



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

SOLICITUDES CONCURRENTES DE QUIEBRA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS*

Emilio M. Beltrán Sánchez

I. PLANTEAMIENTO

1. Consideración general

Como es sabido, se ha puesto en marcha de nuevo la reforma de la legislación concursal, cuya necesidad constituye hoy algo más que un tópico, apoyado tanto en las propias deficiencias de este sector del ordenamiento, que provocan graves incertidumbres jurídicas y económicas, como en la circunstancia de que prácticamente el resto de las materias tradicionalmente incluidas en el derecho mercantil hayan experimentado en los últimos años un fuerte proceso de modernización. Con fecha 23 de junio de 1994, el entonces Ministro de Justicia e Interior notificó al Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación unos "criterios básicos para la elaboración de una Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal". La Sección encargó la redacción de la referida Propuesta al Profesor Ángel Rojo, el cual entregó a la Comisión el 12 de diciembre de 1995 una Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal para su sometimiento, primero, al informe de una Ponencia especial y, después, a la revisión de la propia Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. En realidad, sin embargo, se constituyó una Sección especial presidida por el Profesor Olivencia, que, en el mes de marzo de 2000, entregó al Ministerio de Justicia un texto que constituía un híbrido entre la referida Propuesta de 1995 y el anterior Anteproyecto de 1983. Dicho texto, con algunas modificaciones, sería hecho público como Anteproyecto de Ley Concursal el 7 de septiembre de 2001 y se convertiría, con algunos otros cambios, en Proyecto de Ley el 5 de julio de 2002.

Una de las mayores insuficiencias del derecho vigente, que ahora interesa especialmente destacar, es la atinente a las relaciones entre los dos procedimientos de tratamiento de las crisis empresariales (la suspensión de pagos y la quiebra) cuyas fronteras distan mucho de ser nítidas. Si la quiebra surgió como un procedimiento de ejecución colectiva previsto para los casos más graves de insuficiencia patrimonial, por lo que implicaba normalmente la desaparición de la empresa, y la suspensión de pagos nació para el tratamiento de las dificultades transitorias, por lo que la solución normal era un convenio que permitiese la continuación de la empresa, la evolución experimentada por el expediente

* Este trabajo fue expresamente realizado para el homenaje al Profesor Luis Rojo Ajuria, si bien se publicó con anterioridad en la Revista Aranzadi Civil en noviembre de 1999. Los trabajos prelegislativos producidos desde entonces obligan ahora a una mínima actualización, en la medida en que es distinta la solución adoptada en el último texto proyectado. Se ha respetado el resto del trabajo, tanto en el fondo como en la forma.

de suspensión de pagos y las dudas que suscita el presupuesto objetivo de la quiebra hacen que la suspensión de pagos y la quiebra se hayan convertido en procedimientos prácticamente alternativos. Ello ha planteado dos delicados problemas interpretativos: el de determinar cuál de los dos procedimientos debe prevalecer en caso de concurrencia de solicitudes y el de decidir cuándo una quiebra posterior a una suspensión de pagos merecerá la calificación de quiebra consecutiva, con lo que ello supone sobre la conservación de los actos realizados en la suspensión de pagos precedente.

2. La evolución del procedimiento de suspensión de pagos

Como es sabido, el procedimiento de suspensión de pagos ha sufrido una significativa evolución en lo que se refiere a los presupuestos para su apertura y a las posibles soluciones a la crisis. En las Ordenanzas de Bilbao (Capítulo XVII), lo que hoy se denomina suspensión de pagos era considerada una de las clases de quiebra aplicable a los deudores "atrasados", que poseyesen bienes suficientes para pagar "enteramente a sus acreedores" y pudiesen ofrecer a sus acreedores un convenio de "espera de breve tiempo".

En el Código de Comercio de 1829 la suspensión de pagos (ya con ese nombre) sigue considerándose una clase de quiebra (art. 1002) aplicable a todo aquel deudor que "manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente sus pagos y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercancías o créditos para satisfacerlas" (art. 1003). Importa destacar, pues, que en el texto de Sainz de Aranda el problema de las relaciones entre quiebra y suspensión de pagos estaba muy lejos de plantearse: *la suspensión de pagos constituía una clase de quiebra, reservada a los deudores solventes, que debían alcanzar con sus acreedores un convenio de espera.*

Con un sistema concursal caracterizado por su rigor, se llega al Código de Comercio de 1885, propiciado por las profundas críticas que recibió su antecesor. Tal y como señala la Exposición de Motivos (del Proyecto), se modifica la naturaleza de la suspensión de pagos, que pasa a convertirse en un *procedimiento autónomo*, distinto del de quiebra y que no implica para el deudor tan rigurosos efectos. La autonomía del procedimiento de suspensión de pagos, que deja de ser una clase de quiebra, algo que ya no se discutiría en el futuro, plantea con toda su crudeza el problema de las relaciones con el procedimiento de quiebra. Buena prueba de ello es la primitiva redacción de los artículos 870 a 873 del Código de Comercio, que altera las características tradicionales de la suspensión de pagos, en un doble y significativo sentido. De un lado, permite acogerse a ese beneficio a deudores que carezcan de bienes suficientes, siempre y cuando no hayan transcurrido cuarenta y ocho horas desde el sobreseimiento, y, de otro lado, admite cualquier tipo de convenio, y todo ello sin necesidad de requisito subjetivo alguno de "merecimiento". La suspensión de pagos se convertía, así, en un expediente *claramente sustitutivo del de quiebra*, en beneficio de cualquier deudor, cuyo modelo había que buscarlo en el beneficio de quita y espera regulado para los deudores no comerciantes en la Ley de Enjuiciamiento Civil: el deudor podía acogerse al expediente de suspensión de pagos, evitando la declaración de quiebra, cualquiera que fuese su situación económica y sin necesidad de requisito subjetivo alguno de "merecimiento", con tal de que, en caso de sobreseimiento, lo instase antes de las cuarenta y ocho horas. No nos encontrábamos, pues, ante un procedimiento preventivo del de quiebra, sino ante un expediente sustitutivo, salvo en lo relativo a los requisitos temporales para la solicitud. Como consecuencia de la decisión legislativa, los deudores acudían mayoritariamente al beneficio de la suspensión de pagos, en detrimento del procedimiento de quiebra. Eso

explica que la jurisprudencia de la época tenga que decidir, una y otra vez, que, solicitada y declarada la suspensión de pagos, no es posible solicitar y declarar la quiebra antes de que finalice la suspensión: sentencias del Tribunal Supremo de 25 de agosto de 1887 (CL. 1887/62/54), 4 de octubre de 1889 (CL. 1890/66/59), 4 de enero de 1891 (CL. 1891/69/4) y 13 de julio de 1894 (CL. 1894/76/24).

La reacción legislativa no se hizo esperar. La Ley de 10 de junio de 1897, que vino a dar la actual redacción a los artículos 870 a 873 del Código de Comercio, aunque mantuvo la autonomía del procedimiento, retornó al primitivo concepto de suspensión de pagos, exigiendo que el activo fuese superior al pasivo (arts. 870 y 871), y admitiendo como única solución posible el convenio de espera inferior a tres años (art. 872), si bien conservó la exigencia de que la suspensión se instase antes del incumplimiento (art. 870) o dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes (art. 871). Con ello se fijaban nuevamente unos límites claros entre la suspensión de pagos y la quiebra y podía afirmarse el carácter preventivo del procedimiento de suspensión de pagos frente al de quiebra. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1905 (CL. 1905/102/57) y de 26 de octubre de 1907 (CL. 1907/108/93) otorgaron preferencia a la quiebra frente a la suspensión de pagos porque concurría el presupuesto objetivo de la primera y no el de la segunda. En este mismo período, hay que destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1907 (CL. 1907/108/71), a cuyo tenor la presentación de la solicitud de suspensión de pagos se realizó en fecha "posterior a la pretensión de quiebra que los acreedores habían deducido en uso de su derecho, y siendo este estado preeminente y de reconocida preferencia al de suspensión de pagos...".

Las fronteras entre la suspensión de pagos y la quiebra se modifican nuevamente con la vigente Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. Esa Ley, dictada al amparo del propio Código de Comercio, se excedió en su cometido y no se limitó a dictar normas procesales de desarrollo, como le ordenaba el Código de Comercio, sino que modificó las características fundamentales del procedimiento contenidas en esos preceptos del Código. En efecto, la Ley, al permitir la tramitación del expediente tanto en los casos de insolvencia provisional como en los de insolvencia definitiva (v. arts. 8.VI y 10.I), y al admitir como solución cualquier tipo de convenio (v. art. 14.II y III), vuelve a hacer de la suspensión de pagos un procedimiento sustitutivo del de quiebra, al que puede accederse sin necesidad de requisitos subjetivos especiales. Pese a las dudas acerca de la vigencia de los artículos 870 a 873 del Código, parece claro que el ordenamiento permite tramitar como suspensiones de pagos verdaderas situaciones de insolvencia absoluta o definitiva. En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado de abril de 1995 reconoce que "No es normal que la insolvencia (pasivo superior al activo), y sí solo la iliquidez, se reconozca en las solicitudes de suspensión de pagos, pero si así ocurriera excepcionalmente y tras el examen de los antecedentes documentales se constatará la situación de déficit patrimonial, ello no sería obstáculo decisivo para que el Ministerio Fiscal informe favorablemente la admisión a trámite, pues la suficiencia de bienes como requisito objetivo exigido por el Código de Comercio para solicitar la suspensión (artículos 870 y 871), se desconoce en la Ley de 1922, con lo que la insuficiencia patrimonial inicial sólo es productora de efectos en la calificación de la insolvencia de las suspensiones de pagos admitidas y declaradas".

No existe, en realidad, pues, un presupuesto *objetivo* de la suspensión de pagos. Y tampoco puede considerarse vigente el presupuesto *temporal*, según el cual la suspensión de pagos ha de instarse antes del primer incumplimiento o dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes (arts. 870 y 871), porque es evidente que la Ley de Suspensión de Pagos

(art. 9.IV y V) parte de la existencia de ejecuciones pendientes que presuponen un incumplimiento duradero (ROJO; contra, sin embargo, CUNAT). En consecuencia, si históricamente la suspensión de pagos era el procedimiento previsto para los supuestos de simple iliquidez, hoy cualquier estado de crisis económica –desde una simple iliquidez hasta una clara insolvencia– permite al deudor solicitar y obtener la declaración de suspensión de pagos, sin necesidad de requisito subjetivo alguno.

Si ello es así, no pueden admitirse aquellas afirmaciones del Tribunal Supremo que pretenden resolver la concurrencia de solicitudes de suspensión de pagos y de quiebra invocando el carácter preventivo o cautelar de la suspensión de pagos frente a la quiebra. Significativas al respecto son las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1933 (RJ, 1767), según la cual “existe un estado preliminar al de quiebra para cuando el comerciante, teniendo un activo superior al pasivo o estando al menos nivelados, por dificultades del momento no le es posible atender a todas sus obligaciones” o, más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995 (RJ, 2885), que defiende el “carácter más preventivo o cautelar del procedimiento de suspensión de pagos, en la idea de que sin detrimento de las garantías de los acreedores del suspenso, permite a éste en mejor modo que en el caso de la quiebra, restaurar la normalidad de su aptitud comercial y de gestión económica (...), como, sobre todo, que en un orden lógico de producción de los acontecimientos, que ha de respetarse salvo situaciones de notoriedad deficitaria en la patrimonial, la suspensión viene a funcionar como prevención o antecedente de los procedimientos de quiebra”.

3. El problema del presupuesto objetivo de la quiebra

Las dudas existentes sobre las relaciones entre la suspensión de pagos y la quiebra no derivan sólo de la falta de presupuesto objetivo para la apertura del procedimiento de suspensión de pagos, sino también de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales acerca del presupuesto objetivo de la quiebra, que hacen que este procedimiento pueda abrirse en un amplio abanico de situaciones económicas. No es posible entrar a analizar esta cuestión, pero sí es necesario recordar la falta de acuerdo doctrinal y jurisprudencial al respecto. El artículo 874 del Código de Comercio señala que “se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones”. Sin embargo, para un autorizado sector doctrinal, encabezado por GARRIGUES, el presupuesto objetivo de la quiebra es, en realidad, la *insolvencia*, entendida como aquel estado del patrimonio del deudor en que éste se revela insuficiente para satisfacer a sus acreedores; de tal suerte que no todo sobreseimiento permitiría declarar la quiebra, sino sólo aquel que fuese general y definitivo (art. 876, 2º C de C). Esta es la tesis que siguen, entre otras muchas, las sentencias de 27 de febrero de 1965 (RJ, 1151), cuando afirma que “no basta cesar circunstancialmente en los pagos, sino que se requiere exista la imposibilidad de efectuarlos”, y de 9 de enero de 1984 (RJ, 342), según la cual el “fin de la quiebra no es otro que el sujetar la masa patrimonial de un comerciante, insuficiente para enfrentar todas las deudas que sobre ella pesan, a las responsabilidades económicas contraídas, de forma que si las reclamaciones individuales caben en el activo patrimonial del comerciante por exceder del montante de ellas, no puede hablarse de situación de quiebra”.

Para otro sector doctrinal, encabezado por URÍA, el presupuesto objetivo de la quiebra es el *sobreseimiento*, que viene claramente exigido en todo su amplio sentido en el artículo 874, al decir que “se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago

corriente de sus obligaciones"; por el artículo 876, cuando dice que los acreedores instantes de la quiebra justifiquen ese sobreseimiento del empresario, y por el artículo 1029 del Código de Comercio de 1829, que, respecto de la oposición a la declaración de quiebra, exige al deudor la demostración de que no ha sobreseído en el pago corriente de sus obligaciones. Para este sector doctrinal, sobreseimiento equivale a cesación de pagos, fórmula genérica que el juez habrá de aplicar en cada caso particular, apoyándose en los datos objetivos o elementos de juicio que concurren. Esta es la tesis reflejada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1989 (*RJ*, 6912), según la cual "lo que el tribunal de instancia ha de comprobar al momento de la declaración no es si el demandado deudor es solvente o insolvente, cuestión esta que afecta a su ámbito interno, sino comprobar si el comerciante cuya quiebra se insta, paga o no paga sus deudas, esto es, analizar el aspecto externo. Si el deudor logra por cualquier medio lícito ir abonando los créditos no debe imponérsele la drástica ejecución general, y, al contrario, si no los atiende aun pudiendo, debe permitirse a los acreedores imponer la ejecución general".

Ante ese enfrentamiento, no puede extrañar que en los últimos años se haya ido abriendo camino una línea interpretativa, que nos parece más correcta, y que ha sido adoptada ya por algunas Audiencias, según la cual los textos legales (el Código de Comercio y la Ley de Suspensión de Pagos) recogerían en realidad una pluralidad de presupuestos objetivos, es decir, un sistema de "hechos de quiebra", cuya simple presencia legitimaría la apertura del procedimiento: embargo del que no resulten bienes libres bastantes para el pago (art. 876.I C de C), sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones (art. 876.II C de C), fuga u ocultación del comerciante (art. 877.I C de C), declaración judicial de insolvencia definitiva en un expediente de suspensión de pagos que no sea eliminada por el deudor (art. 10.I LSP) e incumplimiento del convenio alcanzado en la suspensión de pagos (art. 17.IV LSP). Naturalmente, esa tesis sólo puede tener sentido cuando la quiebra sea instada por algún acreedor (quiebra necesaria).

Es claro que la falta de determinación del presupuesto objetivo de la quiebra facilita la circunstancia de que una misma situación de crisis pueda tramitarse por el procedimiento de suspensión de pagos o por el de quiebra. En efecto, si se afirma claramente un presupuesto objetivo de la quiebra, se resolverán fácilmente todos aquellos casos en que no concurre el presupuesto objetivo de la quiebra. Así sucedió, por ejemplo, en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1927 (*CL*, 1927/179/124), que concedió preferencia a una suspensión de pagos solicitada en la misma fecha en que se dictaba el auto de declaración de quiebra sobre la base de que "no se ha sobreseído en el pago corriente de las obligaciones, que es lo que caracteriza principalmente a la quiebra", por lo que "si se concede prioridad a la suspensión de pagos es porque no se admite el sobreseimiento o cesación en el cumplimiento de las obligaciones", si bien esa sentencia añade, como *obiter dicta*, una afirmación que más adelante servirá de argumento para otorgar preferencia a la suspensión de pagos sobre la quiebra, cual es que "en la actualidad esta prioridad corresponde a la suspensión como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras de sí las quiebras". Lo mismo sucedió, más recientemente, con la sentencia de 5 de julio de 1985 (*RJ*, 3641), según la cual "si el desarreglo económico es transitorio, como el mismo sólo se refiere a la imposibilidad de satisfacer las deudas en las fechas de los vencimientos, lo que implica la *solvencia*, no es causa suficiente para declarar la quiebra y sí la suspensión de pagos".

II. CONCURRENCIA DE SOLICITUDES DE QUIEBRA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS

1. Consideración general

Como hemos visto, las modificaciones experimentadas por el procedimiento de suspensión de pagos a lo largo de su historia han provocado un grave problema fronterizo con el procedimiento de quiebra, ya que han convertido a la suspensión de pagos en un procedimiento alternativo al de quiebra. En efecto, originariamente no existía problema alguno porque la suspensión de pagos y la quiebra partían de presupuestos distintos y respondían a finalidades diversas e incluso incompatibles entre sí. La suspensión de pagos tenía como causa la iliquidez del deudor y trataba de conseguir un acuerdo de los acreedores con el empresario que permitiese restablecer la normalidad en los pagos y la continuidad de la empresa, mientras que la quiebra tenía como causa la insolvencia definitiva y su finalidad, en su condición de ejecución colectiva, no era sino la liquidación y reparto del patrimonio del empresario entre sus acreedores. Sin embargo, tras la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, el deudor puede instar la apertura del procedimiento de suspensión de pagos cualquiera que sea su situación económica, esto es, tanto en caso de preinsolvencia o iliquidez (*insolvencia provisional*, en la terminología de la propia Ley) como en caso de insolvencia absoluta (*insolvencia definitiva*), y puede solicitarla sin exigencias temporales. Además, el problema de delimitación entre los dos procedimientos se agrava por la falta de determinación del presupuesto objetivo de la quiebra, que permite también que una misma situación de crisis pueda tramitarse indistintamente por el procedimiento de suspensión de pagos o por el de quiebra.

Las referidas incertidumbres hacen que con cierta frecuencia concurren la solicitud de suspensión de pagos del deudor y de quiebra de algún acreedor. Como es evidente que los dos procedimientos no pueden coexistir, es necesario determinar cuáles son sus relaciones, algo que obliga a diferenciar varios supuestos.

2. La prohibición de que los acreedores insten la quiebra mientras el expediente de suspensión de pagos se encuentre en tramitación (art. 9.III LSP)

La única regla legislativa expresa para regular las relaciones entre los dos procedimientos concursales es la que establece el artículo 9.III de la Ley de Suspensión de Pagos, a cuyo tenor "los acreedores no podrán pedir (...) la declaración de quiebra mientras el expediente de suspensión de pagos esté en tramitación". Es claro, pues, que los acreedores pierden la facultad de instar la quiebra de su deudor mientras se encuentre abierto el procedimiento de suspensión de pagos, salvo en los casos expresamente previstos en la propia Ley de Suspensión de Pagos y con los requisitos allí establecidos. Esos supuestos son el de declaración de insolvencia definitiva no sanada, que legitima al acreedor o a los acreedores que representen al cuarenta por ciento del pasivo para instar la quiebra en un breve plazo de cinco días (arts. 8.VI y 10.I), y el de incumplimiento del convenio, que permite a cualquier acreedor instar su resolución y la declaración de quiebra (art. 17.IV; v. STS 18-IV-1929. CL. 1929/188/226). En ambos casos la suspensión de pagos finalizaría por *conversión* en quiebra.

Es igualmente claro que ese precepto está dedicado a los efectos de la admisión a trámite de la suspensión sobre los acreedores, por lo que de él no puede extraerse argumento alguno para resolver si el propio deudor puede o no instar su quiebra durante la trami-

tación de la suspensión de pagos. Parece obvio, sin embargo, que el deudor puede pedir la apertura de la quiebra en cualquier momento anterior a la conclusión del convenio (STS 19-IV-1969, *RJ*, 2183), ya que la suspensión de pagos se concibe como un beneficio para él del que, por tanto, puede desistir. Las discusiones sobre la admisibilidad del desistimiento del deudor carecen de sentido desde el momento en que la Ley considera causa de finalización del expediente la falta de asistencia del deudor a la junta de acreedores, encargada de deliberar sobre la propuesta de convenio presentada por el deudor (art. 13.II), algo que revela a las claras que le asiste la facultad de poner fin a la suspensión de pagos por su propia y simple voluntad (v. auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 27 de enero de 1997, *AC*, 1997/194; contra, sin embargo, auto de la Audiencia Provincial de Lugo de 28 de enero de 1998, *AC*, 1998/2834, aunque en un supuesto en que ya había sido concluido el convenio entre el deudor y los acreedores).

Parece igualmente claro que la prohibición de instar la quiebra es aplicable solamente a los acreedores concursales, de modo que no puede afectar a los *acreedores de la masa*, quienes conservan en el procedimiento todas sus acciones, incluida la de pedir la quiebra de su deudor. Así lo entendió la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1917 (*CL*, 1917/140/93), a cuyo tenor los "créditos nuevos, nacidos de obligaciones posteriores a la fecha de la suspensión de pagos, pueden solicitar y obtener la declaración en quiebra del comerciante suspenso".

Más complicado es, sin embargo, determinar los *límites temporales* del precepto que impide solicitar la quiebra a los acreedores mientras la suspensión de pagos se encuentre *en tramitación*. Respecto al *momento* en que comienza la tramitación, ninguna duda se suscita cuando se haya dictado ya la providencia judicial de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos a la que se refiere el artículo 4 de la Ley, ya que dicha providencia genera los principales efectos de la suspensión tanto sobre el deudor como sobre los acreedores (arts. 4 y 9 LSP). De acuerdo con ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1986 (*RJ*, 1152) afirmó que "el expediente de suspensión de pagos se halla en tramitación a partir de la providencia del juez a quien corresponda el conocimiento del dicho expediente, que, teniéndola por solicitada, ha de dictar necesariamente el mismo día de la presentación del escrito, y si no fuera posible en el siguiente, conforme a lo que dispone el artículo 4º de la misma Ley y que ha de contener los pronunciamientos que allí se expresan. La prohibición, por tanto, afecta al tiempo posterior a esa fecha, a partir de la cual ya no les es posible a los acreedores pedir la declaración de quiebra" (v. también, aunque incidentalmente, SSTs 26-XI-1976, *RJ*, 5057, y 20-IX-1988, *RJ*, 6845). Ahora bien, esa interpretación resulta excesivamente restrictiva, porque estaría facultando a los acreedores para instar –y obtener– la declaración de quiebra en el período que media entre la presentación de la solicitud de suspensión de pagos por el deudor y la providencia judicial de admisión a trámite, algo que no parece haber sido querido por la norma, por cuanto se estaría concediendo preferencia al procedimiento instado después. Por eso, parece más lógico considerar que el expediente está en tramitación desde el momento mismo de la *presentación de la solicitud* a la que se refiere el artículo 2, ya que, en definitiva, ese acto pone en marcha el procedimiento. En este sentido se pronuncia el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 1995 (*AC*, 2024): "parece más ajustada, tanto al sentido gramatical como al fin de la norma la [interpretación] que entiende que el expediente de suspensión de pagos está en tramitación desde que se presente el escrito de solicitud, siempre que llegue a resolverse por el órgano jurisdiccional en sentido favorable a su admisión, con efecto *ex tunc*, privando de virtualidad a la presentación de quiebra necesaria presentada entre uno y otro momento".

La Ley priva a los acreedores de la facultad de instar la quiebra *hasta que el expediente finalice*: sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1927 (CL, 1927/177/132), que no admite la resolución del convenio concluido en la suspensión; de 4 de marzo de 1929 (CL, 1929/188/20), que admitió la quiebra de un empresario porque ya había finalizado la suspensión; de 19 de abril de 1969, ya citada, que no admitió la quiebra voluntaria porque ya se había concluido convenio, y de 7 de mayo de 1987 (RJ, 3387), que *negó la facultad de instar la quiebra a los acreedores en un momento en el que no se había dictado todavía formalmente el sobreseimiento de la suspensión por no estar definitivamente acreditada la falta de quórum*. El Reglamento del Registro Mercantil y la Ley de Suspensión de Pagos, a pesar de su defectuosa técnica, ponen de manifiesto que el expediente de suspensión de pagos puede terminar por cumplimiento del convenio (terminación normal) o por sobreseimiento del expediente (terminación anormal). El artículo 325.1 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que los asientos registrales derivados de la suspensión de pagos "se cancelarán en virtud de mandamiento judicial, transcribiendo la parte dispositiva de la resolución judicial firme por la que se *sobresea* la suspensión de pagos o se declare el *íntegro cumplimiento del convenio aprobado*". Por su parte, la Ley de Suspensión de Pagos, proporciona argumentos suficientes para entender que las dos referidas son las formas de finalización del expediente. De un lado, el artículo 23 establece que el Ministerio Fiscal será parte "desde el momento de iniciarse el expediente de suspensión de pagos hasta el *cumplimiento total del convenio*". Así, pues, la extendida tesis según la cual la firmeza del auto de aprobación del convenio pone fin a la suspensión de pagos es inexacta. La razón de que se exija el cumplimiento íntegro del convenio parece evidente: la crisis de la empresa que dio lugar a la apertura de la suspensión de pagos sólo quedará eliminada tras la ejecución íntegra del convenio acordado por el deudor y los acreedores. De otro lado, a lo largo de la Ley se establecen varios supuestos de finalización anormal del expediente, que, aun con diversas denominaciones, reciben doctrinalmente el nombre de causas de sobreseimiento.

Hay que señalar asimismo que, finalizada la suspensión de pagos, será posible la declaración de quiebra, aunque el deudor inste con posterioridad una nueva suspensión de pagos. En efecto, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1988 (RJ, 6845), "el deudor no puede provocar de forma sucesiva y reiterativa la adopción de las medidas consiguientes a tener por solicitada la suspensión y en particular la del párrafo tercero del artículo 9º de impedirles a los acreedores la petición de la declaración de la quiebra (...) si ya desistió de todos ellos dentro de una suspensión antecedente. A ella y no a las sucesivas deberá, en otro aspecto, referirse el punto de la preferencia entre suspensión y quiebra".

Es evidente, en fin, que la eficacia del precepto se agota en impedir a los acreedores instar la quiebra de un *deudor después* de que éste haya solicitado ya su suspensión de pagos, de modo que, como más adelante se verá, no puede servir para justificar la preferencia de la suspensión de pagos sobre una quiebra que se hubiera instado con anterioridad, es decir, para impedir a los acreedores instar la quiebra de un deudor *antes* de que él solicite su suspensión. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1976 (RJ, 5057), que, en un caso en que la petición de la quiebra había precedido en casi dos semanas a la solicitud de suspensión de pagos, concedió preferencia a la quiebra sobre la base de que "aquí no es que se pida la declaración de quiebra durante la tramitación de la suspensión, sino justo al revés pues se solicita la suspensión no ya durante la tramitación de la quiebra, sino cuando ésta en lo que tenía de trámite previo, estaba concluida". Más clara es la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de

27 de octubre de 1992 (RGD. 1993, 3821 ss.), según la cual lo que realmente establece ese precepto es la "incompatibilidad simultánea" entre suspensión de pagos y quiebra.

3. La concurrencia de solicitudes de suspensión de pagos y de quiebra

PLANTEAMIENTO

Aunque no exista regla legislativa al respecto, parece obvio que debe rechazarse la admisión a trámite de una solicitud de suspensión de pagos cuando ya haya sido *declarada* la quiebra, pues los dos procedimientos no pueden tramitarse simultáneamente. Se ha argumentado al respecto la clara incompatibilidad entre los dos procedimientos concursales, la inhabilitación o desapoderamiento del quebrado que le impediría ya instar su suspensión y la prohibición del quebrado de proponer un convenio fuera del procedimiento de quiebra. Declarada la quiebra, es evidente que el único remedio que asiste al deudor es el de oponerse a esa declaración. Si obtiene la revocación de la quiebra, podrá pedir la suspensión de pagos.

El problema surge en los supuestos de *simultaneidad* o de *concurrencia de las solicitudes* de suspensión de pagos y de quiebra, que puede ser *relativa* o *absoluta*, cuya frecuencia es alta. La simultaneidad relativa consiste en que, solicitada la quiebra, pero todavía no declarada, el deudor presenta solicitud de suspensión de pagos, tratando de evitar que esa declaración de quiebra se produzca u obteniendo la revocación de la declaración de quiebra por haberse admitido a trámite su solicitud de suspensión: es decir, el deudor se defiende de la solicitud de quiebra realizada por el acreedor presentando solicitud de declaración de suspensión de pagos y tratando de obtener la providencia de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos antes de que se declare la quiebra. La simultaneidad absoluta, es decir, la coincidencia temporal entre las solicitudes de suspensión de pagos y de quiebra, puede obedecer a las defectuosas reglas de determinación de la competencia territorial para la declaración de quiebra: el comerciante pide la suspensión de pagos ante el juez de su domicilio y en el mismo momento un acreedor insta la quiebra ante el juez del lugar donde se siguen ejecuciones contra ese comerciante.

Los problemas que ello suscita son graves. Así, llega a ocurrir que un juez declara la quiebra y otro admite a trámite la suspensión de pagos, de modo que, durante un tiempo, el deudor está simultáneamente en suspensión de pagos y en quiebra. En todo caso, el problema mayor, en la práctica, es el de que se anule lo actuado en uno de los procedimientos cuando el otro resulta triunfante. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1976, ya citada, resuelve que el auto que denegó la declaración de quiebra por haberse admitido a trámite la suspensión de pagos era contrario a derecho, por lo que declara al suspenso en quiebra y, además, declara la nulidad de todo lo actuado en la suspensión de pagos, admitida a trámite dos años antes.

LA SIMULTANEIDAD RELATIVA: LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN PAGOS REALIZADA CON POSTERIORIDAD A LA SOLICITUD DE QUIEBRA PERO CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN

El supuesto denominado de *simultaneidad relativa* consiste en la presentación de la solicitud de suspensión de pagos por parte del deudor después de la presentación de la solicitud de quiebra por un acreedor, pero antes de que la quiebra haya sido declarada. A primera vista, la solución parece clara: será preferente el procedimiento que primero se inste, por lo que, en el caso que nos ocupa, debe declararse la quiebra, siempre que concurren

todos los requisitos para su apertura. En efecto, en primer lugar, si la presentación de la solicitud de suspensión de pagos impide a los acreedores instar la quiebra, la presentación de la solicitud de quiebra debe impedir al deudor instar su suspensión (contra, sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de octubre de 1992, ya citada, según la cual "no existe norma alguna que imponga un trato recíproco a la petición de quiebra y ello permite inicialmente solicitar la suspensión de pagos aunque se hallase en trámite la quiebra, siempre que no se hubiese declarado ésta"). Es obvio que la acción de quiebra se ejercita mediante su solicitud, de modo que, salvo que una norma expresa lo señalara (v., en ese sentido, el artículo 160 de la *legge fallimentare*, que permite al deudor instar el concordato preventivo siempre y cuando la quiebra no se haya declarado todavía), no puede quedar enervada por una solicitud posterior de suspensión de pagos (SOTILLO).

En segundo lugar, la regla de la *prioridad temporal* es la regla general procesal, articulada sobre la base de la excepción de litispendencia, de tal suerte que, iniciado un procedimiento, puede impedirse que comience otro sobre la misma cuestión. Iniciado el procedimiento de quiebra mediante la correspondiente solicitud de parte (arts. 875 y 876 C de C), no puede abrirse el de suspensión de pagos, a menos que antes se ponga fin al primero. Aunque la Ley de Suspensión de Pagos rechace la posibilidad de recursos (art. 9.1), es evidente que una providencia de admisión a trámite del expediente dictada en contravención de normas imperativas será considerada nula.

En tercer lugar, permitir la apertura de la suspensión de pagos una vez solicitada la quiebra supondría una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva de los acreedores, ya que sobre el derecho a instar la quiebra, que forma parte de los medios de tutela de su derecho de crédito, se haría prevalecer el interés del deudor a obtener el privilegio de una suspensión de pagos para cuya apertura no se requiere merecimiento alguno.

En cuarto lugar, si se otorga preferencia a la suspensión de pagos sobre una quiebra instada con anterioridad, se estaría fomentando una conducta fraudulenta del deudor con respecto al derecho de sus acreedores a instar y obtener la quiebra de un comerciante insolvente: conociendo de la existencia de una solicitud de quiebra, evitaría su declaración judicial acogiéndose al procedimiento más beneficioso de la suspensión de pagos, en lugar de acudir al mecanismo previsto legalmente que no es otro que el de oposición a la declaración judicial de quiebra. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1976 en un caso en que la petición de la quiebra era anterior en casi dos semanas a la solicitud de suspensión de pagos, que concedió preferencia a la quiebra para evitar las consecuencias "de un auténtico fraude de ley, consistente en permitir que la iniciación de un expediente de suspensión de pagos en cualquier momento pudiese paralizar la tramitación del más severo de la quiebra iniciado y tramitado con anterioridad, con lo que además se impedirían, como ahora se ha impedido, la aplicación de las normas específicas dictadas para la quiebra especialmente en el párr. 2º del art. 876 y núm. 2 del 875 ambos del vigente C. Comercio".

En quinto lugar, otorgar preferencia a la suspensión de pagos sobre la quiebra instada previamente significaría que el deudor podría optar por la suspensión de pagos incluso después de que la quiebra se hubiera solicitado, con lo que se estaría rechazando cualquier incentivo para alcanzar un convenio razonable en el seno de la suspensión de pagos (ALCOVER).

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, tras ella, la de las Audiencias Provinciales, se ha inclinado por dar preferencia a la suspensión de pagos, de acuerdo con

diversos y muy discutibles argumentos, que se han recogido, sobre todo, en las sentencias de 3 de julio de 1933 (RJ, 1767) y 5 de julio de 1985 (RJ, 3641), y que conviene analizar.

La sentencia de 3 de julio de 1933, en un caso en que la solicitud de quiebra era de un día antes que la petición de suspensión de pagos, decidió la preferencia de la suspensión sobre la base de que la instancia de quiebra adolecía de "anormalidades e irregularidades", por lo cual dicha solicitud era "hecho aparentemente cierto, pero desprovisto de las consecuencias jurídicas" y, como ya se señaló, de "que este Supremo Tribunal tiene declarado que existe un estado preliminar al de quiebra para cuando el comerciante, teniendo un activo superior al pasivo o estando al menos nivelados, por dificultades del momento no le es posible atender a todas sus obligaciones", por lo que, en definitiva, la decisión se apoya en la falta del presupuesto objetivo de la quiebra. Pero esta sentencia añade una serie de consideraciones que se reiterarán más adelante y que constituyen el núcleo de la doctrina jurisprudencial sobre el problema que nos ocupa. Afirma, de un lado, como primer argumento, recogiendo en parte afirmaciones de la sentencia de 29 de diciembre de 1927, que "el artículo 871 del Código de Comercio hay que relacionarlo con los artículos segundo, cuarto y noveno de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que *la suspensión goza de prioridad frente a la quiebra* como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras", y añade, como segundo argumento, que se ha "pedido la suspensión antes de practicarse la información testifical imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, esto es, antes de adquirir la petición de quiebra estado legal por ser aquellas diligencias preliminares a él", es decir, antes de que se haya dictado el auto de declaración de quiebra. Señala, en fin, que "la suspensión de pagos es un estado especial que en nada coarta los derechos de los respectivos acreedores para el ejercicio de sus acciones".

La sentencia de 5 de julio de 1985, que sigue en gran medida a la anterior, trata de sistematizar todos los argumentos para otorgar preferencia a la suspensión de pagos instada con posterioridad a la solicitud de quiebra. Se afirma, ante todo, como ya se indicó, que "si el desarreglo económico es transitorio, como el mismo sólo se refiere a la imposibilidad de satisfacer las deudas en las fechas de los vencimientos, lo que implica la *solvencia*, no es causa suficiente para declarar la quiebra y sí la suspensión de pagos", argumento que es completamente irrelevante, puesto que, al negar la existencia del presupuesto objetivo de la quiebra, niega la colisión entre los dos procedimientos. En efecto, lo que se discute es qué procedimiento tiene preferencia cuándo concurre el presupuesto objetivo de la quiebra. Si falta algún requisito para la declaración de quiebra, no es que la suspensión goce de prioridad, sino que no es procedente declarar la quiebra.

El *primer argumento* utilizado para otorgar preferencia a la suspensión, que reproduce el de la referida sentencia de 1933, es el siguiente: "El artículo 871 del Código de Comercio hay que relacionarlo con los artículos 2, 4 y 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que *la suspensión de pagos goza de prioridad frente a la quiebra, como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando así el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras de sí las quiebras*". Este argumento se reproduce acriticamente en las resoluciones de las Audiencias [auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de mayo de 1993 (AC, 1070), sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de marzo de 1994 (AC, 450), sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de junio de 1994 (AC, 1137), sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de marzo de 1995 (AC, 883), auto de la

Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de octubre de 1996 (AC, 2123)], si bien resulta interesante la lectura del auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de junio de 1998 (AC, 1998:6053), que trata de ofrecer una justificación más acabada del mismo:

"El art. 1025 del Código de Comercio de 1829 viene determinando que "para providenciarse la declaración de quiebra a instancia de acreedor legítimo es indispensable que conste previamente en debida forma la cesación de pagos del deudor..." precepto que se encuentra en relación íntima con el art. 1325 LECiv conforme al cual el acreedor que solicite la declaración de quiebra de su deudor estará obligado a acreditar su personalidad con documento fehaciente de su crédito, con cuyo previo requisito se le admitirá la prueba que presente sobre los extremos comprendidos en el art. 1025 del Código de Comercio, estableciendo el párr. 2º, que probados éstos en forma suficiente, hará el juez la declaración de quiebra sin citación ni audiencia del quebrado...

Por su parte, y en orden a la suspensión de pagos, la Ley 26 julio 1922 en su art. 4 establece que el Juez examinará la solicitud del comerciante, y si se hubiese producido en forma *tendrá por solicitada* declaración de estado de suspensión de pagos en providencia que dictará *necesariamente* el mismo día o al día siguiente...

Del análisis comparativo de tales preceptos, se observa que la solicitud de quiebra puede conllevar una fase que podría denominarse "previa" antes de proceder sin más a su declaración, y destinada a acreditar ciertos extremos, lo que evidentemente parece lógico habida cuenta lo que la solicitud del acreedor conlleva (...). Esto no resulta así en cuanto a la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos, que ha de proveerse sin más caso de cumplirse los presupuestos legales.

Es patente pues que el art. 9.3º de la Ley de 1922 ha de interpretarse en el sentido que lo hizo el señor Juez *a quo*, pues de su literalidad ha de entresacarse que si no se puede pedir la declaración de quiebra necesaria una vez en marcha el expediente de suspensión de pagos, parece lógico que tampoco pueda proveerse a tal solicitud si en el interin se produjo dicha circunstancia, pues es lo cierto, como se vio, que iniciada la "fase previa" del expediente de quiebra necesaria, ninguna medida afectante al patrimonio o persona del deudor se produce, esto es, la solicitud de declaración de quiebra no ha de arrastrar sin más a intervención alguna, lo que por contra si se produce ante la aceptación de la solicitud de suspensión de pagos".

La excepción a esa regla viene dada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de octubre de 1992, ya citada, que, refiriéndose expresamente a un auto de la misma Audiencia de 24 de enero de 1992, sostiene lo siguiente:

"Hay que relativizar las afirmaciones que otorgan prioridad a la suspensión de pagos en términos generales, pudiendo cuestionar: a) que la interpretación auténtica de la Ley de 1922 dé prioridad a esta institución sobre la de la quiebra, ya que su tenor literal lo que realmente establece es la incompatibilidad simultánea de ambas y b) que la solicitud de suspensión de pagos opere a modo de enervación del expediente de quiebra en todo caso (...), concluyendo que se hace preciso un análisis casuístico de las fechas de presentación de los respectivos escritos".

El argumento no resiste el más mínimo análisis. De un lado, porque la lectura de los artículos 2, 4 y 9 de la Ley de Suspensión de Pagos pone de manifiesto que ni tan siquiera contemplan la cuestión planteada. El artículo 2 se limita a enumerar los documentos que deben acompañarse a la solicitud de admisión a trámite de la suspensión de pagos, y, si bien es cierto que facilita al deudor la presentación de la solicitud, en ningún momento hace referencia al problema de las relaciones con una hipotética quiebra que se solicite

más o menos simultáneamente. El artículo 4 se limita a regular la admisión a trámite de la solicitud y los efectos de la correspondiente providencia frente al deudor. Obviamente, del hecho de que se establezca una admisión a trámite de la solicitud del deudor prácticamente automática no puede deducirse que ello tenga que ser así aun cuando estuviese ya pendiente una solicitud de declaración de quiebra. En fin, el artículo 9, en su apartado tercero, sólo dice, como ya se indicó, que los acreedores no pueden instar la quiebra mientras el expediente de suspensión de pagos se encuentre en tramitación, pues su finalidad es impedir ejecuciones individuales o colectivas mientras esté pendiente la suspensión de pagos, es decir, que se tramiten simultáneamente los dos procedimientos: de él no puede deducirse que, a la inversa, el deudor pueda instar su suspensión de pagos una vez admitida a trámite la petición de quiebra (una referencia en este sentido puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1976, ya citada); antes, al contrario, lo que podría deducirse de su lectura es que, de modo simétrico, estando en tramitación una solicitud de quiebra, no podría el deudor instar la suspensión de pagos.

De otro lado, porque en la actualidad no puede seriamente afirmarse que la suspensión de pagos favorezca el convenio frente al procedimiento de quiebra, por cuanto es evidente que la solución convenida es posible tanto en la suspensión de pagos como en la quiebra, ni, mucho menos, que la preferencia de la suspensión de pagos pueda hacerse derivar de la intención de evitar "el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras de sí las quiebras". En todo caso, como veremos, este *favor debitoris* se reiterará en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995, ya citada, que alude al "carácter más preventivo o cautelar del procedimiento de suspensión de pagos, en la idea de que sin detrimento de las garantías de los acreedores del suspenso, permite a éste en mejor modo que en el caso de la quiebra, restaurar la normalidad de su aptitud comercial y de gestión económica".

El *segundo argumento*, que reproduce aparentemente el de la sentencia de 1933, es el de que *la suspensión de pagos merece trato prioritario cuando ha sido solicitada antes de ser practicada "la información testifical imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, esto es, antes de adquirir la petición de quiebra estado legal por aquellas diligencias preliminares a él"*, añadiéndose que esa preferencia desaparece si al tiempo de presentarse la solicitud de suspensión de pagos "la quiebra, en lo que tenía de trámite previo, estaba concluida", es decir, "totalmente cumplida" la información testifical y librados los despachos. Esa misma tesis fue defendida también, como ya sabemos, por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1976, que, en un caso en que la petición de la quiebra había precedido en casi dos semanas a la solicitud de suspensión de pagos, concedió preferencia a la quiebra sobre la base de que "aquí no es que se pida la declaración de quiebra durante la tramitación de la suspensión, sino justo al revés pues *se solicita la suspensión no ya durante la tramitación de la quiebra, sino cuando ésta en lo que tenía de trámite previo, estaba concluida*", y es continuamente reproducida por las Audiencias: auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de mayo de 1993 (AC, 1070), auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 21 de mayo de 1993 (AC, 1875), auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 12 de febrero de 1996 (AC, 287), auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de octubre de 1996 (AC, 2123), auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de junio de 1999 (AC, 1355). Como excepción cabe recordar la ya referida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de octubre de 1992, según la cual "se hace preciso un análisis casuístico de las fechas de presentación de los respectivos escritos".

Hay que indicar, ante todo, que, como se ha señalado (SOTILLO, ALCOVER), la sentencia de 1933 no decía exactamente lo que más tarde afirman las sentencias de 1976 y 1985, que son las que fijan la línea jurisprudencial en este punto. En efecto, lo que aquella sentencia quería señalar es que, cuando se insta la suspensión de pagos, la quiebra aún no había sido declarada, sin fijar ningún punto intermedio entre la presentación de la solicitud y la declaración de la quiebra hasta el cual sería posible instar y obtener la suspensión y pasado el cual ya no sería posible. La exigencia de ese punto intermedio, que ningún texto legal autoriza, obedece a una inexacta reproducción de esa sentencia en las de los años 1976 y 1985, reproducida luego por las Audiencias, y es inaceptable porque genera graves inseguridades al hacer depender la preferencia de la suspensión de pagos o de la quiebra de la diligencia en la actuación de cada juez, de las pruebas aportadas por el acreedor instante y de la propia complejidad del presupuesto objetivo (v., en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de marzo de 1994, AC. 450).

Pero la tesis del Tribunal Supremo es rechazable también en su versión de 1933, según la cual hay que dar preferencia a la suspensión solicitada cuando la quiebra no se haya declarado todavía. En efecto, para que un procedimiento pueda prevalecer sobre otro que ya se encuentra "en tramitación", sería necesario, como ya señalamos, que así se señalase expresamente o, al menos, que hubiese un motivo decisivo para otorgarle esa preferencia, algo que, evidentemente, no ocurre con el procedimiento de suspensión de pagos. Antes al contrario, sobre el privilegio del deudor que, sin requisito subjetivo alguno, puede obtener el beneficio de la suspensión de pagos, cuya apertura evitará el procedimiento de quiebra, debe prevalecer el derecho de los acreedores a instar la quiebra de su deudor, algo que forma parte de la tutela de su crédito.

El *tercer argumento* es el de que la preferencia de la suspensión "no significa obstáculo alguno para la ulterior prosecución de la quiebra de no obtenerse el acuerdo entre los acreedores y el suspenso y en las demás hipótesis legalmente previstas, esto es, insolvencia definitiva e incumplimiento del convenio", algo que, siendo evidente, no puede servir para justificar la preferencia de un procedimiento sobre otro. Por el contrario, conceder preferencia a la suspensión de pagos instada después de la solicitud de quiebra supone obligar a los acreedores que, en uso de su derecho, instaron la quiebra de su deudor a pasar antes por el trámite de suspensión de pagos.

El *cuarto argumento*, que se inspira también en la sentencia de 1933, es el de que "el hecho de que el juez haya paralizado la tramitación de la fase preliminar de la quiebra en tanto penda la suspensión de pagos, donde los acreedores concurrentes pueden acudir a la junta general, no significa desconocimiento del derecho a la tutela efectiva" (art. 24 CE), ya que "no hay razón alguna para entender que es fraudulenta la conducta del deudor cuando *permitiéndolo la situación de un proceso de quiebra apenas iniciado*, presenta solicitud de suspensión de pagos con el legítimo y explicable propósito de evitar la desaparición de la empresa". El argumento se reitera sólo de forma muy incidental en la sentencia de 27 de febrero de 1995, que afirma que el procedimiento de suspensión de pagos no merma las garantías de los acreedores del suspenso. Es evidente, sin embargo, como ya se ha indicado, que la tesis que otorga preferencia a la suspensión de pagos sobre una quiebra instada con anterioridad fomenta una conducta fraudulenta del deudor con respecto al derecho de sus acreedores a instar y obtener la quiebra de un comerciante insolvente: conocedor de la existencia de una solicitud de quiebra, pretende evitar su declaración judicial acogiéndose al procedimiento más beneficioso de la suspensión de pagos, en lugar de acudir al mecanismo previsto legalmente que no es otro que la oposición a la declara-

ción judicial de quiebra. Lo que hay que demostrar es, precisamente, utilizando las palabras del Tribunal Supremo que "la situación de un procedimiento de quiebra apenas iniciado" permita al deudor instar su suspensión de pagos. En este sentido, como ya se señaló, el propio Tribunal Supremo ha reconocido la posibilidad de ese fraude en la sentencia de 26 de noviembre de 1976, que, en un caso en que la petición de la quiebra había precedido en casi dos semanas a la solicitud de suspensión de pagos, concedió preferencia a la quiebra, no sólo porque "se solicita la suspensión no ya durante la tramitación de la quiebra, sino cuando ésta en lo que tenía de trámite previo, estaba concluida", sino también para evitar las consecuencias "de un auténtico fraude de ley, consistente en permitir que la iniciación de un expediente de suspensión de pagos en cualquier momento pudiese paralizar la tramitación del más severo de la quiebra iniciado y tramitado con anterioridad, con lo que además se impedirían, como ahora se ha impedido, la aplicación de las normas específicas dictadas para la quiebra especialmente en el párr. 2º del art. 876 y núm. 2 del 875 ambos del vigente C. Comercio". Años después, la sentencia de 7 de marzo de 1986 (RJ. 1152) acepta los razonamientos de la sentencia de 1976, sobre el posible fraude de ley consistente en permitir que un deudor pueda paralizar un procedimiento de quiebra mediante la solicitud de una suspensión de pagos, aunque no entra a valorar si existió o no fraude. El razonamiento es evidente: la quiebra ya instada puede no declararse y la quiebra ya declarada puede impugnarse mediante la oposición al auto de declaración; pero la quiebra instada, esté o no declarada, no puede paralizarse por el cauce indirecto y fraudulento de una solicitud de suspensión de pagos, que debió ser presentada con anterioridad.

El Tribunal Supremo ha llegado, en fin, a afirmar que "es de interés señalar que el Anteproyecto de Ley Concursal busca el consenso y la gestión controlada como soluciones prioritarias y sólo en último extremo da paso a la liquidación del patrimonio del deudor". A ese argumento, meramente ilustrativo, puede hoy oponerse que la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de diciembre de 1995 no prevé la gestión controlada y sitúa el convenio y la liquidación en pie de igualdad, de acuerdo con las más modernas concepciones del concurso con función simplemente solutoria.

A la vista de las consideraciones anteriores, parece que debe sostenerse la preferencia de la quiebra sobre una suspensión de pagos instada con posterioridad. El criterio para que prevalezca uno u otro procedimiento sólo puede ser el del momento de la presentación de la solicitud. En esta línea parece moverse, profundizando en la varias veces citada sentencia de 27 de octubre de 1992 de la Audiencia Provincial de Barcelona, el auto de la misma Audiencia de 28 de septiembre de 1995 (AC. 2024), que, tras recordar el carácter polémico de la doctrina jurisprudencial que da preferencia a la suspensión de pagos instada antes de concluir las diligencias preliminares de la quiebra, parece entender que el elemento básico para otorgar preferencia a uno u otro procedimiento ha de ser el de la prioridad temporal en la solicitud, al afirmar (en un supuesto en que la suspensión de pagos se insta unas horas antes que la quiebra) que "nada impedía a los acreedores instar la quiebra necesaria de la referida sociedad desde el momento en que (...) concurrieron sus requisitos objetivos".

LA SIMULTANEIDAD ABSOLUTA

Ahora bien, puede ocurrir que la suspensión de pagos y la quiebra se insten simultáneamente, lo que impediría aplicar el criterio de la prioridad temporal. Nos encontra-

mos entonces ante lo que puede denominarse simultaneidad absoluta de presentación de solicitudes. Desde la perspectiva jurisprudencial, parece evidente que, para considerar preferente el expediente de suspensión de pagos, hubiera bastado con sostener que, si la suspensión goza de preferencia sobre la quiebra siempre que la quiebra no haya sido declarada o, al menos, siempre que no haya concluido la información testifical de ésta, con mayor razón gozará de preferencia cuando ambos procedimientos se insten simultáneamente. Así, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 21 de mayo de 1993 (AC. 1875) señala que "es jurisprudencia unánime (...) la que establece la prioridad del estado de suspensión de pagos al de quiebra en el caso de ser coetáneos en el tiempo, pero es que en el supuesto que nos ocupa, cuando se realiza la información testifical en el procedimiento de quiebra (...) ya había tenido entrada en el Juzgado (...) la solicitud de la suspensa (...)".

Sin embargo, se ha apelado, además, al *favor debitoris*, a la ausencia de perjuicio a los acreedores, al carácter preventivo de la suspensión de pagos y a la extensión analógica de la regla contenida en el artículo 9.III de la Ley de Suspensión de Pagos, lo que obliga a insistir en la discusión anterior. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995, ya citada, tras subrayar la *identidad de fechas de las respectivas resoluciones judiciales* de apertura de la suspensión y de la quiebra, a pesar de que este último procedimiento se había instado con anterioridad, plantea el problema como una cuestión de coincidencia de solicitudes, al señalar que "neutralizada así esa procedencia temporal que subraya el Fiscal, es claro que emerge como elemento de influencia decisoria, tanto el carácter más preventivo o cautelar del procedimiento de suspensión de pagos, en la idea de que sin detrimento de las garantías de los acreedores del suspenso, permite a éste en mejor modo que en el caso de la quiebra, restaurar la normalidad de su aptitud comercial y de gestión económica (...), como, sobre todo, que en un orden lógico de producción de los acontecimientos, que ha de respetarse salvo situaciones de notoriedad deficitaria en la patrimonial, la suspensión viene a funcionar como prevención o antecedente de los procedimientos de quiebra, y de ahí que exista la prohibición antes señalada en el citado art. 9º de la Ley: (...) La sanción de su párrafo 3º es bien expresiva: "Los acreedores no podrán pedir tampoco la declaración de quiebra mientras el expediente de suspensión de pagos esté en tramitación"; y obvio resulta que *la admisión a trámite (...) del expediente concursal, cerraba cualquier otro coetáneo o posterior tendente a la declaración de quiebra*". El auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 12 de febrero de 1996 (AC. 287) señala que "en el caso de *presentación simultánea de las solicitudes* de declaración de suspensión de pagos y de quiebra, es unánime la jurisprudencia (...) que correlacionando los artículos 871 del Código de Comercio con los artículos 2, 4 y 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, establece la prioridad de la suspensión ya que la finalidad de la primera es evitar la ejecución y liquidación de una empresa, facilitando el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando la ruina de capital que lleva tras sí la quiebra, sin que los acreedores resulten indefensos respecto al deudor pues la ley les permite controlar el desarrollo del expediente de suspensión y el convenio propuesto por el suspenso".

Los argumentos son insostenibles. En primer lugar, como ya se ha señalado, la suspensión de pagos no constituye en la actualidad un procedimiento de carácter más preventivo o cautelar que la quiebra, sino que es manifiestamente alternativo o sustitutivo. Carece de toda lógica afirmar que la suspensión de pagos ha de preceder a la quiebra, porque en los dos procedimientos puede llegarse a las mismas soluciones. Más aún, en los últimos años los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística permiten observar

que el número de quiebras supera al de suspensiones. En efecto, si hasta el año 1994 el número de suspensiones de pagos era claramente superior al de quiebras (en concreto, ese año se abren casi 1.000 suspensiones de pagos frente a 700 quiebras), a partir de 1995 la tendencia se invierte. En 1995 y 1996 el número de suspensiones y de quiebras es aproximadamente el mismo; en 1997, el número de quiebras (650) supera por vez primera al de suspensiones (500); en 1998, sigue aumentando la diferencia (268 suspensiones frente a 430 quiebras), y a lo largo de 1999 se mantiene esa tendencia. Es importante subrayar también que, según esos mismos datos del Instituto Nacional de Estadística, el número de quiebras voluntarias (instadas por el propio deudor) es aproximadamente el doble que el de quiebras necesarias (instadas por el acreedor), lo que deja en entredicho la afirmación de que la suspensión de pagos había venido a ocupar el papel de la quiebra voluntaria.

En segundo lugar, es rechazable la interpretación que se propone del artículo 9.III de la Ley de Suspensión de Pagos. Lo único que ese precepto dice es que los acreedores no podrán pedir la quiebra mientras la suspensión de pagos se encuentre en tramitación, expresión que puede interpretarse, como vimos, en el sentido de que la suspensión de pagos se inicia con la providencia de admisión a trámite de la solicitud (STS 7-III-1986) o, mejor aún, con la simple presentación de la solicitud (AAP Barcelona 28-IX-1995, que pone en duda la corrección de la posición del Tribunal Supremo, ciertamente contradictoria con su tesis de otorgar preferencia a la suspensión sobre la quiebra), pero que en ningún caso puede utilizarse para justificar la prioridad de la suspensión de pagos sobre una quiebra instada simultáneamente.

En tercer lugar, no parece que la cuestión pueda resolverse tampoco apelando al *favor debitoris*, que agota su eficacia en la facultad del deudor de adelantarse a sus acreedores y obtener el beneficio de la suspensión de pagos cualquiera que sea su situación económica y su grado de "merecimiento". Por el contrario, en caso de coincidencia temporal de las solicitudes de suspensión de pagos y quiebra, ha de prevalecer la quiebra por la distinta naturaleza de las pretensiones del deudor y del acreedor: sobre la pretensión del deudor de obtener un privilegio, debe prevalecer el derecho de los acreedores a instar la quiebra del deudor insolvente.

En fin, la tesis de la preferencia de la quiebra sobre la suspensión de pagos en caso de simultaneidad absoluta de solicitudes parece también la más conveniente. Como señala ALCOVER, aunque sea a propósito del caso de solicitud de suspensión de pagos realizada después de la petición de quiebra, "si en el seno de nuestro ordenamiento se priorizara la quiebra, existiría al menos un incentivo para que el deudor intentara adelantar en el tiempo la presentación de la suspensión, con lo que aún cabría la posibilidad de ofrecer un convenio que permitiera cobrar parcialmente a los acreedores y salvar la empresa".

III. CONCLUSIÓN

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la necesidad de acabar con el solapamiento actual entre los procedimientos de suspensión de pagos y de quiebra. Ahora bien, esa situación puede eliminarse de dos modos: con la previsión de dos procedimientos claramente diferenciados en su presupuesto objetivo (solución de la Propuesta de 1995, que diferenciaba entre un procedimiento general de concurso de acreedores cuyo presupuesto era la insolvencia y un procedimiento especial de suspensión de pagos para los casos de simples dificultades económicas), o a través de un único procedimiento de

concurso de acreedores. Como es obvio, esta última opción, pervista tanto en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 como en el Proyecto de Ley de 2002, supone la supresión de raíz de todo problema de concurrencia de solicitudes.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER, "Quiebra versus suspensión de pagos", en RDM, 1997, 59 ss.; BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bologna, 1986; CORDÓN, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial* (3ª ed.), Pamplona, 1998); CUNAT, "El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos", en RJCAt, 1976, 7 ss.; GARCÍA VILLAVERDE, "La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración", en AA. VV., *Derecho concursal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, 271 ss.; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II (8ª ed.), Madrid, 1983; GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal", en Estudios homenaje José María Chico Ortiz, Madrid, 1995, 1315 ss.; NAVARRO, "Comentarios al artículo noveno de la Ley de Suspensión de Pagos", en RGD, 1973, 1131 ss.; ORTIZ NAVACERRADA, "Notas sobre quiebra consecutiva a suspensión de pagos", en *Actualidad Civil*, 1994-2, 329 ss.; ROJO, "La declaración judicial de la suspensión de pagos", en AA. VV., *Derecho concursal*, cit., 91 ss.; SOTILLO MARTÍ, "En torno a la coincidencia temporal entre la solicitud de suspensión de pagos y la quiebra" (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1976), en RJCAt, 1977, 77 ss.; SOTILLO NAVARRO, "El desistimiento en la suspensión de pagos", en RGD, 1954, 78 ss.; SUÁREZ LLANOS, *El estado de insolvencia*, Santiago de Compostela, 1970; TORRES DE CRUELS, *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957; TORRES DE CRUELS (Mas y Calvet), *La suspensión de pagos* (2ª ed.), Barcelona, 1995; URÍA, *Derecho Mercantil* (26ª ed.), Madrid, 1999; VICENT, "El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas", en RJCAt, 1979, 669 ss.