

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

Mi intervención tiene que comenzar necesariamente recordando que en los ordenamientos más avanzados se han elaborado tesis doctrinales que dudan de la conveniencia de mantener procedimientos judiciales dedicados a resolver los problemas derivados de las crisis empresariales. Junto a tesis nihilistas, que propugnan la supresión del Derecho concursal, sobre la base de que, integrado por un conjunto de normas ineficientes, carecería de justificación económica, otras tesis, más constructivas, proponen su sustitución por cláusulas contractuales específicas que solucionen sin costes el problema de la insolvencia. Aunque estas tesis tienen el indudable mérito de llamar la atención sobre los costes del procedimiento concursal, que, en ocasiones, llegan a obstaculizar el cumplimiento de su finalidad, y han de ser tenidas en cuenta a la hora de reflexionar sobre el nuevo derecho, parecen hoy por hoy de dudosa aplicación práctica.

Admitida la necesidad de una legislación concursal, debo inmediatamente añadir que mi ponencia se refiere a los presupuestos del concurso: el presupuesto subjetivo, o relativo a la persona del deudor; el presupuesto objetivo, o relativo al estado patrimonial del deudor, y, sólo muy parcialmente, el presupuesto formal. Esos temas constituyen un magnífico observatorio no sólo para determinar la finalidad de la legislación concursal, sino también para apreciar el gravísimo defecto de carácter normativo de la todavía vigente legislación concursal, consistente en la pluralidad de textos reguladores que se han ido acumulando sin el debido orden, y que ha llevado a afirmar repetidamente —incluso en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal— la ineludible exigencia de unidad del Derecho concursal desde una doble perspectiva: *unidad legislativa*, en el sentido de que una sola ley regule los aspectos sustantivos y los procesales, y *unidad de disciplina*, que elimine los distintos regímenes jurídicos existentes en función del carácter mercantil o no mercantil del deudor.

No parece necesario insistir en la unidad legislativa, rota desde que el viejo Código de Comercio de Sainz de Andino fundiera, con rara perfección, los aspectos sustantivos y procesales de los concursos, y cuya consecución justificaría por sí sola un nuevo derecho. Frente a la dispersión legislativa del derecho anterior, una sola ley regula los aspectos sustantivos y los procesales. No quiero dejar de señalar, sin embargo, que la unidad legal se ve triplemente matizada por la existencia de una *Ley Orgánica para la Reforma Concursal*, que regula los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado y de sus administradores o liquidadores y crea los jueces de lo mercantil competentes para el conocimiento de los concursos; por la subsistencia de una *legislación concursal especial* para la crisis de las empresas de seguro, de crédito y de inversión, y por la previsión de *múltiples normas de reenvío* en los concursos internacionales, materias en las que ni debo ni puedo detenerme ahora.

II. EL PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO

1. La desaparición del presupuesto subjetivo

Si debo detenerme, en cambio, en la segunda manifestación de la necesaria unidad de la legislación concursal, que se traduce en la *unificación de los procedimientos concursales por razones subjetivas*, y que conduce derechamente al primero de los presupuestos de los procedimientos concursales, el presupuesto subjetivo. Es sabido que, frente a un Derecho común (concurso de acreedores y beneficio de quita y espera), existe un Derecho especial del concurso, anterior en el tiempo, con una denominación específica (suspensión de pagos y quiebra), que se aplica a quienes tienen la condición de comerciante, algo que se explica también por la peculiar sucesión temporal de los textos legales y, en particular, por la precedencia de la codificación mercantil respecto de la civil, y que es hoy inadmisibles por las desigualdades de trato que propicia, a pesar de que, en buena medida, el concurso seguirá siendo –como lo ha sido históricamente– una institución aplicable casi exclusivamente a los empresarios. La exigencia de unificación del Derecho concursal por razones subjetivas, que se traduce, en rigor, en la *desaparición del presupuesto subjetivo*, ha sido una constante en los sucesivos intentos de reforma, desde el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959.

Los "Criterios básicos para la elaboración de una Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal" dictados en 1994 obligaban a la Comisión General de Codificación a llevar a cabo la <<unificación de los procedimientos por razón del presupuesto subjetivo o condición civil o mercantil del deudor común>>, y, con arreglo a ese mandato, tanto la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, redactada por el Profesor Rojo, como posteriormente el Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 elaborado por la Comisión General de Codificación, como, en fin, el Proyecto de Ley y la propia Ley prevén que <<la declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica>> (art. 1.1), con exclusión tan sólo de <<las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos autónomos y demás de Derecho público>> (art. 1.3). Se añade expresamente la posibilidad de que sea declarada en concurso la herencia mientras no sea aceptada pura y simplemente (art. 1.2; v. también art. 182, en caso de fallecimiento del concursado), ya que en este caso la confusión de patrimonios obligaría a analizar la eventual insolvencia del heredero o herederos.

No quiero dejar de señalar que la fórmula finalmente empleada para delimitar el presupuesto subjetivo (<<sea persona natural o jurídica>>) y la referencia expresa a la herencia podrán originar dudas sobre la posibilidad de que sean declarados en concurso determinados entes cuya personalidad jurídica no existe o se discute.

La unificación obliga a establecer algunas especialidades para los **deudores empresarios o profesionales** (se exige una documentación más completa para la solicitud de concurso a aquellos deudores obligados legalmente a llevar contabilidad) o, en sentido contrario, para la *insolencia del consumidor* o del pequeño empresario (v. gr., menor documentación, nombramiento de un solo administrador concursal, a través del llamado procedimiento abreviado).

Sorprendentemente, el nuevo derecho –como el viejo– no considera destinatario natural del procedimiento concursal a las personas jurídicas, para las que se limita a dictar normas especiales sobre efectos del concurso, sobre calificación y sobre conclusión del procedimiento, y sólo esporádicamente tiene en cuenta que las sociedades mercantiles están normalmente integradas en grupos de empresas, nacionales o internacionales. El nuevo derecho se preocupa quizá más –y no siempre con acierto– de la crisis –económica– de la persona física casada. El Proyecto de Ley llegaba a establecer –olvidando el Código Civil– que el concurso produce la disolución de pleno derecho de la sociedad legal de gananciales o de la comunidad y que la masa activa comprenderá (sólo) los bienes y derechos propios o privativos del concursado y «el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común». que será, en principio, el derecho a la cuota de liquidación del patrimonio común. Afortunadamente, la Ley prevé, con acierto y en consonancia con los Códigos Civil y de Comercio, que se integrarán en la masa los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de las obligaciones del concursado; que la disolución de la sociedad legal de gananciales será facultativa y que, en ese caso, las liquidaciones concursal y matrimonial se harán coordinadamente.

2. La acumulación de concursos

Una de las novedades más llamativas de la Ley Concursal, en estrecha relación con el presupuesto subjetivo, es la relativa al tratamiento de las *personas especialmente relacionadas* con el concursado. No es este el momento de detenerse en su enumeración (si el deudor es persona natural, merecen esa condición el cónyuge o asimilado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores al concurso; los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de los sujetos anteriormente mencionados, y los cónyuges de los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado. Respecto de las personas jurídicas, se califican como especialmente relacionados los socios de responsabilidad ilimitada y los de sociedades de capital con participaciones iguales o superiores al cinco por ciento del capital social, si la sociedad cotiza en bolsa, o al diez por ciento del capital social, en el caso de sociedad no cotizada; los administradores y liquidadores actuales y los que lo hayan sido

dentro de los dos años anteriores al concurso y las sociedades pertenecientes a un mismo grupo y sus socios) ni tampoco de recordar que dichas personas especialmente relacionadas con el deudor sufren dos tipos de efectos principales (sus créditos quedan legalmente postergados y las adquisiciones de bienes realizadas del concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso se presumen perjudiciales, salvo prueba en contrario). Se trata ahora de señalar que la Ley Concursal no admite la figura de la *extensión del concurso* y ni siquiera prevé la *comunicación de responsabilidad* entre dichos sujetos. La Ley Concursal admite, en cambio, la posibilidad de *acumulación* de concursos, de modo que, si, de forma autónoma, se declara un concurso de una persona vinculada con otra también declarada en concurso, los administradores concursales pueden pedir la acumulación de los concursos, cualquiera que sean los jueces que los hayan declarado, de manera que los concursos tendrán una tramitación única.

En concreto, la acumulación procederá en tres supuestos:

- a) Los concursos de miembros (socios o asociados) ilimitadamente responsables podrán acumularse entre sí y también al concurso de la correspondiente persona jurídica.
- b) Los concursos de sociedades dominadas podrán acumularse al concurso de la sociedad dominante; pero no podrán acumularse entre sí.
- c) En fin, podrán acumularse los concursos de los cónyuges.

En todos estos supuestos, la propuesta de convenio que presente uno de los concursados puede condicionarse a la aprobación del convenio en otro de los concursos vinculados, con independencia de que se produzca o no la acumulación de los concursos.

Ya desde el informe de la ponencia del Congreso se añadió, en una sede sistemáticamente incorrecta (en materia de legitimación), que «el acreedor podrá instar la *declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores* cuando exista confusión de patrimonios entre los mismos, o, siendo estas personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros, y unidad en la toma de decisiones» (art. 3.5), precepto claramente inspirado en la doctrina laboral. No hay tampoco *extensión del concurso*, porque para que proceda la *declaración conjunta* del concurso, se exige que todos los afectados sean deudores y parece que ha de exigirse igualmente que todos ellos sean insolventes (art. 2), porque no puede considerarse que el presupuesto objetivo del concurso sea sustituido por la existencia de confusión de patrimonios de un grupo de sociedades. La norma parece, pues, limitarse a facilitar las declaraciones de concursos simultáneos, aunque será preciso esperar a su interpretación jurisprudencial.

III. EL PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO

1. La unidad de procedimiento

La otra gran cuestión a la que debía enfrentarse la reforma de la legislación concursal era, sin duda, la relativa a la opción entre unidad o dualidad de procedimientos concursales por razones objetivas, discusión que no se inicia realmente hasta el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, que, a diferencia de los textos prelegislativos anteriores, consideraba la denominada "unidad de sistema" como una expresión más de la necesaria unidad del derecho concursal, que debía añadirse a la "unidad legal" y a la "unidad de disciplina". Sin embargo, la cuestión de la unidad, de la dualidad o incluso de la pluralidad de procedimientos no me parece decisiva, porque lo realmente esencial es la determinación de la finalidad que debe cumplir el Derecho concursal, finalidad que puede perseguirse con independencia del número de procedimientos que lo integren, y que la Ley sitúa, como no puede ser de otra manera, en la satisfacción de los acreedores concursales. Esa era, en efecto, la finalidad con la que nacieron en la Baja Edad Media los procedimientos concursales, caracterizados entonces por la ejecución rápida y colectiva del patrimonio del deudor comerciante insolvente -lo que implicaba casi necesariamente la desaparición de su empresa- y por la sanción al deudor como defraudador del crédito, y esa finalidad se mantuvo en la codificación, en la que la eliminación de la empresa constituye la consecuencia de las leyes naturales de la competencia. Tras una etapa en la que se impuso como finalidad principal de los procedimientos concursales la conservación de la empresa en crisis, orientación que encontró su más clara manifestación en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, la constatación de que la legislación concursal no puede, por sí misma, mantener empresas objetivamente inviables y los abusos cometidos al amparo de esa finalidad, obligan a retornar a la concepción originaria del derecho concursal. La quiebra era un instrumento para la mayor satisfacción posible de los acreedores y eso debe ser hoy el concurso. La diferencia estriba en el hecho de que, mientras en épocas pasadas la liquidación era la manera más rápida y eficiente de obtener un pago, en la actualidad esa solución no es siempre la mejor.

Obsérvese, además, que el problema anterior no era tanto la existencia de dos procedimientos para el tratamiento de las crisis empresariales cuanto las dificultades de fijar sus límites y sus relaciones, ya que, en efecto, quiebra y suspensión de pagos constituían procedimientos prácticamente alternativos, con los mismos presupuestos y las mismas soluciones. La quiebra nació como un procedimiento de ejecución colectiva previsto para las situaciones de insuficiencia patrimonial del deudor común, por lo que implicaba severas consecuencias sobre el empresario y se traducía, normalmente, en la desaparición de la empre-

sa, pero era posible un convenio que impidiese la liquidación. La suspensión de pagos, por el contrario, nació como un procedimiento preventivo, como un beneficio del deudor que se encontrase en dificultades transitorias, quien era tratado con más benevolencia y cuya solución normal era un convenio de continuación de la empresa; pero evolucionó, legislativa y jurisprudencialmente, hasta convertirse en un procedimiento sustitutivo de la quiebra, que muchas veces terminaba con la liquidación del patrimonio del deudor. La Ley Concursal pretende acabar con el problema a través de un procedimiento único, con dos fases; pero bien pudo haberse optado –sistema de la Propuesta de 1995– por dos procedimientos con presupuestos objetivos radicalmente diferenciados.

2. El presupuesto objetivo y el problema temporal: la insolvencia

2.1. Consideración general.

Y esto nos lleva directamente al problema del presupuesto objetivo del procedimiento –único– de concurso, para cuyo análisis es preciso introducir otro elemento para la reflexión, que, en adelante, va a constituir el hilo conductor de la exposición. Me refiero al denominado *problema del desfase temporal en la apertura del concurso*, que toda la moderna doctrina está de acuerdo en considerar como uno de los más graves del Derecho concursal: el concurso llega tarde a la situación de insuficiencia del patrimonio del deudor y, en ocasiones, lo hace tan tarde que el patrimonio del deudor está ya vacío, lo que no sólo impide a la legislación concursal cumplir su función fundamental de satisfacción de los acreedores, sino que, además, reduce considerablemente las expectativas de conservación de las empresas que entren en crisis. El problema se agrava, como ya se señaló, por el coste del propio procedimiento concursal que impide muchas veces que pueda alcanzar su finalidad.

Pues bien, como se ha señalado (MENÉNDEZ, ROJO/BELTRÁN), si no es posible eliminar el problema temporal, si puede mitigarse recurriendo a una serie de instrumentos que se refieren, precisamente, al presupuesto objetivo y al presupuesto formal del concurso. En efecto, esos instrumentos son la fijación de un presupuesto objetivo más amplio y la concesión de incentivos para que el concurso se inste cuando todavía sea posible una cierta satisfacción de los acreedores.

El primer y principal instrumento para mitigar el problema temporal no puede ser otro que el de la ampliación del grado de crisis económica de la empresa que justifique la apertura del concurso, es decir, la modificación del presupuesto objetivo. La solución no puede radicar, obviamente, en inclinarse, sin

más, por una de las dos tesis que enfrentan a la doctrina y a la jurisprudencia en torno al presupuesto objetivo de la quiebra, porque ambas presentan graves inconvenientes para el acreedor, que, a diferencia, del deudor, ni conoce el estado del patrimonio del deudor ni tampoco si éste paga o no a los demás acreedores, lo que le impide instar oportunamente el procedimiento concursal. En consecuencia, ni la tesis de la insolvencia (brillantemente defendida por GARRIGUES), que considera como único presupuesto objetivo de la quiebra la insuficiencia del patrimonio del deudor para satisfacer sus obligaciones, ni la tesis del sobreseimiento general en el cumplimiento de las obligaciones (defendida de forma igualmente brillante por URÍA), que se centra en el hecho externo de que el deudor no atienda sus deudas, pueden resolver el problema, porque el acreedor no suele disponer de información suficiente ni acerca del estado financiero del deudor ni acerca de si el deudor está pagando o no a los demás acreedores. Cuando obtiene los medios de prueba suficientes para solicitar la declaración de concurso, la insolvencia del deudor suele ser irreversible.

La necesidad de anticipar la apertura del concurso exige, pues, presupuestos objetivos más amplios que la insolvencia o el sobreseimiento, algo que llevaban a cabo, aunque por senderos diferentes, tanto el Anteproyecto de 1983 como la Propuesta de 1995. El Anteproyecto de 1983 formuló un nuevo presupuesto objetivo, el «estado de crisis económica», que sufrió las críticas de la doctrina por su relativa indefinición y por la posibilidad de caer en el extremo contrario, involucrando en situaciones concursales a empresas que no se encontrasen realmente en crisis, pero con el que se trataba, en definitiva –como manifestaba su Exposición de Motivos–, de permitir la apertura del concurso ante situaciones económicas en las que no existiese aún insolvencia del patrimonio del deudor o sobreseimiento generalizado de sus obligaciones. La Propuesta de 1995 trataba de alcanzar el mismo objetivo, pero partiendo del concepto de insolvencia y facilitando al acreedor la prueba de la insolvencia. La insolvencia se definía como el estado en el que el deudor, «por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito, se encuentra en la imposibilidad de cumplir puntualmente sus obligaciones». Esa amplia definición del estado de insolvencia se completaba con varias presunciones. La más importante consistía en presumir la falta de crédito cuando el acreedor instante fuese titular de uno o más créditos que hubieran vencido, al menos, tres meses antes de la presentación de solicitud de concurso. De esta manera, para solicitar el concurso, al acreedor le bastaba con probar lo que conoce, es decir, el incumplimiento –duradero– de su deudor –y no lo que no conoce, es decir, la insolvencia o el sobreseimiento–, y sin el riesgo de someter a concurso a un deudor que no lo mereciese, porque el deudor solvente podría romper fácilmente la presunción con la prueba de que no había incumplido.

El nuevo derecho concursal se aleja de ambas soluciones, al considerar que «la declaración de concurso procederá en caso de *insolvencia* del deudor común» (art. 2.1), insolvencia que se define como el *estado* en que se encuen-

tra <<el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles>> (art. 2.2.). Sin embargo, con ello no se delimita el presupuesto objetivo del concurso, ya que dicho presupuesto se hace depender, en realidad, de si el concurso es instado por el propio deudor (concurso voluntario) o por un acreedor (concurso necesario).

2.2. La insolvencia en caso de solicitud del deudor.

En el Proyecto de Ley, la mera solicitud de concurso realizada por el propio deudor se consideraba *reconocimiento* del estado de insolvencia: no era necesario ofrecer prueba alguna del mismo, de modo que el juez declararía automáticamente el concurso voluntario. El concurso voluntario aparecía, además, facilitado, porque bastaba la insolvencia inminente, concepto jurídico indeterminado: resultaba impensable que un acreedor o un tercero consiguiese la revocación de una declaración de concurso invocando la falta de insolvencia o mejor la falta de amenaza de insolvencia.

Por el contrario, el texto definitivo -modificado ya desde el dictamen de la Ponencia del Congreso- exige al deudor la prueba *tarito* del endeudamiento como del *estado de insolvencia*, <<que podrá ser actual o inminente>>, y define la insolvencia inminente como el estado en que se encuentra <<el deudor que preeve que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones>> (art. 2.2), y, en consecuencia, dispone que el juez sólo declarará el concurso voluntario <<si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resultase la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor>> (art. 14.1).

2.3. La insolvencia en caso de solicitud del acreedor.

Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, la declaración, lejos de facilitarse, se complica aún más, porque el acreedor (art. 2.4) deberá fundar su solicitud y, por tanto, en definitiva, la insolvencia en <<título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago>> (v. art. 876-I C de C), o, en otro caso, probar la existencia de uno de los hechos expresamente contemplados en el texto. Estos hechos, cuya presencia legitima la declaración de concurso necesario, son los siguientes:

- 1.º El sobrecumplimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor (v. art. 876-II C de C).
- 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

- 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
- 4.º Los denominados *sobreseimientos sectoriales*, es decir, <<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>>.

La simple lectura de la Ley pone de manifiesto que el problema temporal - como ha denunciado ya el profesor MENÉNDEZ- ha quedado sin solución, ya que no es nada fácil que el acreedor consiga información para obtener una declaración de concurso en términos razonables. Además, se desincentivan las solicitudes de concurso necesario porque si el deudor impide la declaración del concurso probando su solvencia, se le imponen las costas al acreedor a pesar de haber probado lo que se le pedía (art. 18). En definitiva, los concursos necesarios serán claramente excepcionales o, en muchos casos, deberán ser clausurados por falta de masa activa.

IV. EL PRESUPUESTO FORMAL DEL CONCURSO: LA SOLICITUD

1. La previsión de incentivos para la solicitud de concurso

El problema temporal no debe afrontarse sólo con la modificación del presupuesto objetivo. Es preciso, asimismo, acudir a otros instrumentos basados en la concesión de incentivos al deudor o a los acreedores para que insten la apertura del concurso y en la ampliación del círculo de legitimados para solicitar dicha apertura. Todos esos instrumentos tienen en común la circunstancia de ir referidos a la solicitud del concurso, de manera que entramos en el *presupuesto formal*: el medio más simple de adelantar la apertura del procedimiento concursal es el de incentivar al deudor, que es quien indudablemente mejor conoce su propia situación económica, para que inste su propio concurso lo antes posible y, en todo caso, antes de causar un daño irreversible a sus acreedores; pero el

estímulo puede dirigirse también a los acreedores o, incluso, a otros sujetos a quienes se concedería legitimación.

La solución tradicional para estimular al deudor a que inste la apertura del procedimiento consiste, como es sabido, en imponerle el deber de instar su propio concurso y sancionar el incumplimiento en la pieza de calificación, aunque en la legislación vigente es dudosa la existencia tanto del propio deber como de la correspondiente sanción. El Anteproyecto de 1983 imponía al deudor persona física y al representante del deudor persona jurídica el deber de manifestarse en situación de crisis económica, sancionándose el incumplimiento en la pieza de calificación con la presunción *iuris tantum* de la existencia de dolo o culpa grave en la producción o agravación de la situación de crisis económica. Esta línea se mantiene en la Ley Concursal, que impone al deudor el deber de <<solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia>> (art. 5.1.), sancionando su incumplimiento con la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia (art. 165-1°).

En segundo lugar, el texto ofrece un incentivo indirecto en materia de calificación, que se toma del Anteproyecto de 1983 y que parece llamado a desempeñar una importante función, no sólo por sus repercusiones patrimoniales y penales sobre el deudor o sus administradores, sino también porque tiende a favorecer igualmente a los acreedores: no se formará la sección de calificación cuando se trate de un concurso en el que se apruebe un convenio de espera inferior a tres años o de quita inferior a la tercera parte (art. 163.1-1°). En consecuencia, el deudor que solicite su propio concurso proponiendo un importante grado de satisfacción de los acreedores no sufrirá los efectos de la calificación del concurso. Así, cobra también mayor sentido que se permita la solicitud de concurso por el propio deudor en caso de insolvencia inminente.

En fin, se diferencia expresamente entre el concurso voluntario y el concurso necesario, haciendo más benévolo el primero. Esta tendencia se inicia también en el Anteproyecto de 1983, aunque en él no se distinguía todavía entre concurso voluntario y concurso necesario, sino que los efectos del concurso estaban en función exclusivamente de la solución de la crisis económica. La Propuesta de 1995 incentivaba claramente al deudor a instar su propio concurso a través de una dulcificación de los efectos de la apertura del concurso sobre sus facultades de administración y disposición: si el deudor instaba su propio concurso cuando el activo superase aún al pasivo, conservaría la administración de su patrimonio, aunque sometido a la vigilancia de los órganos concursales. La idea era clara: el trato de favor otorgado al deudor para estimularle sólo podría admitirse cuando la solicitud de su propia declaración de concurso se realizara mientras el deudor fuese solvente, porque ello aumentaría considerablemente las posibilidades de cobro de los acreedores. La Ley sigue la vía abierta por la Propuesta, pero concede el beneficio de la mera "intervención" en

cualquier supuesto de concurso voluntario, de modo que, como sucede hoy en el expediente de suspensión de pagos, <<el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad>> (art. 40.1). Por el contrario, en el concurso necesario, se privará al deudor del ejercicio de esas facultades, <<siendo sustituido por los administradores concursales>> (art. 40.2). Sin embargo, <<el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario>> (art. 40.3).

Es importante, pues, determinar cuándo el concurso deberá ser considerado voluntario, cuestión de la que se ocupa el artículo 22, que sigue el criterio de prioridad en la solicitud, salvo en el caso de que el deudor presente su petición dentro de los tres meses siguientes a una solicitud de concurso necesario que hubiese sido abandonada.

Otro instrumento para conseguir que se adelante la apertura del procedimiento concursal es el de estimular a los acreedores para que insten su declaración. La medida arranca de la constatación de que en ocasiones al acreedor le interesa más iniciar una ejecución individual, en la que tiene la posibilidad de cobrar íntegramente su crédito, que una ejecución concursal que muchas veces no se traducirá en un resultado positivo. Esto hace que, con frecuencia, la solicitud de apertura del procedimiento concursal se produzca como último remedio, cuando las expectativas de satisfacción de su derecho de crédito son muy reducidas. Esta línea de actuación se inicia con la Propuesta de 1995, que ofrecía dos estímulos al acreedor instante del concurso, que, con algunas modificaciones, se han mantenido en la Ley Concursal: la concesión de un privilegio, parcial (25 por 100) y de último grado, y el derecho a ser miembro del órgano de administración del concurso. Es preciso recordar, sin embargo, que la Ley, al imponer al solicitante las costas en el caso en que no se declare el concurso (art. 20.1), está obstaculizando las solicitudes de concurso necesario, ya que el deudor puede impedir la declaración de concurso sin necesidad de probar la falta de concurrencia del hecho alegado por el acreedor.

2. La ampliación del círculo de legitimados para instar el concurso

El último instrumento para anticipar la declaración de concurso es la atribución de legitimación activa a personas distintas del deudor y de los acreedores, si bien los resultados finales son más bien modestos. En efecto, la Propuesta de 1995 preveía que <<en el caso de que el deudor fuese una persona jurídica, están también legitimados cualquiera de sus administradores o de sus liquida-

dores y, en el caso de sociedad, los socios personalmente responsables de las deudas sociales y aquellos que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social>>; pero la Ley Concursal concede legitimación exclusivamente a quienes sean personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica deudora (art. 3.3). Pese a su escaso interés práctico, debe observarse que en el derecho vigente se discute la legitimación de esos socios para instar la quiebra de la sociedad, a pesar de que se les extiende la quiebra de la sociedad colectiva o comanditaria (art. 923 C de C), algo que no sucede en la Ley Concursal.

La Ley no se pronuncia acerca de si el concurso de la sociedad solicitado por algún socio tiene carácter voluntario o necesario, aunque parece lógico pensar que, en defecto de disposición expresa, no se podrán conceder a la persona jurídica deudora los beneficios del concurso voluntario.

En fin debemos señalar que en el texto definitivo de la Ley se regula, como novedad más aparente que real, la intervención del Ministerio Fiscal (art. 4), al que se imponen dos deberes, derivados de la circunstancia de que <<en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores>>, consistentes en instar al juez penal para que contacte con el juez de lo mercantil competente a los efectos de comprobar si está en tramitación un concurso y para que comunique a los acreedores conocidos los hechos delictivos a efectos de que puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las correspondientes acciones.

V. LA INSOLVENCIA Y LAS PÉRDIDAS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

La exposición que antecede quedaría incompleta si no se hiciera referencia a la circunstancia de que la Ley Concursal (DD FF 20ª y 21ª) da una nueva redacción a los preceptos de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada que regulan las relaciones entre las pérdidas y la insolvencia de las referidas sociedades, que inciden claramente en los presupuestos del concurso de estas sociedades. El análisis se realizará por referencia a la sociedad anónima (arts. 260 y 262 LSA; DF 20ª LC), pero es extensible a la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 124 y 125; DF 21ª LC).

Una de las causas tradicionales de disolución de las sociedades anónimas y limitadas es la pérdida de una parte significativa del capital social, que la Ley de Sociedades Anónimas formulaba en los siguientes términos (art. 260.1-4ª): <<La sociedad anónima se disolverá (...) por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente>>. Pues bien, la modi-

ficación que realiza la Ley Concursal a ese precepto viene a añadir una segunda excepción a la concurrencia de la causa de disolución, de modo que <<la sociedad anónima se disolverá (...), siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal>>. La excepción es lógica: si la sociedad se encuentra en estado de insolvencia, carece de sentido poner en marcha una causa de disolución cuya finalidad fundamental es, precisamente, evitar esa insolvencia mediante la correspondiente liquidación voluntaria o una medida alternativa. En situaciones de dificultad, corresponderá, pues, a los administradores sociales valorar y decidir si procede la convocatoria de la junta general, porque la sociedad haya perdido la mitad del capital, pero no se encuentre en estado de insolvencia (art. 260.1-4º LSA), o si procede, por el contrario, solicitar la declaración de concurso, porque, además, la sociedad sea insolvente (arts. 2.3, 3.1 y 5.1 LC). En este caso, es decir, cuando concurren simultáneamente las dos circunstancias, los administradores habrán de solicitar el concurso; pero como la sociedad no tiene por qué disolverse no tendrán, en cambio, que convocar junta general y -lo que es más importante- no responderán de las deudas sociales por no realizar esa convocatoria. La sociedad no deberá disolverse -o proceder a una reestructuración de su capital- cuando <<sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal>>. Eso sucederá, en primer lugar, cuando los administradores hubieran conocido o debido conocer el estado de insolvencia de la sociedad (art. 5.1), entendiéndose por tal aquel en que se encuentra la sociedad que no puede cumplir regularmente sus obligaciones (art. 2.2) y entendiéndose presumido, salvo prueba en contrario, su conocimiento cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario (art. 5.2). Y sucederá, en segundo lugar, cuando los administradores soliciten la declaración de concurso por considerar inminente la insolvencia, es decir, cuando prevean que la sociedad no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3). En cualquiera de los dos casos, los administradores deberán justificar también -como ya sabemos- el endeudamiento de la sociedad (art. 2.3).

La Ley de Sociedades Anónimas establece -como es sabido- un riguroso mecanismo para conseguir que la concurrencia de una causa de disolución lleve aparejada efectivamente la disolución de la sociedad -a menos que se remueva la causa-, mecanismo que se compone de diversas piezas:

- a) La primera pieza de ese mecanismo era -y es- el deber de los administradores de convocar la junta general en el plazo de dos meses desde que concurra la causa de disolución. Así, disponía -y dispone- que <<los administradores deberán convocar junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución>> (art. 262.2, primer inciso; ahora, párrafo I). Aunque el tenor literal de ese precepto no ha experi-

mentado modificación alguna, la modificación producida en la norma que comentamos con anterioridad (art. 260.1-4º LSA) deja claro que no concurre la causa de disolución por pérdidas y que, por tanto, no surge este deber de los administradores cuando concorra simultáneamente el estado de insolvencia de la sociedad, porque entonces el único deber de los administradores es el de solicitar el concurso. Esto mismo es lo que, sin duda, quiere significarse con la introducción en el artículo 262.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de un párrafo (el II) entre la fijación de ese deber (que pasa a constituir un párrafo -I- independiente) y la facultad conferida a los accionistas de requerir la convocatoria de junta (que se convierte en un párrafo -III- independiente), en el que se establece literalmente lo siguiente: <<Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la cuantía suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal>>. Rectamente entendida, la norma constituye una simple reiteración de la anterior: si concurren simultáneamente la pérdida de la mitad del capital social y el estado de insolvencia, los administradores no tienen el deber de convocar junta general, sino el de solicitar la declaración de concurso, liberándose en tal caso de la sanción prevista por la no promoción de la disolución. En efecto, la expresión <<podrán>> no significa que los administradores no estén obligados a solicitar el concurso, porque es indiscutible que los administradores de la sociedad anónima –como los de cualquier persona jurídica– tienen el deber de solicitar el concurso de la misma cuando concorra el estado de insolvencia (arts. 3.1 y 5.1 LC), cualquiera que sea su causa, sino que significa sencillamente que no es obligada la convocatoria de la junta general, porque <<podrán>> sustituir ese deber por la solicitud de concurso, del mismo modo que <<podrán>> proponer a la junta el aumento del capital en la medida suficiente, no sólo para eliminar el desequilibrio patrimonial, sino incluso la insolvencia.

- b) La segunda pieza para conseguir la disolución de la sociedad –o la remoción de la causa– cuando concorra causa legítima era –y es– la atribución a los accionistas de una facultad especial de requerir a los administradores para que convoquen la junta (art. 262.2, segundo inciso; ahora párrafo III). Se preveía, en efecto, que <<cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución>>. Tras la reforma, se añade únicamente la frase <<o para el concurso>>, que, en consecuencia, legitima al accionista para requerir la convocatoria de la junta no sólo cuando con-

sidere que exista –cualquier- causa legítima para la disolución, sino también cuando, a su juicio, exista <<causa legítima para el concurso>>. Ahora bien, mientras la facultad de requerir la convocatoria de la junta cuando concurra causa legítima para la disolución tiene como objeto propiciar que la sociedad se disuelva efectivamente, por cuanto que la competencia para acordar la disolución corresponde exclusivamente a dicha junta (art. 262.1 LSA, que no se modifica), la facultad de solicitar la convocatoria de la junta cuando concurra la insolvencia de la sociedad no puede tener como objeto –al menos directo- conseguir la declaración de concurso de la sociedad, porque –como sabemos- la competencia para la solicitud de concurso corresponde exclusivamente al órgano de administración de la sociedad (art. 3.1-II LC). La junta general, aunque sea convocada por los administradores a requerimiento de los socios, no tiene competencia para acordar la solicitud de concurso, sin perjuicio de que pueda “recomendar” su solicitud a los administradores o de que pueda acordar el ejercicio de una acción de responsabilidad contra los administradores.

La facultad del accionista se limita a requerir la convocatoria de la junta general -y también, como cualquier interesado, a solicitar la disolución judicial <<en el caso de que la junta solicitada no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución>> (art. 262.3 LSA, que no se modifica)-. No se extiende, por supuesto, a solicitar el concurso. La facultad del accionista de requerir la convocatoria de la junta surge cuando, a su juicio, exista <<causa legítima para el concurso>>. Con esa expresión viene a indicarse, sin duda, la existencia de un estado de insolvencia. De este modo, el socio habrá de considerar que la sociedad no puede cumplir regularmente sus obligaciones (art. 2.2 LC) o que concurre cualquiera de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario (arts. 5.2 y 2.4 LC). La facultad se atribuye a <<cualquier accionista>>, con independencia del número y de la clase de acciones que posea. La especialidad de esta junta, que podrá ser ordinaria o extraordinaria, reside en el hecho de que ha de ser convocada a pesar de no ser legalmente necesaria su celebración. En defecto de convocatoria de junta por los administradores, cualquier accionista podrá solicitar la convocatoria judicial (art. 101 LSA).

- c) La tercera de las piezas previstas por la Ley de Sociedades Anónimas para conseguir que la sociedad incurra en causa de disolución se disuelva efectivamente es la imposición a los administradores del deber de solicitar la disolución judicial de la sociedad <<cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado>> (art. 262.4). Aunque es

claro que la solicitud habrá de formularse <<en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución>> (así, art. 262.5 LSA), la Ley Concursal ha optado por reproducir íntegramente esa determinación del plazo en el apartado cuarto del propio artículo 262, añadiendo simplemente que el mismo plazo existirá cuando el acuerdo <<no se hubiera adoptado>>, que era evidente que constituía también presupuesto del deber de los administradores. Este apartado no contiene ninguna norma concursal; pero parece claro que los administradores no deberán solicitar la disolución judicial si, concurriendo simultáneamente el estado de insolvencia de la sociedad, solicitan la declaración de concurso dentro del referido plazo de dos meses (v., expresamente, art. 262.5), porque se reproduciría la situación existente en el momento inicial: carece de sentido adoptar una decisión que, en definitiva, trata de evitar la insolvencia de la sociedad, cuando esa insolvencia ya se haya producido. Ciertamente, para que eso suceda, es necesario que se trate de una insolvencia posterior a la fecha de celebración –real o prevista– de la junta, porque si la insolvencia hubiera concurrido con anterioridad, los administradores deberían haber instado el concurso, en lugar de haber convocado la junta.

- d) La última de las provisiones de la Ley de Sociedades Anónimas para asegurar la disolución de la sociedad es la imposición de una dura sanción a los administradores que incumplan los deberes de promoción de la disolución, según la cual <<responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución>> (art. 262.5 LSA). Como es sabido, los deberes cuyo incumplimiento acarrearán la sanción son dos: el de convocar junta general dentro del plazo de dos meses desde que concurra la causa de disolución y el de solicitar la disolución judicial cuando la junta convocada para acordar la disolución no adopte ese acuerdo ni el de remoción de la causa. Los dos deberes son modificados por la Ley Concursal: el primero de forma indirecta y el segundo de forma directa. El *deber de convocar la junta general* resulta modificado en la medida en que la causa de disolución que principalmente lo produce, es decir, la pérdida de la mitad del capital social –a no ser que se aumente o reduzca en la medida suficiente– no puede estimar-

se concurrente cuando sea procedente, de forma simultánea, la declaración de concurso de la sociedad (art. 260.1-4º), porque entonces las reglas del derecho de sociedades se sustituyen por las del derecho concursal. No puede estimarse incumplido el deber y, en consecuencia, los administradores no serán responsables de las deudas sociales cuando no convoquen junta general porque, simultáneamente a las pérdidas, fuera procedente la declaración de concurso de la sociedad por concurrir el estado de insolvencia. En cambio, el *deber de solicitar la disolución judicial* se modifica directamente, con una doble previsión. La primera, consiste en indicar que los administradores responderán solidariamente de las obligaciones sociales cuando no soliciten la disolución judicial <<o, si procediere, el concurso de la sociedad>>. Con esa previsión, se establece, pues –como ya se había adelantado–, que los administradores no serán sancionados no sólo si solicitan la disolución judicial en los plazos previstos, sino también si solicitan el concurso de la sociedad <<si procediere>>, es decir, si la sociedad hubiera caído en el estado de insolvencia, porque, en efecto, carece de sentido que, concurriendo estado de insolvencia, los administradores soliciten una disolución judicial que trata, en definitiva, de evitar esa insolvencia. Es más, los administradores deben instar el concurso (art. 5). Naturalmente, la liberación de la sanción por solicitud de concurso sólo se producirá <<si procediere>> esa declaración, en los términos de la Ley Concursal (art. 2).

La segunda previsión consiste en especificar que el deber de los administradores –y la consiguiente sanción– existe cuando el acuerdo de la junta general que lo origina hubiera sido contrario a la disolución <<o al concurso>>. La matización resulta carente de contenido: la junta general de una sociedad anónima no es competente para acordar la solicitud de concurso por lo que, en rigor, no puede existir un <<acuerdo contrario al concurso>>. Y tampoco puede significar que los administradores han de solicitar el concurso cuando la junta general no “recomiende” su solicitud en la junta general convocada a tal efecto por los administradores a petición de los socios (art. 262.2-III LSA), porque es igualmente evidente que los administradores tienen el deber de instar el concurso en cualquier situación, siempre que concorra insolvencia (art. 5.I LC).