

GUÍA RÁPIDA FRANCIS
LEFEBVRE

**Instrumentos
preconcursoales para
la reestructuración
de empresas**

Fecha de edición: 16 de abril de 2021



Esta obra ha sido realizada
a iniciativa y bajo la coordinación
de la Redacción de
Francis Lefebvre

Coordinador:

José M^a Fernández Seijo. Magistrado, especialista en asuntos mercantiles.

Autores:

Marta Cervera Martínez. Magistrada, especialista en asuntos mercantiles.

María Enciso Alonso-Muñumer. Catedrática de Derecho Mercantil Universidad Rey Juan Carlos.

José M^a Fernández Seijo. Magistrado, especialista en asuntos mercantiles.

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00
clientes@lefebvre.es
www.efl.es
Precio: 33,28 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-18405-70-9
Depósito legal: M-12432-2021
Impreso en España
por Printing'94
Paseo de la Castellana, 93, 2º - 28046 Madrid

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

Plan general

	<u>nº marginal</u>
Capítulo 1. Introducción.....	10
Capítulo 2. Esquema general de los instrumentos preconcursales para la reestructuración empresarial.....	30
Capítulo 3. Presupuestos para poder acudir a estos instrumentos preconcursales. Insolvencia actual o inminente del deudor	50
Capítulo 4. Marcos de reestructuración preventiva y su previsión en la Dir (UE) 2019/1023 ..	80
Capítulo 5. Conceptos básicos de los acuerdos concursales y preconcursales de la reestructuración.....	130
Capítulo 6. Comunicación al juzgado del inicio de negociaciones. Efectos que despliega ..	550
Capítulo 7. Acuerdos de refinanciación singulares	660
Capítulo 8. Acuerdos de refinanciación colectivos	750
Capítulo 9. Acuerdos de refinanciación homologables judicialmente	850
Capítulo 10. Acuerdos extrajudiciales de pago.....	1110
Capítulo 11. Comunicación al juzgado para negociaciones destinadas a alcanzar un convenio concursal	1250
Capítulo 12. Reestructuración de la deuda del empresario persona física como complemento a la reestructuración empresarial.....	1370
Capítulo 13. Fracaso del acuerdo de refinanciación. Concurso consecutivo	1390
Capítulo 14. Normativa COVID-19 y reestructuración empresarial.....	1480
	<u>Página</u>
Tabla Alfabética.....	181

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
art.	artículo/s
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCom	Código de Comercio
D	Decreto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
Dir	Directiva
disp.adic.	disposición adicional
disp.derog.	disposición derogatoria
disp.final	disposición final
disp.trans.	disposición transitoria
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
ET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
JM	Juzgado de lo Mercantil
JPI	Juzgado de Primera Instancia
L	Ley
LCon	Texto Refundido de la Ley Concursal (RDLeg 1/2020)
LCon/03	Ley Concursal (L 22/2003)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LGP	Ley General Presupuestaria (L 47/2003)
LGSS	Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
LGT	Ley General Tributaria (L 58/2003)
LME	Ley de Modificaciones Estructurales (L 3/2009)
LSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010)
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
NRV	Norma de Registro y Valoración
OM	Orden Ministerial
PGC	Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007)
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
redacc	redactado/a
Rec	Recurso
Resol	Resolución
Rgto	Reglamento
RM	Registro Mercantil
RN	Reglamento Notarial
RRM	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996)
SA	Sociedad Anónima
Sareb	Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
TCJ	Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales
TCo	Tribunal Constitucional
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social

TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

CAPÍTULO 1

Introducción

Las sucesivas crisis económicas y financieras han puesto de manifiesto que una parte importante de las empresas buscan **superar la situación de insolvencia** al margen de los procedimientos concursales tradicionales. **10**

La experiencia anglosajona ha sido muy satisfactoria en la gestión de estas reestructuraciones acudiendo a procedimientos en los que no hay intervención de la autoridad judicial o esta intervención es mínima. Se trata de instituciones que permiten la apertura de **espacios para la negociación** con los principales acreedores conforme a reglas de lealtad y buena fe, permitiendo que las conversaciones se desarrollen sin la presión de las ejecuciones judiciales y los riesgos de la declaración de concurso y la extensión de responsabilidades a los administradores y gestores sociales.

Esta experiencia se ha terminado internacionalizando, y muchos países, entre ellos España, han optado por incorporar estas instituciones o instrumentos **preconcursoles** que, en principio, eran ajenos a la cultura y experiencia del derecho de insolvencia español.

Inicialmente, el legislador apostó en la Ley 22/2003 Concursal (en adelante, LCon/03) por un sistema en el que la **reestructuración** de empresas insolventes se tenía que realizar **una vez declarado el concurso**, con intervención judicial y por medio del convenio, habilitando la fórmula del **convenio anticipado** para agilizar la tramitación cuando la propuesta hubiera alcanzado adhesiones que hubiera conseguido el deudor en la fase previa a la declaración de concurso o en el arranque del procedimiento. **11**

Este modelo inicial fue objeto de **críticas** tanto de la doctrina como de la práctica judicial, evidenciando las dificultades de toda índole para llegar a convenios una vez declarado el concurso.

Ya en el año 2009, coincidiendo con la crisis financiera de 2008, se realizaron los primeros ajustes en la Ley, modificaciones y reformas que se sucedieron a lo largo de los años siguientes. **12**

Desde el RDL 3/2009 el legislador permitió que una **comunicación previa del deudor** insolvente permitiera el inicio de negociaciones con los acreedores, destinadas a alcanzar una propuesta anticipada de convenio. Durante esa fase previa de comunicación se desplegaban algunos efectos destinados a evitar que los acreedores pudieran instar el concurso necesario, o iniciar o reanudar ejecuciones singulares sobre bienes o derechos necesarios para la actividad del deudor. Este RDL fue el tímido inicio de las llamadas instituciones preconcursoles.

El texto originario de la Ley Concursal fue objeto de **sucesivas reformas** vinculadas, principalmente, a la evolución de la crisis económica y financiera de 2008, que obligó a realizar un sinnúmero de ajustes en el diseño normativo inicial, desdibujando alguna de sus instituciones principales e introduciendo otras sin seguir una sistemática adecuada.

El **Texto Refundido de la Ley Concursal** (en adelante, LCon), publicado en mayo de 2020 (RDLeg 1/2020), tiene como objetivo principal reordenar y armonizar esas sucesivas reformas, así como incorporar a la norma algunos criterios jurisprudenciales asentados durante la aplicación de la Ley Concursal de 2003. **13**

El Texto Refundido integra en el Libro II todas las normas referidas a los **institutos preconcursoles**, destinados a la reestructuración de la deuda de las empresas y de los particulares. Normas que hasta la fecha estaban dispersas en la derogada LCon/03.

La apuesta del Texto Refundido es muy ambiciosa ya que, sin quebrantar los límites propios de la delegación para refundir y armonizar la normativa anterior, ofrece una **regulación sistemática** de las distintas opciones que proponía la Ley, articulando un

marco muy flexible, destinado a que, en función del perfil o situación de cada deudor, el deudor pueda acudir a distintas vías para superar la situación de insolvencia. La apuesta del legislador español impulsando el Texto Refundido en los momentos más críticos de la declaración del primero de los estados de alarma a causa del COVID-19 (RD 463/2020 y sus sucesivas prórrogas), respondía a la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico español de un marco jurídico estable, con mayor seguridad jurídica, que permitiera la **consolidación del sistema de refinanciación** ensayado desde el RDL 3/2009, así como una rápida incorporación de los principios y criterios de la Dir (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Ver nº 80 s.

- 14** El legislador tendrá todavía que realizar algunos ajustes en el Texto Refundido para adaptarlo a la Directiva, pero la redacción actual permite disponer de un **marco jurídico seguro y razonablemente eficaz** para abordar las reestructuraciones empresariales, un instrumento indispensable para afrontar las consecuencias económicas de la emergencia sanitaria vinculada al COVID-19.
- 15** **Objetivo de la presente Guía** La presente obra tiene como objetivo elaborar una guía práctica que permita comprender las reglas de funcionamiento de los **instrumentos preconcursales** (tanto de índole judicial como extrajudicial) que dan cobertura a la **reestructuración empresarial**, tanto en sus aspectos materiales como procesales.
La guía nace con la vocación de las «guidelines» anglosajonas, instrumento que se emplea para analizar los **requisitos** y exigencias de las normas que regulan estas instituciones centrándose en los **criterios interpretativos** que se han asentado en la práctica judicial española, que lleva más de una década dando cobertura a las distintas instituciones preconcursales que ha ido introduciendo el legislador en sucesivas reformas.
- 16** La guía se elabora desde su arranque sobre las disposiciones que el Texto Refundido recoge sobre esta materia, recogidas principalmente en el nuevo libro II, incluyendo las concordancias y discordancias que presenta la actual redacción de la Ley con la Directiva comunitaria.
La guía busca dar respuesta a las exigencias de los profesionales que intervienen en el **asesoramiento y asistencia a empresas** que tienen que afrontar procesos de reestructuración para superar la situación de insolvencia y **evitar** así la disolución y **liquidación**.
También recoge indicaciones útiles y prácticas para ayudar a **administradores** sociales, gestores y responsables de sociedades de capital que puedan ver comprometido su patrimonio por una incorrecta gestión de la insolvencia.
- 17** La guía se orienta principalmente al examen de los distintos procedimientos judiciales previstos en la Ley Concursal para dar cobertura legal a los procesos de reestructuración y refinanciación empresarial.
También se incluyen las referencias al derecho concursal de urgencia impulsado por las normas especiales dictadas como consecuencia de la alarma sanitaria generada por el **COVID-19**. Desde el RDL 16/2020 hasta el RDL 5/2021, la guía se ocupa del **derecho excepcional** impulsado para hacer frente a los problemas de insolvencia transitoria de muchas empresas y empresarios como consecuencia de los efectos económicos del COVID-19 (ver nº 1480 s.).

CAPÍTULO 2

Esquema general de los instrumentos preconcursales para la reestructuración empresarial

El Texto Refundido de la Ley Concursal (LCon) ha optado por incorporar al Libro II un conjunto de reglas que ordenan, de modo sistemático, los llamados **institutos preconcursales**.

30

La redacción originaria de la precedente LCon/03 no preveía remedios preconcursales para la insolvencia, que fueron introduciéndose a partir del RDL 3/2009 mediante distintas instituciones de esta naturaleza que parten de la situación de insolvencia actual o inminente del deudor y que habilitan distintos escenarios para que el deudor pueda abordar su situación.

La LCon supone una mejora sustancial respecto del régimen legal anterior, aunque no realiza modificaciones formales profundas, ya que estaban vedadas por el propio mandato del Parlamento al Gobierno, pero sí supone un **tratamiento armonizado**, completo y articulado en un libro específico de distintas soluciones legales que ya estaban previstas en la LCon/03 sin un marco legal sistematizado.

Precisiones La LCon fija las bases para una eficaz **transposición** al derecho español de la **Dir 2019/1023**, destacando los aspectos de nuestro derecho interno que ya estaban en sintonía con la Directiva y con recomendaciones anteriores de la Unión Europea.

El esquema de los institutos preconcursales para la gestión de la insolvencia permite a las empresas y a los empresarios la **reestructuración** de su **situación financiera** intentando evitar los riesgos de una liquidación de activos del deudor que pueda destruir o deteriorar el valor de las empresas.

31

La LCon opta por un sistema muy flexible, en la estela de las reformas que ya fueron introduciéndose en la LCon/03, que se asienta en una **comunicación previa del deudor** al juzgado que, en su caso, sería competente para conocer del procedimiento de insolvencia. Esa comunicación se recoge ahora en la LCon art.583, que sigue refiriéndose a la «**apertura de negociaciones**». Ver nº 550 s.

La iniciativa y, por lo tanto, la legitimación activa, corresponde al deudor, que ha de encontrarse en situación de **insolvencia actual** (ante el incumplimiento de sus obligaciones ordinarias) o **inminente**. Ver nº 50 s.

Precisiones Debe tenerse en cuenta que la **Dir 2019/1023** hace referencia a la necesidad de facilitar **marcos de reestructuración preventiva**, que deben permitir, ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de **empresas viables**, lo que seguramente exija modular el concepto de insolvencia inminente vinculándola a esos marcos de reestructuración, pero sin perder la perspectiva de que la reestructuración o reorganización empresarial exige que se acredite una situación excepcional ya que, de otro modo, pueden convertirse en **ayudas indirectas** que distorsionen las reglas de la libre competencia.

A partir de la comunicación de la apertura de negociaciones, el deudor puede optar por fórmulas predispuestas para superar su situación, que se desarrollan tanto en el Libro II como en el Libro I de la LCon:

32

a. La preparación de una **propuesta de convenio anticipado**, que determina la presentación del concurso (LCon art.333 s.) (nº 165 s.).

b. La solicitud de **mediador concursal** para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (LCon art.635 s.) (nº 1110 s.).

c. La presentación de un **acuerdo de refinanciación** de créditos financieros para su homologación en el juzgado (LCon art.610 s.) (nº 850 s.).

d. La negociación de otros **acuerdos de refinanciación colectivos** (LCon art.597 s.) (nº 750 s.).

e. La negociación de **acuerdos de refinanciación singulares** (LCon art.604) (nº 660 s.).

f. La posibilidad de alcanzar **otras soluciones** a la solución de insolvencia al amparo de los efectos previstos por la comunicación de esas negociaciones (LCon art.583).

33 La **comunicación** que debe realizar el deudor de la apertura o existencia de esas negociaciones:

– es el **presupuesto procesal** para que puedan desarrollarse todos esos remedios concursales; y

– determina la aplicación de una serie de **efectos** que en ocasiones dependen de la solicitud del deudor, pero que en otras exigen algún requisito complementario, como puede ser el nombramiento de mediador concursal en el supuesto del acuerdo extrajudicial de pagos.

Esta comunicación del inicio de negociaciones puede permitir que el deudor supere la situación de insolvencia por medio de un acuerdo homologable o no homologable, o, caso contrario, puede solicitar la declaración de concurso en el plazo durante el que la comunicación surte sus efectos. Superado este plazo legal, cualquier acreedor podrá instar el concurso necesario, e iniciar o continuar los apremios correspondientes.

34 No debe olvidarse que la normativa **COVID-19** ha modificado también el régimen de comunicación y efectos de estos institutos concursales, ampliando los plazos de negociación (L 3/2020 art.6.3), ya que aquellos deudores que hubieran comunicado al juzgado el inicio de estas negociaciones o gestiones antes del 31-12-2020 dispondrán de seis meses para poder alcanzar un acuerdo o superar de cualquier otro modo la situación de insolvencia.

Asimismo, el RDL 5/2021 ha modificado la L 3/2020 ampliando la **moratoria concursal** (el plazo del que dispone el deudor para solicitar el concurso) hasta el 31-12-2021, estableciéndose expresamente que el deudor dispondrá de dos meses a partir del 1-1-2022 para instar el concurso si persiste su situación de insolvencia.

La moratoria concursal es un derecho del **deudor**, no una obligación, pues nada impide que el deudor en situación de insolvencia provisional o definitiva pueda acudir a los acuerdos de refinanciación regulados en la LCon o incluso solicitar el concurso si lo estima pertinente. En cambio, la moratoria sí afecta a los **acreedores**, que no podrán instar el concurso necesario mientras esté en vigor la moratoria. Ver nº 1480 s.

CAPÍTULO 3

Presupuestos para poder acudir a estos instrumentos preconcursales. Insolvencia actual o inminente del deudor

La Ley establece el concepto de **insolvencia del deudor** como presupuesto de hecho objetivo: **50**

- tanto de la declaración del concurso, común a todo deudor;
- como de las distintas soluciones en que puede desembocar el procedimiento (convenio o liquidación).

El carácter único de este presupuesto no queda desvirtuado por el hecho de su consideración en un doble momento: insolvencia actual o inminente.

Este presupuesto objetivo económico, centrado en la insolvencia (actual o inminente), ha de concurrir incluso en los supuestos de **concurso consecutivo** (nº 505), vinculado a la imposibilidad, incumplimiento o anulación de un acuerdo extrajudicial de pagos (LCon art.695), tanto cuando el concurso consecutivo es solicitado por el mediador concursal (LCon art.705), como cuando la solicitud procede del deudor o acreedores (LCon art.695).

Se encuentra en **estado de insolvencia patrimonial** el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles (LCon art.2.2). En estos supuestos tienen **legitimación** para instar el concurso: **51**

- el deudor, para quien la solicitud de concurso supone un deber legal (concurso voluntario);
- los acreedores (concurso necesario);
- así como el mediador concursal, en conexión con el incumplimiento de un acuerdo extrajudicial de pagos, y para quien también dicha solicitud constituye un deber en los supuestos de la LCon art.705.

Sobre la moratoria del deber legal de instar el concurso a causa del **COVID-19**, ver nº 1480 s.

La imposibilidad actual de incumplimiento de las obligaciones exigibles es un elemento integrante del concepto de **insolvencia actual** (LCon art.2.2), siendo indiferente la causa de dicha imposibilidad, y sin que sea necesario un incumplimiento total, bastando con que sea generalizado. De hecho, la situación de insolvencia es absolutamente compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad **carece de liquidez** para atender regularmente sus obligaciones (AP Madrid 18-11-08, EDJ 288568). **52**

Por otra parte, la **causa** de la imposibilidad de cumplir es indiferente: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas, como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio, por falta de liquidez y/o de crédito.

El **cumplimiento regular** ha de ser un cumplimiento realizado conforme a las reglas generales sobre el pago de las obligaciones, esto es, en las condiciones fijadas en la obligación, y de acuerdo con los medios ordinarios con que cuente el deudor.

En este sentido, resulta irrelevante la **naturaleza** mercantil o civil de las **obligaciones** incumplidas, así como el origen contractual, cuasicontractual o extracontractual de las obligaciones que se incumplen, de modo que también puede generar un estado de insolvencia el incumplimiento de obligaciones de origen legal, como las contraídas frente a Hacienda.

El incumplimiento puede venir referido a los distintos **tipos de obligaciones**: dinerarias, no dinerarias, de dar, hacer o no hacer (CC art.1088).

53 Por su parte, la **exigibilidad** de la obligación se refiere a que es reclamable por la vía judicial y puede dar lugar a una acción. No obstante, la insolvencia actual se puede excluir mediante un «pacto de non petendo», siempre que ello permita remover la imposibilidad de cumplir la obligación.

La **regularidad** en el cumplimiento de las obligaciones se refiere al cumplimiento efectuado con los medios empleados en el ejercicio ordinario de la empresa de que se trate, en conexión con el respeto al principio de la «par conditio creditorum».

54 En cuanto al tipo de insolvencia:

- en caso de **concurso necesario**, debe ser actual; y
- en caso de **concurso voluntario** puede ser actual (en cuyo caso el deudor está obligado a solicitar su concurso, conforme a la LCon art.2.3 en conexión con el art.5.1), o inminente.

En este sentido, la LCon permite que cuando sea el deudor quien presente solicitud de concurso lo haga sobre la base de una **insolvencia inminente**, entendiéndose por tal la situación del deudor que **prevea** que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Se configura como estado de pronóstico cierto de la insolvencia todavía no actual, referido no sólo a la regularidad, sino también a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones (AP Madrid 8-5-09, EDJ 262213). En este caso, la solicitud del concurso constituye una **facultad para el deudor** y no un deber. El legislador trata de propiciar en el concurso a instancias del deudor esa función preventiva de las instituciones concursales dentro de una unidad de procedimiento, y la insolvencia inminente pertenece a una de esas situaciones indefinidas, anteriores a la crisis ya instaurada, en que es posible pronosticar la insolvencia. Se coloca, pues, la insolvencia en un momento de **pronóstico**, desde la insuficiencia económica, sobre la incapacidad de cumplimiento, con la finalidad de que los mecanismos de solución convencional o liquidadora tengan un sentido real (AP Girona auto 30-4-09, EDJ 214408).

Precisiones No cabe alegar insolvencia inminente cuando todas las **deudas** están **vencidas** (JM Santander núm 1, auto 28-4-06, EDJ 116112).

55 Al ser la insolvencia un estado, el juez no puede constatar su existencia de modo directo. El modo de operar la insolvencia actual –como presupuesto del concurso– es diferente en función de que sea el deudor (concurso voluntario) o los acreedores (concurso necesario) quienes soliciten el concurso:

a) En supuestos de concurso **voluntario**, la insolvencia opera a modo de cláusula general, pues no se tasan por el legislador las manifestaciones externas de dicha insolvencia;

b) En cambio, en los supuestos de concurso **necesario**, la insolvencia se ha de manifestar externamente a través de alguno de los hechos enumerados en la ley (LCon art.2.4), que permiten al acreedor solicitar el concurso. A tal efecto, se recogen una serie de **hechos externos o indiciarios de insolvencia** o circunstancias a partir de las cuales la Ley presume la existencia de un estado de insolvencia, salvo prueba en contrario (nº 63).

56 El estado de insolvencia ha de ser claro, ha de tratarse de una situación de hecho mantenida, general y persistente. La **prueba** del estado de insolvencia corresponde a quien insta el concurso.

En el caso del **deudor**, la prueba es más sencilla, pues la ley se conforma con que demuestre su endeudamiento y la situación de insolvencia, que ni siquiera tiene que ser actual, pues basta con que sea inminente; es decir, que el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones. El deudor puede fundamentar su solicitud de concurso en cualquiera de los hechos externos enumerados en la ley o en cualquier hecho no contenido en la enumeración legal, sin que exista

taxatividad alguna de los hechos reveladores. La determinación del día exacto de la insolvencia es intrascendente (TS 3-7-14, EDJ 111214).

En el caso del **acreedor**, el concurso se declara sin más trámite si aquél acredita que ha despachado inútilmente una ejecución contra el deudor, lo que determina una presunción iuris et de iure del estado de insolvencia.

Si no es este el caso, debe probar la concurrencia de hechos que la ley reputa indicios del estado de insolvencia, con carácter de presunciones iuris tantum, que enumera con carácter de numerus clausus en la LCon art.2.4.

El deudor puede, al **oponerse** a la solicitud de acreedor, probar bien la inexistencia del hecho alegado, bien su solvencia. En este segundo caso, pese a la existencia del hecho de insolvencia como tal, el concurso no se declara si el deudor presenta prueba de que el mismo no se corresponde con una verdadera situación de insolvencia.

El **hecho externo** revelador de la insolvencia fundamento de la solicitud de concurso necesario debe **concurrir** al tiempo de instarse el concurso y el instante del concurso debe acreditar en su solicitud indiciariamente tal hecho, sin que pueda diferir tal prueba a un momento posterior, pues en tal caso esta solicitud puede ser inadmitida a trámite.

Hechos reveladores de la insolvencia (LCon art.2.4) En caso de concurso **voluntario**, el deudor **puede** fundar su solicitud de concurso en alguno de los hechos externos reveladores de la insolvencia, sin perjuicio de que pueda fundarla en otros hechos distintos.

En cambio, en caso de concurso **necesario**, el acreedor **debe** fundar la solicitud de declaración de concurso de su deudor en alguno o varios de tales hechos externos, que son los siguientes:

1º. **Declaración judicial o administrativa.** El primer supuesto revelador de la insolvencia es la existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, pero siempre que sea firme.

2º. **Embargo infructuoso.** La hipótesis que, desde un punto de vista técnico, constituye una evidencia más sólida y más inmediata del estado de insolvencia –hasta el punto de que no admite prueba en contrario–, es el hecho de que un acreedor haya promovido ejecución contra el deudor, **sin que se hayan podido trabar bienes** por importe suficiente para cubrir el principal, intereses y costas. Incluso aunque la ejecución se haya despachado provisionalmente. Este supuesto es algo más que un mero hecho o indicio de insolvencia. La Ley lo regula al margen de los restantes, pues no puede probar su solvencia quien, en vía de ejecución, no tiene bienes bastantes para responder de sus obligaciones. La carga de la prueba sobre la concurrencia de un embargo infructuoso recae sobre el acreedor solicitante (LEC art.127). Si el acreedor no prueba el embargo infructuoso, no precisa el deudor acreditar que sí tiene capacidad patrimonial para soportar la traba de tal embargo sobre bienes o derechos concretos susceptibles de ello. El embargo puede haber sido trabado en vía administrativa o jurisdiccional y, en este último caso, a partir de cualquiera de los títulos a los que se refiere la LEC art.517, fundamentalmente, de origen judicial –sentencia o laudo– o notarial –póliza o escritura–. La concurrencia del presupuesto objetivo se acredita por medio de un testimonio de la resolución judicial o administrativa. Si el acreedor acredita la existencia de dicho embargo, el deudor solo puede oponerse señalando bienes o derechos de su titularidad suficientes para soportar la traba.

3º. **Embargo generalizado de bienes.** Constituye un indicio de insolvencia la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan de una manera general al patrimonio del deudor. A diferencia de la hipótesis del embargo infructuoso, la ley se refiere aquí a **ejecuciones trabadas** por el mismo acreedor instante del concurso o por terceros, que sí han sido efectivas, pues han dado lugar a la traba de los bienes del deudor. En este sentido, se ha considerado que no cabría asimilar a este hecho externo la mera existencia de garantías reales hipotecarias otorgadas a favor de ter-

59

63

64

65

66

ceros sobre los bienes propios del deudor cuando éstas no hayan dado lugar todavía a proceso de ejecución alguno, pues el hecho que se considera presupone pendencia del proceso, esto es, tramitación en curso de ejecuciones en trámite contra el deudor, lo que no concurre con la simple existencia de una garantía que no es ejecutada. La circunstancia del embargo por ejecuciones pendientes se acredita por medio de los correspondientes testimonios de las resoluciones judiciales o administrativas. Atendiendo a las circunstancias del caso, el juez debe valorar si el embargo ha de considerarse como generalizado. En la práctica, cuando la declaración de concurso no sea instada por varios acreedores, será difícil acreditar este hecho de insolvencia, en especial para los acreedores que tengan más difícil acceso a este tipo de información. El instante del concurso solo podrá obtener evidencia de la existencia de trabas sobre bienes inscritos en **registros públicos**, o tal vez acreditar que se han producido embargos **administrativos**. Sin embargo, la existencia de otros embargos será difícilmente conocida.

67 4º. **Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.** Es el hecho en el que, en la práctica, el acreedor suele fundamentar su solicitud de concurso necesario. El sobreseimiento es un concepto jurídico indeterminado que, como tal, exige valorar jurídicamente, en cada caso, los incumplimientos de las obligaciones por el deudor, en cuanto a su número, entidad y demás circunstancias concurrentes. La jurisprudencia viene exigiendo que el sobreseimiento sea:

- **actual**, y no pasado, debiendo concurrir no solo en el momento de la solicitud, sino también en el de la declaración del concurso;
- **general**, es decir, que haya un incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago frente a una pluralidad de acreedores, teniendo en cuenta que la satisfacción de algunos créditos no suprimiría la generalidad del incumplimiento y que el sobreseimiento implica exteriorizar una imposibilidad absoluta de pagar;
- **definitivo**, y no meramente temporal; así, no existe sobreseimiento cuando se produzca un retraso leve en el cumplimiento de las obligaciones, pues una cosa es el sobreseimiento y otro la incursión en mora reveladora de dificultades que pueden ser momentáneas;
- **irreversible**.

La **prueba** de este hecho revelador de la insolvencia incumbe a quien lo alega, siendo necesario, en todo caso, aportar prueba documental de la existencia de varias obligaciones incumplidas, pues la prueba testifical no es, por sí sola, suficiente.

68 5º. **Incumplimiento generalizado de obligaciones sensibles.** Se considera que, en la práctica, el incumplimiento de determinadas obligaciones, especialmente delicadas, suele evidenciar el deterioro de la situación financiera. De ahí que la ley presuma en estado de insolvencia al deudor que se encuentra en tal situación.

Se trata de un supuesto de sobreseimiento parcial, pero cualificado. En todos los casos, el incumplimiento de obligaciones sensibles ha de ser generalizado en referencia a las obligaciones de una misma clase, lo que excluye un incumplimiento ocasional.

El legislador ha precisado lo que se entiende por generalizado, haciendo referencia a un plazo de **tres meses anteriores** a la declaración de concurso.

En cuanto a la **prueba** de estas circunstancias, es necesario aportar prueba documental.

Se consideran obligaciones sensibles:

- las **obligaciones tributarias materiales**, no las formales, exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso de forma consecutiva o alternativa, de carácter principal o accesorio, frente a la Hacienda estatal, autonómica o local. Han de haber sido exigibles dentro de los tres meses anteriores a la declaración de concurso y han de continuar siéndolo al ser presentada la solicitud de concurso. No son exigibles las obligaciones respecto de las cuales el deudor haya alcanzado un acuerdo de aplazamiento con la Administración tributaria, o aquellos cuya ejecución esté suspendida por la ley o por un tribunal;

- las **cuotas de la Seguridad Social** en cualquiera de sus modalidades de devengo mensual y de sus correspondientes recargos por mora y apremio, y demás conceptos de recaudación conjunta, durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso, que han de seguir siéndolo al ser presentada la solicitud de concurso;
- los **salarios**, indemnizaciones y, en general, retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

6º. **Alzamiento de bienes.** Se presume la existencia de un estado de insolvencia cuando el deudor alza o liquida sus bienes de forma apresurada o ruinosa. A efectos concursales, el «alzamiento» es un concepto civil que nada tiene que ver con el tipo penal de alzamiento de bienes (insolvencia punible). Esta hipótesis, que es muy abierta, puede ser acreditada de muy diversas formas. Lo más sencillo es que el acreedor evidencie que el deudor ha transmitido bienes que antes estaban registrados a su nombre. En particular, puede ser significativa:

- la **transmisión** a un tercero de la totalidad del **negocio** o de una parte de él (p.e., no es raro que, ante la previsible insolvencia, el deudor se deshaga de **ramas** de su **actividad** que tienen visos de viabilidad futura);
- la constitución de **garantías** hipotecarias o pignoraticias, arrendamientos, donaciones;
- la constitución de una **sociedad** a la que se transmite toda su actividad, trabajadores y bienes con el fin de eludir el pago de obligaciones.

La **liquidación** del patrimonio del deudor ha de ser:

- **apresurada**, es decir, precipitada, sin que pueda considerarse como tal la existencia de una serie de ventas escalonadas en el tiempo que dotan de liquidez a la empresa; o
- **ruinosa**, al conllevar una pérdida patrimonial particularmente importante, lo que habrá de ser determinado por el juez en cada caso concreto en función de la actividad y de las condiciones de mercado en que se desarrolle.

Además, la liquidación ha de venir referida a la **mayor parte** de los **bienes** integrantes del patrimonio del deudor, y no a elementos singulares del mismo cuya transmisión forme parte de la actividad ordinaria de la empresa y siempre que no se trate de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial de los que dependa su continuidad, y debe producir un **resultado grave** para los acreedores.

Precisiones Parte de la doctrina y de la jurisprudencia coinciden en afirmar la imposibilidad de identificar a priori y en todo caso la **dación en pago** con el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor (JM Barcelona auto 25-6-08, EDJ 104361). Para ello sería necesario que, en virtud de la dación en pago, se entregue el único bien del deudor o aquel del que depende la continuidad profesional o empresarial del deudor, y será el juez del concurso el competente para pronunciarse sobre dicha afectación (AP Barcelona auto 28-6-07, EDJ 146381). Por otra parte, la dación en pago puede ser constitutiva de alzamiento si carece de justificación y tras ello subyace la intención de **beneficiar a un acreedor** frente a otro y sustraer el bien entregado al pago de otros acreedores (JM Barcelona núm 5, auto 25-6-08, EDJ 104361).

CAPÍTULO 4

Marcos de reestructuración preventiva y su previsión en la Dir (UE) 2019/1023

El 17-7-2021 vence el plazo de **transposición** de la Dir (UE) 2019/1023, aunque la propia norma prevé que los Estados puedan solicitar una **prórroga** de un año para su incorporación al derecho interno. **80**

La normativa concursal española ya ha ido incluyendo en sus sucesivas reformas alguna de las previsiones de la Directiva. Una de las razones por las que se publicó el Texto Refundido de la Ley Concursal (LCon) durante el estado de alarma a causa del COVID-19 fue la de **facilitar** una rápida transposición de esta Directiva, armonizando las normas de la precedente LCon/03 a las exigencias comunitarias.

Esta Dir (UE) 2019/1023 –sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Dir (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)–, tuvo una **compleja tramitación** en la que no hubo una posición uniforme en la negociación, circunstancia que puso en riesgo su aprobación definitiva ya que pretendía establecer un marco común para la gestión de la insolvencia de las empresas y los empresarios que generaba tensiones entre modelos antitéticos, ya que la Directiva optaba por **instituciones previas** a la declaración judicial de concurso que chocaban con el modelo alemán de procedimiento de insolvencia, definido por una fuerte intervención judicial vinculada a la declaración de concurso. **81**

La salida de la Unión Europea del Reino Unido (**Brexit**) no ayudó tampoco al proceso de negociación de la Directiva, toda vez que era complicado aceptar el modelo anglosajón de gestión de la insolvencia cuando su principal valedor estaba en trámites de abandonar la Unión.

Finalmente, el texto aprobado es demasiado **ambiguo**, lo que abre un abanico muy amplio de interpretaciones y, por lo tanto, de **opciones legislativas** para incorporar a los derechos nacionales los principios de la Directiva. La propia Directiva advierte que se trata de una **disposición de mínimos**, que no impedirá que los Estados miembros puedan ampliar o profundizar en alguna de las instituciones que se proponen.

De hecho, la primera de las decisiones que ha de adoptar el legislador español cuando aborde la incorporación definitiva de la Directiva es si los nuevos mecanismos se habilitan única y exclusivamente para empresas y empresarios (incluyendo en esta categoría a pequeños comerciantes y autónomos), o si mantiene el criterio, ya marcado por la L 25/2015, de permitir que todo deudor (**empresario o no**) pueda acudir a estos procedimientos y, especialmente, al mecanismo de remoción o exoneración de deudas de la segunda oportunidad. **82**

Precisiones Para una correcta **interpretación** de la Directiva, y salvar así muchas de sus ambigüedades, conviene tener presentes sus cerca de 100 considerandos iniciales que configuran una **exposición de motivos** casi tan extensa como la propia Directiva.

A. Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva

La norma sólo se aplicará a empresas y personas que se encuentren en **situación de insolvencia** actual o inminente, aunque el concepto de insolvencia inminente que se maneja en la práctica judicial española, vinculándolo a la existencia de un hecho o circunstancia cierto e inmediato que pueda llevar al deudor a una situación de insol- **85**