondo de la falencia debe ser la insolvencia en la mayor parte de los supuestos. Esto es, que el cese en los pagos estará normalmente fundado en la impotencia o imposibilidad de pago, circunstancia que, a su turno, encuentra como motivo más evidente y general el sobreendeudamiento, desbalance o exceso de deudas respecto a los bienes y derechos efectivamente existentes, computables o registrables en el patrimonio del deudor, incluso aunque no hayan sido efectivamente computados o registrados contablemente.

Sin embargo, se ha producido, pese a esa similitud aparente, una modificación substancial en la configuración del presupuesto objetivo: ahora la insolvencia gana peso específico como causa real y generadora de la situación concursal, en la medida en que, de una parte, se elimina la referencia al sobreseimiento como motivo útil para “considerar en estado de quiebra” al deudor comerciante, eludiéndose así la discusión doctrinal inveterada acerca del *cese versus insolvencia* como presupuestos objetivos susceptibles de interpretación alternativa; y, de otra parte, se explicita en el art. 2.1 LC la insolvencia como motivo directo e inequívoco de apertura del procedimiento, por cuanto “la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común”.

Dicho de otra manera: de conformidad con la interpretación dominante del régimen anterior, desde luego más confuso e ineficiente a priori que el actual, podía darse la quiebra sin insolvencia (y, por descontado, la insolvencia de hecho sin quiebra, llegándose a soluciones extraconcursales o, a lo peor, produciéndose de hecho esta situación sin solucionarse), ya fuese porque el deudor padeciese un estado de falta de liquidez (esto es, no contase con activos líquidos suficientes para la atención de las deudas reclamadas), ya porque no quisiese atender sus compromisos, supuesto más común de lo que puede parecer a primera vista, especialmente cuando el deudor cuenta con vías alternativas hábiles para la elusión del pasivo, bien societarias, bien personales, más o menos lícitas⁴.

Sin embargo, según la ordenación concursal nueva, todo deudor *concurvable*, sea empresario individual o social, y vaya a liquidar o a intentar conservar sus negocios, ha de ser *incapaz* de cumplir con sus obligaciones, y este es el único y verdadero presupuesto real, de naturaleza económica, que permanecerá en el futuro como precondition para disponer de la vía procesal a modo de solución al estado crítico en que se ha sumido el deudor⁵.

I.3. Anfibología del término insolvencia y su relación con el sobreendeudamiento

Ahora bien, pese a la aparente claridad del nuevo presupuesto, las dificultades permanecen todavía, pues, de un lado, la LC atiende a supuestos de desatención de deudas para construir el sistema de comprobación del presupuesto en el caso de concurso instado por acreedores; y, del otro, la insolvencia, entendida como impotencia, no siempre obedece a desbalance o sobreendeudamiento patrimonial⁶, sino, en oca-

⁴ Aquiescente, BELTRÁN, en *Lecciones de Derecho Mercantil* (dir. MENÉNDEZ), Madrid 2003, 854-857, negando, de paso (más adelante, 884), la existencia de un presupuesto objetivo en el caso de la suspensión, visto que cualquier situación económica permite al deudor acogerse a este expediente, programáticamente pensado para acomodo procesal y encauzamiento económico, exclusivamente, de situaciones de falta de liquidez, donde obviamente la finalidad concursal es predominantemente reparatoria del patrimonio, y no sólo distributiva de éste y asignativa de los efectos de un eventual convenio.

⁵ La “situación de crisis” era el innovador presupuesto que perseguía introducir el art. 9 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, con el propósito de anticipar el concurso en beneficio de las empresas salvables. Sin embargo, las dificultades constructivas de ese presupuesto eran de tal magnitud que el legislador ha preferido desechar tan ambiguo y polémico concepto.

⁶ Parámetro también clásico que la legislación concursal alemana toma en consideración desde la aprobación de la *Insolvenzordnung* de 1994 para perfilar el requisito de apertura sobre una base netamente económica, rompiendo con la tradición de la *Konkursordnung*. Un apunte acerca de la influencia de esa Ordenanza en la configuración del presupuesto objetivo en la LC se refleja en nuestro estudio en prensa para el *Libro Homenaje al Profesor Olivencia*, titulado *Objetivación y subjetividad en la delimitación del denominado presupuesto objetivo del concurso*, I.2. El presupuesto objetivo se construye en la InsO (par. 17) sobre una definición de *insolvencia* marcadamente *económica*, donde el tiempo es irrelevante para su determinación⁶. Esto es, la insolvencia es juzgable instantáneamente. Todo deudor es insolvente *cuando* (en todo tiempo en que) “no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles”. Por tanto, la insolvencia equivale a incapacidad o imposibilidad de pago. Situación que se presume “como regla” en el deudor que “ha cesado en los pagos”, sin que se especifique

siones, a circunstancias más relacionadas con las carencias del deudor en sus relaciones interpersonales en el curso de los negocios, y sustancialmente, con la falta de crédito, concebible no sólo como imposibilidad de obtención de nuevos recursos ajenos, sino además como pérdida de la confianza en el tráfico, que origina precisamente la falta de acceso a la financiación. Por esa vía, de nuevo, se puede llegar a reproducir, en el seno de la noción misma de insolvencia, el antiguo debate sobre su intelección eventual como situación de falta de liquidez, que motiva la insatisfacción de los créditos reclamados⁷.

Efectivamente, el art. 2.1 de la LC determina una asociación entre “estado de insolvencia” e impotencia, pues es insolvente sí y sólo aquel deudor que “no puede cumplir”. Sin embargo, nótese que no se hace mención alguna de la *causa de la impotencia*. Por tanto, queda abierto el debate sobre la inclusión fáctica de causas ajenas al sobreendeudamiento como mecanismo determinante de la producción del presupuesto objetivo, y en particular, el déficit crediticio o la ausencia de crédito *lato sensu*.

si lo ha hecho por falta de liquidez, por verdadera incapacidad definitiva de pago, o, incluso, por falta de voluntad de pago. Ahora bien, la *amenaza de insolvencia* (par. 18 InsO), que es un presupuesto *especial* de apertura para el caso de instancia del deudor (insolvencia *voluntaria*), sí se define en términos *dinámicos* y no estáticos como la insolvencia, constitutiva del presupuesto genérico o general. Si el deudor prevé su incapacidad de pagar al vencimiento o exigibilidad de las deudas (18.II), puede *anticiparse* a la situación de insolvencia, y, no siendo *actualmente insolvente*, declararse como tal. El exceso de deuda o sobreendeudamiento es, en fin, en el caso de las personas jurídicas (o entes sin personalidad, por ejemplo, sociedades irregulares o en formación), el *otro presupuesto legal objetivo* al que anuda la regulación concursal alemana la eventual apertura del procedimiento. Consiste en el déficit patrimonial, y su enjuiciamiento es estático: actualmente, el pasivo exigible no es cubierto por los bienes y derechos del deudor (Cf. par. 19.2 InsO, a cuyo tenor *Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Notwendig ist die Aufstellung eines Überschuldungsstatus*; de esta suerte, la falta de cobertura (*Deckung*) del pasivo por el activo pasa a ser el dato relevante en el juicio de sobreendeudamiento (y por extensión, en el de insolvencia), independientemente de la capacidad de refinanciación.

⁷ La insolvencia es identificada con la impotencia ya en el Anteproyecto redactado en mayo de 2000 por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, donde se equipara a “situación en que el deudor no puede cumplir”, independientemente de la causa de esa impotencia, que no siempre tiene por qué ser un estado de patrimonio neto negativo; también puede el neto ser positivo, y sin embargo, haberse producido un debilitamiento o quebrantamiento del crédito tal que la salud del patrimonio sea irrecuperable, al modo en que se recogía en la propuesta de 1995: “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que, por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito, no puede cumplir puntualmente sus obligaciones”. Nótese que, en caso de insuficiente o inexistente crédito, la situación económica del deudor, si el neto es positivo, es, de nuevo, de *falta de liquidez*. Por tanto, hay una insolvencia equiparable al sobreendeudamiento, y otra identificable económicamente con la falta de liquidez unida a la falta de crédito. Pues no es pensable una situación de liquidez donde se dé el impago, naturalmente; pues, aun cuando no dispusiese de crédito comercial o bancario el deudor, éste, de contar con activos líquidos bastantes, atendería sus deudas con éstos, no llegando a provocarse la situación concursal. Excepto, claro, que no quisiese pagar. Pero estas consideraciones nos resitúan en una indefinición e indelimitación del presupuesto objetivo más propias del estado de la legislación antigua, especialmente en relación con la quiebra, que en el nuevo Derecho concursal. Por eso pone de relieve Juana PULGAR (*El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores*, en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, 62) que la LC retorna a los “tradicionales planteamientos centrados en la dialéctica insolvencia/falta de liquidez”; cf. ÍD, *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, 63-66.

Por lo demás, la impotencia se constriñe, en exclusiva, al deudor incapacitado para el cumplimiento “regularmente”. De esta suerte, se persigue, más que introducir un requisito adicional de puntualidad para configurar la noción concursal de insolvencia⁸, exigir la continuidad en el cese de los pagos como característica ínsita en la estructura de dicha noción. De esta suerte, quien incumple esporádicamente no será insolvente, *a contrario sensu*, y, quien incumple habitual o reiterativamente, en cambio, sí lo es, porque ha desatendido los pagos, más que en tiempo oportuno, con generalidad. Otra razón más para entender que resurge con fuerza la cuestión de la falta de deslinde conceptual entre insolvencia jurídica o impago generalizado, e insolvencia económica o desbalance patrimonial. En la redacción de la LC se suprimió no obstante el adjetivo “puntualmente” que subseguía a “regular”, en sede de enmiendas parlamentarias, con lo que parece cabal deducir la desvinculación del tenor definitivo del texto del elemento temporal referido al incumplimiento, asociado naturalmente a la falta de liquidez. En el texto definitivo, y congruentemente con la función de política legal prevista (el desempeño eficiente por el proceso de concurso de la distribución patrimonial, que no el saneamiento o reestructuración del patrimonio) se ha preferido, por tanto, estimar que si el deudor puede pagar, aun tardíamente, debe hacerlo, en aras de la satisfacción de sus acreedores. Ahora bien, la irregularidad en el cumplimiento es una cuestión fáctica sometida a prueba, que, por vía de la definición de insolvencia, se ha introducido, a nuestro juicio perjudicialmente, en la construcción del presupuesto objetivo. Éste debería haber sido rigurosamente aséptico o neutro respecto al número y secuencia de sobreseimientos⁹. No se hace así, desechándose los modelos estadounidense y alemán, y, por tanto, quedando reabierto el debate sobre el grado de liquidez, y su carácter definitivo, que devienen necesarios, no ya al efecto de apodarar o apellidar la insolvencia al modo de la LSP, sino, lo que es más grave, al de elucidar su producción *ad casum*.

En suma, los jueces podrían ahora declarar solventes a deudores que pueden cumplir regularmente gracias al crédito nuevo con que van sobreendeudándose sobrevenidamente; y declarar insolventes, empero, a deudores que sufren un estado gravísimo de falta de liquidez, siendo solventes económicamente, en la medida en que su equilibrio patrimonial no se pueda traducir en un cumplimiento “regular”. La consecuencia es palmaria: la solicitud del deudor que, considerándose económica-

⁸ En el sentido que expone PULGAR, “La aprobación de la reforma concursal en el Pleno del Congreso: *¿cambio de sentido de la reforma?*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 578, 22.05.2003.

⁹ La *Legge Fallimentare* italiana de 1942 adolece del mismo defecto, y abrió en el país transalpino un extenso debate sobre la noción de regularidad, donde las principales posturas se resumen así: para unos, equivale a cumplimiento puntual; para un segundo grupo de autores, es regular el cumplimiento asociado al uso de vías ordinarias, regulares o normales de pago (lo que excluye los pagos derivados de operaciones apresuradas, desde luego; cf. 2.4.3 LC); para otros, en fin, el sistemático o previsto según los vencimientos respectivos de las obligaciones exigibles (cf. PANUCCIO, *I profili sostanziali da considerare nelle prospettive di riforma della Legge Fallimentare*, *Rivista di Diritto Fallimentare* (1982), I, 12-29).

mente, insolvente, no lo es según el juez, puede rechazarse. En el extremo contrario, puede declararse insolvente a quien se reputa solvente a la vista de su balance¹⁰.

II. Eventualidad del contraste de producción de la incapacidad de pago en el concurso necesario

II.1. Generalidades sobre la comprobación de indicios en el concurso necesario

Cuando son los acreedores quienes piden el concurso (necesario), no se les exige que demuestren la insolvencia, lo cual sí ha de hacer en cambio al deudor en caso de concurso instado por éste (voluntario). Sí se impele en cambio a los acreedores, como es natural, a que apoyen su reclamación sobre determinados hechos que, conforme al criterio legal, permitan al juez asumir la producción efectiva del presupuesto objetivo. Ahora bien, resulta que esos hechos cualificados legalmente, los cuales resultan enumerados en el art. 2.4, no prueban la producción real del estado de insolvencia o impotencia patrimonial, sino que, tan sólo, sirven o muestran indicios suyos. Por tanto, el presupuesto objetivo *no* es aquí la propia insolvencia, sino ciertas manifestaciones indiciarias o denotativas, a saber, aquellas que selecciona el legislador.

Llegado este punto, reclama nuestra atención el *mecanismo probativo* de la insolvencia. Si ésta es necesaria, el acreedor ha de fundar la petición de apertura en título por el que se ha “despachado ejecución o apremio, sin que del embargo resulten bienes bastantes para el pago”, o en la “existencia de alguno de los siguientes hechos”, tasados a modo de *indicios* de insolvencia: sobreseimiento general, embargos que afecten a la globalidad del patrimonio, alzamiento, liquidación ruinosa o apresurada, o incumplimiento generalizado de deudas salariales, tributarias o con la Seguridad Social del trimestre previo a la petición (cf. 2.4 LC).

Por consiguiente, el acreedor, a diferencia del deudor en el concurso voluntario, no ha de demostrar la insolvencia en sede de apertura, sino sólo sus indicios. Ahora bien, esa demostración no basta para seguir el concurso, a cuya solicitud se puede oponer el deudor, quien ha de ser oído y debe ver los autos, para no quedar indefenso (cf. 15.1 y 184 LC; 24 CE). Sólo basta, pues, para incoarlo, determinando la admisión a trámite de la petición, con el consiguiente emplazamiento y personación del deudor, lo que disipa cualquier duda sobre la constitucionalidad de la LC, en cuanto éste puede defenderse, y el juez adoptar medidas cautelares en beneficio de la masa (17.1 LC). Sin embargo, pese a la posible adopción de éstas, los acreedores pueden verse desprotegidos en la medida en que el deudor decida, una vez avisado del concurso, perjudi-

¹⁰ De ahí que, con mesurado y prudente juicio, abogue PULGAR (*El presupuesto objetivo de apertura*, 67) por una interpretación restrictiva de los “amplios términos en que se define la insolvencia en la nueva Ley Concursal”.

car a la masa. De otra parte, las cautelas judicialmente adoptadas pueden venir justificadas aun cuando no se produzca la comprobación real del estado de insolvencia, lo cual puede suceder y sucederá de hecho según la configuración legal del concurso necesario. Si la finalidad de las medidas cautelares es el aseguramiento judicial de la “integridad del patrimonio del deudor” (17.1 LC), resulta congruente con la finalidad del precepto y con el espíritu de la Ley, sustanciado en la protección de los acreedores, preservar determinadas parcelas del patrimonio concursado, o promover la conservación global del mismo mediante medidas administrativas, de gestión financiera o de otra naturaleza capaces de fortalecer los créditos de la masa, independientemente de que se compruebe o no la existencia de un desbalance patrimonial¹¹.

En definitiva, el sistema de comprobación del presupuesto objetivo del procedimiento es eventual, indiciario y previo, cuando el concurso es necesario o instado por acreedores. Respecto a la característica de eventualidad importa resaltar que no se trata sólo de que el Juez, en efecto, no compruebe “en todo caso la situación económica de fondo existente tras los hechos externos del art. 2.4 LC”¹²; es que ni siquiera tiene por qué comprobarla, y, de hecho, no la comprobará en la mayoría de los supuestos, en la medida en que lo que deba constatar no es la insolvencia o impotencia patrimonial, sino sus indicios. Cuestión distinta es que, a consecuencia de la comprobación indiciaria, pueda el juez en muchos casos deducir racionalmente la producción del estado de insolvencia. Pero esto es irrelevante, pues *la insolvencia o incapacidad económica de pago se ha desvinculado en buena medida, por ministerio legal de la apertura del concurso necesario*.

Efectivamente, lo relevante para que prospere el procedimiento concursal voluntario *sin contraste de insolvencia* es que el deudor se allane o no a la petición de los acreedores. En efecto, cuando el deudor no se opone, o insta su concurso antes de ser emplazado (actuación que, por cierto, no torna al concurso en *voluntario sobrevenido*, por lo que el deudor no disfruta de la mera intervención -y no reemplazo- de los gestores patrimoniales, ni del privilegio general del acreedor instante por la cuarta parte del monto del crédito no subordinado -cf. 18.1, 22.1, 22.2, 40 y 96.1 LC: el deudor no es primer instante; lo fue ya, en cambio, un acreedor suyo-), continúa el procedimiento sin que haya lugar a comprobar el estado del patrimonio, vale decir, prosiguen las actuaciones sea cual sea la capacidad real de satisfacción de los acreedores acreditados en los estados patrimoniales, según la situación genuina del deudor, a quien puede interesar continuar siguiendo esa senda procesal por varios motivos, especialmente si prevé reducciones futuras de las deudas.

Contrariamente, si el deudor comparece según lo previsto en el art. 18.2 para combatir el procedimiento, puede que llegue a probarse cuál es la situación patrimonial. *Pero no siempre sucede así*; sólo habrá lugar a un examen pleno de la capacidad

¹¹ En contra, PULGAR (*El presupuesto objetivo de apertura*, 117).

¹² *Ob. cit.*, 114.

solutoria si la oposición se va a fundar, según facultad (que no obliga) la Ley, en la “prueba de solvencia”, soportada documentalmente en la contabilidad cuando el deudor está obligado legalmente a llevarla. Sólo en tales supuestos jugará la solvencia como genuino presupuesto objetivo (negativo), y será relevante el nivel de capacidad satisfativa del deudor, aun cuando se acrediten como efectivamente producidos los hechos alegados en el proceso como constitutivos de (aquí falsos) indicios de insolvencia. En todos los demás casos en los cuales el deudor no opta por la prueba de la solvencia real, cuando éste, pese a eludir dicha prueba, desee zafarse del concurso, no tendrá otro remedio que probar la “inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud”. Y, siguiendo esa vía, tanto si logra esa prueba como si no, tampoco se habrá dado un enjuiciamiento real de la capacidad de pago, pues todo el análisis procesal habrá girado en torno a la prueba del hecho indiciario, descartándose un análisis de fondo directo o inmediato sobre dicha capacidad. Eso no significa, naturalmente, que el juez permanezca ajeno a la situación económica del deudor cuando realiza sus indagaciones. Cuando la oposición se funda en la prueba de inexistencia de los indicios, dicha demostración puede apoyarse o completarse mediante la propia prueba de solvencia, enervante de la virtualidad de los indicios. Así, por ejemplo, si el hecho determinante del concurso ha sido el impago de deudas salariales exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud, y se demuestra el pago de dichas deudas, no habiendo otros síntomas de incapacidad de pago que demuestren un desequilibrio patrimonial o un sobreendeudamiento, puede racionalmente deducirse la solvencia, sin que, sin embargo, dicha solvencia haya quedado definitiva e incontrovertiblemente acreditada.

II.2. El sistema de comprobación y los riesgos y costes de las partes en la incoación del concurso

Mucho se ha escrito sobre los peligros que arrostran los interesados durante la iniciación del procedimiento concursal merced a las facultades que se conceden a la contraparte. Sin embargo, estos peligros no vienen, a mi juicio, ligados a la nota de eventualidad de la comprobación de la insolvencia. Es cierto, por ejemplo, que la audiencia del deudor, necesaria para promover su tutela efectiva cuando el concurso es necesario, puede poner sobre aviso al fraudulento para que recomponga u oculte el patrimonio en perjuicio de los acreedores. También es cierto que la indemnización que puede pedir el deudor por los daños que le inflija la solicitud de concurso injustificada, o las medidas cautelares de protección del patrimonio, si persisten “serias dudas de hecho o de derecho” (20.1 LC), puede resultar desproporcionada para los acreedores instantes de buena fe. Ahora bien, estos costes y riesgos no se superarían en caso de determinarse el carácter necesario de la comprobación de insolvencia, o se sustituirían por otros como el riesgo (cierto) de enjuiciamiento erróneo de la insolvencia (en perjuicio del deudor) o de la solvencia (en perjuicio de los acreedores), así como los propios costes de comprobación, que pueden ser elevados.

Más allá de los problemas de incongruencia y déficit de sistemática legal que trae la asimetría regulatoria de la comprobación de insolvencia en los casos de concurso necesario (eventual) y voluntario (forzosa; v. abajo, III), está extendida en la doctrina la idea de que los riesgos que para los acreedores se siguen de la audiencia al deudor se reducirían considerablemente promoviendo una comprobación forzosa del estado de solvencia, en la medida en que dicha comprobación permitiría objetivar la situación de sobreendeudamiento, y determinar si la pretensión de los acreedores instantes está justificada¹³. Sin embargo, entendemos que dicha justificación no reside en el examen de solvencia, precisamente porque éste no ha sido configurado por la Ley *fáctica*, y *sí sólo nominal y formalmente* (art. 2.1 y 2.2 LC) como presupuesto objetivo, en el caso del concurso necesario (cf. art. 2.4). Lo que prima en la realidad procedimental, cuando el concurso viene instado por acreedores, es la demostración indiciaria, y por lo mismo, los costes y beneficios del proceso vienen indeclinablemente ligados a esa demostración, y no a la prueba real de solvencia.

III. La imposible comprobación necesaria a priori en el concurso voluntario

III.1. El autojuicio de insolvencia por el deudor

Cuando el deudor pide el concurso (voluntario), ha de “justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia” (2.3 LC), requisito dual que merece aplauso en cuanto garantiza la distribución racional de costes en sede de apertura del procedimiento. Ahora bien, el mismo precepto amplía el elenco de posibilidades de autoenjuiciamiento de solvencia, así como las opciones temporales del deudor, al facilitar la solicitud alternativa en los casos tanto de insolvencia “actual” como en los de insolvencia “inminente”¹⁴.

¹³ *Ob. cit.*, 118-120. La autora parte de la premisa de que la opción del deudor por evitar la verificación externa de la insolvencia, allanándose a la pretensión de los acreedores instantes, le beneficia injusta o injustificadamente. Sin embargo, no se ve cómo un allanamiento pre pactado con el instante (dejando previa y sencillamente de pagar para permitir la incoación del concurso forzoso por el instante, y ocultar así el examen de solvencia) pueda revertir en su provecho (pues el resultado procesal es el mismo se pruebe o no la solvencia), salvo que se repunte provechosa *extraconcursumente* alguna circunstancia ajena a los efectos del concurso sobre el patrimonio del deudor, como, p.e., la exclusión de terceros acreedores de futuros convenios. En efecto, siempre beneficia más al deudor evitar el concurso que proseguirlo, *ceteris paribus*. De otro lado, los costes para el deudor son superiores en el caso de concurso necesario (con allanamiento pre pactado) que en el de voluntario, pues la LC, pese desconocer la *discharge* o *Restschuldbefreiung*, beneficia al deudor instante con el control prolongado de administración (40.1 LC), mientras que en caso de concurso necesario cabe que un acreedor inste medidas cautelares asegurativas del patrimonio (cf. art. 17.1), posibilidad fuera del control del deudor (incluso si está *conchabado* con el *instans creditor*) que hace preferible siempre el concurso optativo al necesario, al menos desde el ángulo de los costes no voluntariamente asumidos por el que atraviesa dificultades de pago.

¹⁴ Entre otros antecedentes de esta regla se halla el art. 870 C. de c., que permitía al deudor solvente económicamente, esto es, con “bienes suficientes para cubrir todas sus deudas”, constituirse en “suspensión de pagos” si previese “la imposibilidad de efectuarlo a la fecha de sus respectivos vencimientos”. No se trata de un

La política legal preventiva que permitía la apertura anticipada, es decir, anterior a la insolvencia, se proclamaba en el Anteproyecto de 1983, cuyo artículo 9 reputa situación crítica o “económica difícil”, aquella que “lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos”. Aquí, el presupuesto objetivo del único procedimiento concursal previsto, el concurso, se identifica con la insolvencia actual o potencial, sin referencia al carácter inminente de la amenaza que ahora se proclama. Por tanto, la anticipación era, en ese texto legal, general o universal desde el punto de vista de las situaciones potencialmente derivables en insolvencia. Hoy, en cambio, se limita el espacio de aplicación del concepto de amenaza o dificultad patrimonial grave, esto es, derivable en insolvencia, dejándose circunscrita al terreno de lo inminente, concepto indeterminado de difícil concreción.

De otro lado, se reserva el juicio de inminencia al deudor, en cuanto que sólo a éste se le faculta para estimar la existencia y magnitud de la amenaza de insolvencia que sobre él se cierne, por una parte, y por otra, considerarla acuciante o acechante, al efecto de optar por anticiparse y, así, facilitar la salvación o recomposición del patrimonio, o bien una mejor posición negociadora en el convenio, y, en todo caso, pertrechar la masa activa de ulteriores deterioros, en provecho de los titulares de la masa pasiva. En cualquier caso, no vemos la razón de impedir que los acreedores realicen su propio juicio de inminencia, siendo, como es, razón inspiradora de todo el nuevo entramado concursal, la tutela del crédito cuya ejecución pretenden los concurrentes. No parece argumento consistente para negar la opción evaluadora de la inminencia a los acreedores el hecho, cierto por lo demás, de que los concursados futuros conocen mejor su situación actual y, sobre todo, a corto plazo, que sus acreedores. Sobre todo considerando que, especialmente en el caso de las sociedades cotizadas, la información básica

instituto concursal anticipativo como el dispuesto, entre otras, por la *loi* 84/148, de 1 de marzo, de *prévention te régimelement amiable des entreprises dans difficulté*, donde se regulan las previsiones de insolvencia precisamente para evitar el expediente concursal; se trata, en cambio, de trasladar esa función preventiva al ámbito concursal estricto, siguiendo la línea europea generalizada desde hace un par de décadas. Cf., p.e., 18 y 19 InsO; confunde PULGAR la inminencia con la incapacidad de pago al traer a colación la *Zahlungsunfähigkeit* ex 18 InsO, v. *ob. ult. cit.*, 71; en realidad es la amenaza de dicha incapacidad (*Drohende Zahlungsfähigkeit*) el concepto relacionado con la anticipación o previsión del deudor de la insolvencia inminente, que es percibida como amenazante en los términos en que se configura en el par. 18 InsO un presupuesto *especial* de apertura, para el caso de instancia concursal *voluntaria*, donde la insolvencia reviste una dimensión *dinámica* y no estática, además de constituir un presupuesto genérico o general. Si el deudor prevé su incapacidad de pagar al vencimiento o exigibilidad de las deudas (18.II), puede *anticiparse* a la situación de insolvencia, y, no siendo *actualmente insolvente*, declararse como tal, como puede hacer hoy acordemente con nuestra LC. El exceso de deuda o sobreendeudamiento es, en fin, en el caso de las personas jurídicas (o entes sin personalidad, por ejemplo, sociedades irregulares o en formación), el otro presupuesto al que anuda la regulación concursal alemana la eventual apertura del procedimiento. Consiste en el déficit patrimonial, y su enjuiciamiento es estático: actualmente, el pasivo exigible no es cubierto por los bienes y derechos del deudor (cf. par. 19 InsO). En nuestra LC, nótese bien, del mismo modo que en el caso de la *Aktuell Zahlungsfähigkeit* y, por extensión, en el de la *Drohende Zahlungsfähigkeit*, el deudor es insolvente cuando *estima, asume y proclama* que su insolvencia será estructural o estable, y que, por consiguiente, no podrá atender sus deudas exigibles con regularidad.

disponible sobre las líneas de negocio futuras, a través del informe de gestión, de la memoria, del informe anual de gobierno corporativo, y de los avances de resultados trimestrales o periódicos, en su caso, facilitan, junto con la propia marcha de la cotización, un conocimiento suficiente como para realizar estimaciones consistentes sobre el grado de dificultad patrimonial en que se halla la sociedad¹⁵.

La insolvencia se articula, según venimos exponiendo, en torno a la incapacidad de pago, y al propio impago de determinadas deudas como circunstancia denotativa de incapacidad, pero no en torno a la demora en el pago. Pese a lo cual, en el caso de la insolvencia prevista como inminente, sí toma el legislador en consideración la demora o impuntualidad. Si el estado de insolvencia puede ser “actual o inminente” (2.3 LC) e insolvente “inminente” es quien “prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente” (2.3, *in fine*), resulta que el deudor que prevea que cumplirá regular pero impuntualmente (con retraso), así como puntual pero irregularmente (esporádica o fraccionadamente, aunque a tiempo), es declarable insolvente.

El presupuesto objetivo, desde esta óptica, alcanza una *dimensión preventiva de la morosidad* que, cabalmente, no excede de los fines del Derecho concursal establecidos por el legislador al modelar el presupuesto objetivo, a saber, combinar “las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores”¹⁶. Sin perjuicio de lo cual, es preciso situar el ámbito propio de la prevención de la morosidad en la legislación crediticia y en la nueva legislación sobre lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales¹⁷. Igual propósito preventivo y anticipador, en aras de la amortiguación de costes y de la maximización de utilidades conjuntas de los agentes involucrados, persiguen las medidas sancionadoras del deudor que no solicita la apertura cuando la Ley le conmina a hacerlo, así como el privilegio otorgado al acreedor instante hasta la cuarta parte del importe de su crédito¹⁸.

¹⁵ La Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades (BOE 7, de 4.01.2004) dictada en substancia para habilitar a la CNMV al desarrollo de la regulación de las materias citadas en los arts. 82.5, 116 y 117 LMV (los dos últimos introducidos por la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la LMV y la LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas; cf. adicional tercera de esta Ley), impone en su art. 1.1.d a las sociedades anónimas cotizadas la obligación de incluir en el informe anual de gobierno corporativo mención sobre la existencia y descripción de los “sistemas de control de riesgo relacionado con las actividades de la sociedad”. La estructura y eficacia de dichos sistemas resulta decisiva para la detección y prevención de posibles situaciones de crisis, siempre que resulten adecuados a la naturaleza de las actividades sociales y a sus prácticas comerciales o de mercado.

¹⁶ E. de M. LC, II, incisos octavo y noveno.

¹⁷ Directiva 2000/35, del Parlamento y del Consejo, de 29.06.2000, cuya transposición prevé el Proyecto de Ley núm.162-1 (1.06.2003, BOCG Serie A). Ahí se establecen medidas *pro creditore* más interesantes que la inclusión en la masa pasiva, como el establecimiento a su favor de una reserva de dominio en garantía de la deuda, o un procedimiento sumario que le habilite para obtener título ejecutivo y cobrar la deuda en un plazo máximo de tres meses a contar desde la presentación de la demanda.

¹⁸ *Ibidem, infra*.

En definitiva, prevenir la morosidad no es el propósito de la legislación concursal, pero es un beneficio colateral cobijable en ese sector del ordenamiento, en interés general. Por eso no parece descabellado admitir la apertura del concurso cuando se prevea la morosidad, si ésta precede razonablemente a una situación de insolvencia, así en la acepción económica como en la jurídica del término y tradicional en nuestro Derecho concursal (874 C. de c.: sobreseimiento, que es colectivo o “general” en el ámbito del art. 2.4 LC –declaración necesaria–, pero que es también general o estructural en el sentido del 2.2 LC –en sede de concurso voluntario–, pues cumplir “regularmente las obligaciones exigibles” no puede entenderse sin relación a la generalidad de la masa pasiva)¹⁹.

III.2. Obstáculos intrínsecos o paralegales para la correcta autodelimitación del presupuesto objetivo

A la indeterminación de la inminencia, y por tanto, a la precaria delimitación temporal del presupuesto objetivo, se une otro obstáculo, de muy superior calado, para la comprobación de la incapacidad de pago del deudor voluntariamente concursado: la indeterminación legal de los elementos integrantes de la noción de insolvencia. En efecto, la “insolvencia del deudor común”, es inteligible, en distintos ordenamientos mercantiles o privados, y según épocas y políticas regulatorias, bien como mera circunstancia fáctica de impago, bien como falta de liquidez o incapacidad de pago de las deudas a medida que van venciendo, o, bien como impotencia estructural o inatendibilidad de las deudas por exceso de éstas respecto a los bienes del deudor. Sobreendeudamiento es el déficit del patrimonio *neto*, o valor negativo de la diferencia entre activo real o efectivo y pasivo exigible por los acreedores. Literalmente, significa exceso de deudas; donde el exceso, naturalmente, significa imposible cobertura o atención puesta en relación con el valor actual de los bienes y derechos que, en el caso de los comerciantes o empresarios, figuran reconocidos contablemente como activos en el Balance patrimonial, y que, a efectos de publicidad formal y material y, en particular respecto de los acreedores, se encuentran disponibles en el patrimonio para una eventual satisfacción de sus créditos²⁰.

¹⁹ En contra, PULGAR (*ob. cit.*, 75-76) entiende que la previsión de un incumplimiento retrasado no justifica la apertura, bajo la consideración de los principios inspiradores de la reforma. Sí creemos, como la autora, que el pronóstico del deudor y la indeterminación sobre el plazo de previsión son elementos creadores de inseguridad jurídica. No así la falta de contemplación de las obligaciones futuras (no contraídas), que entendemos deben comprenderse en el pronóstico, de conformidad con las previsiones presupuestarias o planes estratégicos u operativos corrientes del deudor. Recordemos que las obligaciones vencidas no exigibles aún sí han de computarse en la previsión, a diferencia de cómo sucede en el caso de la insolvencia actual, donde sólo computan las obligaciones ya exigibles (cf. 2.2 y 2.3 LC).

²⁰ Se da el superendeudamiento, recordemos, si el patrimonio no cubre las obligaciones reconocidas en el balance del comerciante deudor, esto es, cuando el valor (*ide* realización/mercado, o de adquisición/histórico? –*vexata quaestio*–) de los activos no supera actualmente el de los créditos reconocidos en dicho documento (par. 19.II de la Ordenanza Concursal alemana).

Resulta la Ordenanza concursal alemana de 1994, vigente desde 1999, ser uno de los textos legales vigentes en nuestro entorno económico y político europeo donde con mayor precisión y claridad se identifica la noción técnico-jurídica procesal con la económica substantiva de insolvencia, a la sazón equivalente a desbalance o déficit patrimonial; vale decir, es insolvente económicamente aquel cuyo patrimonio neto, *estática o instantáneamente considerado* y medido, resulta negativo, por apreciarse contablemente un exceso del pasivo exigible sobre el activo realizable total del deudor. Parece, al menos en el contexto legislativo alemán, que el concepto de desbalance o déficit es exclusivamente instantáneo o estático, en cuanto el desequilibrio patrimonial se da *actualmente*, se estima en el momento oportuno para permitir la apertura del procedimiento concursal, específicamente en torno al patrimonio de un empresario. La valoración de ese patrimonio ha de realizarse, si bien estáticamente, sobre la base de continuación de la actividad del deudor, y no sobre la base de disolución de la persona jurídica o de desaparición de la empresa del mercado. En términos contables, esta disposición significa la aplicación imperativa del principio contable generalmente aceptado de *empresa en funcionamiento*, y el correlativo rechazo, a efectos de la evaluación patrimonial del deudor, del principio, también aceptado por la comunidad científica precisamente para el caso de liquidación del patrimonio, de *empresa en liquidación*. Cuando debe jugar este último principio, no es en absoluto improcedente, sino todo lo contrario, apoya aquel otro básico de prudencia valorativa (de siempre necesaria estimación hábil para obtener la imagen fiel de la situación financiera del deudor) el operar registral o contablemente consignando el valor de los bienes y derechos patrimoniales por su precio o estimación actual de mercado, en lugar de por su coste histórico o valor neto contable, como es propio de un *going concern*. Y, *sin duda, la empresa que se reputa insolvente debe evaluarse por su valor de mercado (liquidativo)*²¹.

Habiendo de vender apresuradamente los bienes la administración de la masa, una vez declarado abierto el concurso judicialmente, y aun antes, cuando se está precaviendo esa apertura, no sólo se pone en riesgo el patrimonio empresarial contra el interés de los acreedores que tutela la Ley, sino que la propia aplicación del principio contable de empresa en liquidación, supondrá reflejar las pérdidas en venta de activos como pérdidas directamente imputables al patrimonio, sin opción de diferimiento o “activación”: lo cual se corresponde exactamente con la realidad dramática de la situación liquidativa.

²¹ Esta apreciación es congruente con una concepción dinámica del patrimonio social que no aplica el legislador alemán al formular su idea de sobreendeudamiento, por presumir, a nuestro juicio erróneamente, la incapacidad de la sociedad para disfrutar de crédito personal, a diferencia del deudor societario (cf. K.SCHMIDT, *El derecho de insolvencia alemán, entre la crítica y la reforma*, Revista de Derecho de Sociedades 6, trad. F. ARIAS, 490-492; ÍD., *Konkursgründe und Präventiver Gläubigerschutz. Ein Beitrag zur Diskussion um den Konkursgrund der überschuldung, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift fuer das Gesamteaktienwesen)* 1978, 335-337).

Efectivamente, si los procesos concursales liquidativos están orientados básicamente a realizar los activos, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, el patrimonio del deudor pierde valor por causa de la precipitación con que se lleva a cabo la liquidación, y asimismo por el efecto anuncio del proceso concursal. A la hora de aplicar el principio contable de empresa en liquidación, por regla general, los gestores del patrimonio concursal encontrarán la masa activa sobrevalorada, en la medida en que los activos que la integran se hallen contabilizados a un valor superior al de realización. De ahí la paradoja del principio de empresa en liquidación: viniendo aplicable a activos en proceso de liquidación concursal (cf. par. 19.II InsO: sólo rige el principio de empresa en funcionamiento allí donde sea *verosímil* que la empresa vaya a seguir funcionando según la mayor parte de las circunstancias del caso, esto es, cuando sea creíble que la empresa vaya a continuar porque sea viable económico-financieramente y, por tanto, haya devenido factible la continuación de su actividad -*Fortführung des Unternehmens*-; en caso contrario, rige el principio de empresa en liquidación), sin embargo refleja pérdidas reales por lo general, indeseables desde el punto de vista de la finalidad maximizadora del patrimonio que persigue cualquier concurso, sea liquidativo o conservativo.

Incontrovertiblemente, una comprobación exhaustiva real (*factual, dixit HABERMAS*) de la viabilidad a priori, sin perjuicio de las anteriores consideraciones, es imposible. De ahí que la aplicación de preceptos como la reserva de aplicación del principio contable de empresa en liquidación al supuesto de no continuación por inviabilidad reviste dificultad extrema. Es preciso, además, determinar quién enjuicia la viabilidad con credibilidad e independencia (¿goza de estos atributos cualquier administrador del concurso?) En segundo lugar, es asimismo indeclinable pronunciarse acerca de qué circunstancias se reputan relevantes para enjuiciar la verosimilitud de la continuación. Y, en tercer lugar, es absolutamente necesario depurar el ámbito necesario de exclusión del juego del propio principio de empresa en funcionamiento. Resulta que, para probar judicialmente la significación concreta de lo que se ha de calificar como “situación de insolvencia” es ineludible la evaluación y medición del patrimonio.

Así lo viene a corroborar, sin dispendio gramatical, para el caso del Ordenamiento español, el nuevo art. 2.3 LC, según el cual, cuando la solicitud de concurso es instada por el deudor, este ha de “justificar” (vale decir, probar), su “endeudamiento”. Y por endeudamiento hay que entender, naturalmente, exceso de endeudamiento en comparación con el activo disponible para la satisfacción corriente o normal (es mejor decir esto que “inmediata”, dado el carácter dinámico del patrimonio) de los créditos que motivan la gravedad de la situación de desequilibrio financiero.

Para responder congruentemente a la lógica de la insolvencia económica como presupuesto objetivo, naturalmente, el *superendeudamiento o sobreendeudamiento*, según lo advertido en líneas precedentes, debe ser *patente*, y no confundirse con una

situación transitoria de *falta de liquidez* o insuficiencia de medios de pago²², o con una *infracapitalización*²³; y, además, debe ser estructural, no circunstancial o coyuntural.

La precedente observación merece atención detenida, porque, precisamente, la exigencia legal de un carácter estructural o sostenido en la insolvencia, irreversible además por haberse dañado o inutilizado, además, el recurso al crédito, es la que permite segmentar entre las empresas insolventes (inviabiles) y aquellas otras viables, en cuanto deudores susceptibles de recuperación vía crédito, reestructuración patrimonial o saneamiento impeditivo de su calificación judicial como insolventes, según criterios de razonabilidad o racionalidad (o, según prefiere la InsO, de *wahrscheinlichkeit* o probabilidad cierta de realización). Así lo tiene declarado recientemente el *Bundesgerichtshof*, recogiendo una doctrina bien consolidada que flexibiliza el *timing* a la hora de evaluar la insolvencia, y permite proclamar un principio de *segmentación temporal* entre la realidad económica del presupuesto objetivo y la marcha del procedimiento concursal, en interés común de deudor y acreedores²⁴.

²² Resulta siempre relativamente más aclaratoria la expresión “falta de liquidez” que la de “insuficiencia” para designar la situación económica de imposible cobertura de las deudas que han vencido o que están a punto de hacerlo, porque la “insuficiencia de medios propios” (*ad litteram*, artículo 6 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal redactada por A. ROJO –12.12.1995- según bases comunicadas por el Ministerio de Justicia a la Comisión General de Codificación el 23.06.1994, y titulada *Materiales para la reforma del Derecho Concursal*, Suplemento al Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior nº 1768) se ha concebido en otras ocasiones como presupuesto objetivo del concurso, equiparándose a insolvencia, y por tanto, conservando toda la carga anfíbológica de que adolece esta última expresión.

²³ O insuficiencia de los recursos propios para atender las necesidades financieras de la sociedad, medible por la relación entre recursos propios y ajenos (*debt-equity ratio*), y no por la relación entre activos y deudas, o entre bienes, derechos y obligaciones, como es propio de la insolvencia. La *infracapitalización* no denota incapacidad de pago (insolvencia), exceso de deudas vencidas o próximas a vencer en relación con los bienes y derechos del deudor (falta de liquidez), y tampoco insuficiencia del capital para desarrollar el objeto social (así lo entiende, no obstante, LLEBOT, *La geometría del capital social*, *Revista de Derecho Mercantil* 1999, 77), sino exceso de deudas en general, esto es, sobreendeudamiento, pero *no en relación con el activo, sino con los recursos propios totales* (capital y reservas deducidos los resultados negativos acumulados en ejercicios anteriores, sustancialmente). Lo cual beneficia al deudor en la medida en que la rentabilidad de los recursos propios sea superior por estar la empresa fuertemente *apalancada* (*leveraged*), pero le perjudica en la medida en que incrementa su riesgo financiero, dependiendo el efecto conjunto, principalmente, de la rentabilidad de los recursos propios en relación con el coste de mantener recursos ajenos (cf. PAZ-ARES, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, *Anuario de Derecho Civil* 1983, 1597-1607; ÍD, *La infracapitalización. Una aproximación conceptual*, *Revista de Derecho de Sociedades* 1994, 253-257; MASSAGUER, *El capital nominal. Un estudio del capital de la sociedad anónima como mención estatutaria*, *Revista General de Derecho* 1990, 5567; BAYONA, *Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en las sociedades anónimas*, *Cuadernos de Derecho y Comercio* 1996, 179-191; GUASCH, *La doctrina de la infracapitalización*, *Revista de Derecho Mercantil* 1999, 1506-1514).

²⁴ Acordemente, BISBAL MÉNDEZ (RDM 1996, 897) sostenía la tesis de “neutralidad del procedimiento respecto a la situación patrimonial del deudor”, propugnando la posposición del juicio económico hasta el momento del auto de declaración del estado del suspenso, en lugar de realizarlo definitivamente en el momento de la providencia de admisión judicial a trámite de la documentación del deudor; y ello “sea cual sea la conceptualización de la insolvencia”, de suerte que el proceso resulte inmune al estado económico-patrimonial, especialmente si la impotencia de pago se agrava a lo largo de la investigación judicial o pericial del estado financiero, o del necesario análisis del *credit risk*.

En todos los casos en que se introduzca el elemento valorativo flexibilizador del *tempus aestimationis*, la prueba que se hace del superendeudamiento no es, a la postre, plena, sino puramente *indiciaria*. De los indicios resulta un juicio (subjetivo) de endeudamiento. La relevancia del acto de apreciación judicial del sobreendeudamiento como estado personal de *convicción* sobre la concurrencia del presupuesto objetivo, a efectos de proveer a la apertura del procedimiento, se pone de manifiesto reiteradamente en la jurisprudencia, en la medida en que para declarar la situación concursal es preciso determinar que se ha llegado a la situación *objetiva* de insolvencia, y que se ha llegado a ella en un momento determinado, el cual debe ser apreciado por el Juez, a su vez, como señala la doctrina sobre la retroacción, para determinar el alcance temporal de la reordenación del patrimonio que supone la propia incoación del procedimiento concursal²⁵.

IV. Conclusión: la apreciación forzosamente subjetiva del llamado presupuesto objetivo

La conclusión de lo antecedente no puede ser sino la imposible objetivación del presupuesto objetivo, por varias razones. Una, la flexibilidad de la noción económica de insolvencia, incluso una vez superado por convenio (todavía esa superación no es plena en la LC) el problema de su anfibia. Otra, la introducción inevitable del elemento temporal en la evaluación del patrimonio, sea por parte del deudor, sea por parte de los acreedores o sus representantes, sea, en fin, por parte del juzgador. Y una tercera, sobre la que por razones obvias no podemos extendernos aquí, la inexactitud misma del juicio de valor del patrimonio del deudor, dependiente de los sistemas de valoración de las propias partidas de activo y pasivo.

De esta suerte, no sólo resulta difícil conocer la solvencia a la vista de las expectativas de funcionamiento futuro del deudor según la rentabilidad, fuentes de financiación y expectativas de evolución de su crédito²⁶, sino que el juicio de existencia del estado de impotencia o insolvencia deviene problemático, incluso, a la hora de

²⁵ El fundamento jurídico cuarto del *Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de febrero de 1995* (AC 1995/805), hace apoyatura en la doctrina general que “sobre la retroacción de la quiebra tiene declarado la STS de 17 marzo 1988”; es doctrina jurisprudencial que, “poniendo en relación el precepto general del art. 874 CCom con el específico en materia de retroacción contenido en el art. 878 CCom, es preciso llegar a la conclusión de que los efectos retroactivos sólo pueden tener lugar por dos causas: a) porque sea preciso rectificar la fecha en que se produce el *verdadero sobreseimiento* general en el cumplimiento de las obligaciones, es decir, porque ha existido un sobreseimiento de hecho anterior a la fecha de su declaración oficial, en cuyo caso la retroacción lleva consigo la nulidad de todos los actos realizados por el deudor en aquel período de tiempo (cfr. TS 1.ª SS. 19 abril 1919, 13 mayo 1927, 21 febrero 1930], 7 marzo 1931, 9 junio 1932 17 marzo 1958 y 21 y 28 mayo 1960; o b) porque se tengan noticias de actos concretos llevados a cabo por el deudor en período anterior a la declaración de quiebra con evidente mala fe y sin más propósito que perjudicar a los acreedores (cfr. TS 1.ª SS. 9 junio 1932, 16 febrero 1933 y 27 febrero 1965)”.

²⁶ SCHMIDT, *Konkursgründe*, cit., 334.

decidir una recta aplicación de los principios contables que han de suministrar la imagen fiel de la situación financiera en supuestos de crisis. El modo de aplicar los principios contables determina el juicio de solvencia, pero, a su vez, la necesidad de prolongar o acortar la distribución del patrimonio entre los acreedores puede llevar a los administradores a reconfigurar aquella aplicación, incluso dentro de un estricto respeto de las normas imperativas en materia de contabilidad. Lo cual introduce una seria distorsión en el inicio del proceso concursal, entre otros factores aquí no considerados, como la posibilidad de impugnar, sobre la base de una conculcación grave de los preceptos imperativos aludidos (y especialmente los relativos a la aplicación de los principios contables materiales), los acuerdos anteriores a la apertura del procedimiento relativos a la aprobación de las cuentas anuales, precisamente aquellas donde se contiene el balance que sirve de soporte al cálculo del neto patrimonial²⁷.

La LC exhibe, sin duda, un presupuesto económico²⁸ único, la insolvencia actual o inminente *omnibus debitoribus*, prescindiendo de una noción cualificada de desbalance o superendeudamiento que opere, como en el modelo alemán, a modo de presupuesto “objetivo”, estático, teleológicamente anticipativo y adicional al general (impotencia económica).

El sobreendeudamiento constituye, en fin, una modalidad más de insolvencia en nuestro ordenamiento, donde insolvencia puede, alternativamente, significar impotencia actual, impotencia futura razonada, o, incluso, potencia patrimonial unida a una falta de liquidez incapacitante o inhabilitante para la cobertura ordinaria a lo largo de los vencimientos próximos²⁹.

Resumen

La nueva Ley Concursal impone formalmente la unidad de presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia. Tras la aparente homogeneidad conceptual de dicho presupuesto se oculta un desdoblamiento ligado al modo de instar el procedimiento (concurso necesario y voluntario). El trabajo establece las relaciones entre la insolvencia y sus indicios reveladores, poniendo de relieve las dificultades probatorias y de aplicación de ambas nociones, tanto para los interesados como para el juez.

Palabras clave: insolvencia, presupuesto objetivo del concurso, concurso voluntario y necesario, indicios de insolvencia, iliquidez, sobreendeudamiento.

²⁷ Conforme, VICENT, en A. ROJO (dir.), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid 1987, 286-290.

²⁸ Como presupuesto *no económico* opera, recordemos, según la disposición transitoria primera de la LC, el incumplimiento de un convenio anterior a la entrada en vigor de la Ley, decretado judicialmente, y que “gane firmeza” posteriormente. En tal caso el concurso se abre de oficio “a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación” regulada en la LC.

²⁹ Conforme, PULGAR, *El presupuesto objetivo de apertura*, 95, proclamando la irrelevancia de la causa de la incapacidad de pago en el marco del art. 2.2 LC.

Summary

The new Insolvency Act sets down the presupposition identified with insolvency. The apparent conceptual homogeneity of such conceals a split associated with the mode in which proceedings are brought (involuntary and voluntary bankruptcy). This study explores the relationship between insolvency and its warning signs, highlighting the difficulty concerning probative evidence as well as the application of both notions for the interested parties and the judge.

Key words: insolvency, insolvency presupposition, involuntary and voluntary bankruptcy, signs of insolvency, illiquidity, overdebtedness.