

(RE)-INTERPRETANDO LA NOCIÓN DE INSOLVENCIA COMO ANCLAJE DEL CONCURSO

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS

*Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Carlos III de Madrid*

MARÍA JELETZCHEVA JELETZCHEVA

*Doctora en Derecho. Becaria Posdoctoral.
Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Extracto:

EN la presente contribución se pondera y reflexiona acerca de la noción de insolvencia como instrumento vital para el entendimiento acabado de cualquier procedimiento concursal. Se analiza e interpreta el concepto de insolvencia ofrecido por la Ley Concursal española, así como la definición aportada por otras legislaciones, en especial, la norteamericana e inglesa en aras de poder extraer conclusiones basadas en denominadores comunes y disímiles en pos de lograr planteamientos convergentes o no en torno a esta pieza elemental de cualquier concurso.

Palabras clave: insolvencia, derecho concursal, derecho concursal inglés y norteamericano.

(RE)-INTERPRETING THE NOTION OF INSOLVENCY AS AN ANCHOR OF THE BANKRUPTCY CONTEST

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS

*Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Carlos III de Madrid*

MARÍA JELETZCHEVA JELETZCHEVA

*Doctora en Derecho. Becaria Posdoctoral.
Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Abstract:

In the present contribution is reflected on the concept of insolvency as a vital instrument for the understanding of any bankruptcy proceeding. Is analyzed and interpreted the concept of insolvency provided by Spanish Insolvency Law and the definition provided by other regulations, especially the American and English Law, for the purpose to draw conclusions based on common denominators and dissimilar approaches towards achieving convergent or not convergent ideas around contests.

Keywords: insolvency, bankruptcy law, english and american insolvency law.

Sumario

1. Introducción. Estado de la cuestión.
2. La insolvencia decretada en el Derecho concursal español.
3. La insolvencia observada desde la perspectiva del the Common Law: Derecho de EE UU y Derecho inglés.
 - 3.1. Aproximación a la insolvencia en los EE UU.
 - 3.1.1. Introducción.
 - 3.1.2. Definición de la insolvencia.
 - 3.1.3. Consecuencias derivadas de la insolvencia.
 - 3.2. Aproximación a la insolvencia en el Reino Unido.
 - 3.2.1. Introducción.
 - 3.2.2. Definición de insolvencia empresarial.
 - 3.2.3. Definición de insolvencia individual.
 - 3.2.4. Consecuencias derivadas de la insolvencia.
4. Conclusiones.

«No podemos resolver problemas
pensando de la misma manera que cuando los creamos»

(Albert Einstein)

1. INTRODUCCIÓN. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La finalidad pretendida mediante esta contribución es poner de manifiesto el alcance y configuración de la noción de insolvencia, concepto crucial –donde los haya– para entender la arquitectura, consecuencias y devenir que se infieren del concurso. Nuestra aportación se focaliza en examinar y re-pensar acerca del diseño –las hilaturas que tejen– la estructura que compone la situación de insolvencia dentro del procedimiento concursal no solo desde una perspectiva de Derecho nacional –español–, sino también con la mirada hacia otras legislaciones, ab initio, contrapuestas¹ a nuestra cultura jurídica representadas en *the Common Law*.

En los tiempos actuales de crisis económica y financiera uno de los principales síntomas que se derivan de la enfermedad «crisis» es, cabalmente, la situación de insolvencia, como hito revelador del avance –o no– de aquella enfermedad. Ante esto, el ordenamiento jurídico tiene que actuar y para ello hacemos uso de la «medicina» ilustrada en la regulación concursal.

No resulta llamativo ni sorprendente, que se vuelva a reflexionar sobre un tema clásico –como es la insolvencia– ya tratado por autorizada doctrina tanto civilista² como mercantilista³.

El significado terminológico de la noción de insolvencia nos lo proporciona el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, en su 22.^a edición, como «falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda». Se deduce, ab initio, de esta definición dos notas: primera, insolvencia es ausen-

¹ Véanse, en este sentido, los comentarios de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y FUENTES NAHARRO, «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 22, 2011, págs. 9 a 45.

² Cfr., *in totum* y, a modo de ejemplo, ORDUÑA MORENO, F., *La Insolvencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

³ SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «El estado de insolvencia». Discurso núm. 77. *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, 1970. GIRÓN, J., «Introducción (Temario para una encuesta)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, núm. 8. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (monográfico), págs. 7 a 28. GARCÍA VILLAVEVERDE, R., «La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración», *Derecho Concursal*. Madrid: CGPJ, 1992, págs. 273 a 277. Ídem en «Los presupuestos objetivos de la declaración de quiebra», *Estudios Broseta Pont*, vol. II. Valencia, 1995, págs. 1.540 y ss. Más reciente en el tiempo: SÁNCHEZ CALERO, J., «Comentario al artículo 2», en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (DIRS.). *Comentarios a la legislación concursal*. Valladolid: Lex Nova, 2004, págs. 99 y ss. *Vid.*, in extenso, HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. In extenso, CANDELARIO MACÍAS, M.I., «Una mirada reflexiva hacia la identidad y recorrido de la insolvencia empresarial», *Revista de Derecho Privado*, núm. 94, marzo-abril, 2010, págs. 3 a 40.

cia de solvencia ⁴, luego nos encontramos ante una situación no resuelta pero susceptible de solventarse y, segunda, carencia de medios posibles para saldar una obligación. Estos asertos, *in principio*, de fácil comprensión se complican cuando añadimos otros calificativos a la noción de insolvencia o cuando queremos ir más al detalle de las causas y consecuencias (efecto dominó) de la incapacidad de pagar las deudas exigibles ⁵.

Bajo estos mimbres, resulta necesario señalar que existe una diferenciación entre el concepto de insolvencia que puede ofrecer un economista y el que puede ofrecer un jurista, el primero distingue entre las varias fases en que se puede encontrar la economía de una empresa a diferencia del segundo que habla de insolvencia unido al Derecho concursal, a los procedimientos de ejecución colectiva universal. No olvidemos que estamos ante una noción que está «a caballo» entre el Derecho y la economía ⁶. Desde un punto de vista económico la empresa puede encontrarse en una insolvencia provisional y puede remontarse, mientras que desde un punto de vista jurídico la crisis toma un carácter estático que la vincula indisolublemente a un procedimiento concursal. Por ello se propone distinguir entre insolvencia en sentido amplio, o insolvencia en sentido estricto. Esta segunda sería la situación de incapacidad del patrimonio, computado su valor de activo realizable, para cubrir el importe del pasivo exigible. De esta manera, la existencia de un estado de insolvencia en sentido estricto no sería acreditable por la mera concurrencia de indicios, de signos externos acreditativos, por ejemplo, de dificultad para pagar las deudas corrientes. He aquí que nos interesa una noción en sentido amplio capaz de abarcar las diversas patologías que incidan sobre el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial.

Segundo, también requiere una puntualización la distinción que normalmente se suele realizar de insolvencia declarada judicialmente ⁷ y otra fáctica o no declarada. La declarada judicialmen-

⁴ Expresa sobre el particular IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., «Presupuesto Objetivo del concurso: delimitación económica, prueba eventual y apreciación subjetiva», *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Empresariales*, núm. 61, ICADE, 2004, en pág. 27, «la noción clásica de insolvencia económica, esto es, de no solvencia, entendida como imposibilidad o inhabilidad para el pago de las obligaciones corrientes; y no ad litteram, como no pago o desatención, circunstancial o general, pero no probativo per se de aquella incapacidad».

⁵ En una primera aproximación a los pronunciamientos jurisprudenciales, se entiende la situación de insolvencia, según el Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de Alicante de 26 de enero de 2006 (LA LEY 322976/2006): «la insolvencia es una modalidad de incapacidad de naturaleza patrimonial, que impide la satisfacción regular de los créditos, lo cual consiste en la ausencia de bienes suficientes o en condiciones de ser realizados en tiempo oportuno para atender puntual e íntegramente el vencimiento de las obligaciones contraídas».

⁶ Vide LANFRANCHI, L., *Amministrazione controllata e Diritto vigente*. Milano: Giuffrè Editore, 1995, pág. 48.

⁷ Como establece ORDUÑA MORENO, F., *La Insolvencia, op. cit.*, pág. 135, «tanto en el ámbito concursal como en el extra-concursal, ya sea mediante la iniciativa de un procedimiento o el ejercicio de una acción o facultad, la insolvencia como presupuesto material de la lesión del crédito deberá acreditarse judicialmente para que puedan aplicarse las consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento (...)». Quiere decirse que la resolución judicial que declara la situación de insolvencia, lo que hace es constatar tal situación y como tal se originan una serie de efectos jurídicos para las partes afectadas. No obstante, tal declaración judicial, por sí misma, no es un elemento que venga a conformar o delimitar la noción de insolvencia. Bien es cierto que las declaraciones judiciales de quiebra o suspensión de pagos y concurso de acreedores (que son los procedimientos de ejecución general) pueden decretarse en situaciones en que no haya insolvencia en sentido estricto, puesto que no toda situación de insolvencia en sentido estricto provoca la apertura de estos procedimientos concursales. Se hace preciso, entonces, distinguir entre insolvencia y apertura de los procedimientos de ejecución concursal. Pero esto no significa que no quepa la apreciación judicial de insolvencia, independiente de la declaración de concurso o quiebra, productora de otros efectos jurídicos concretos. Considérese que la insolvencia alcanza rasgos específicos en determinadas reglamentaciones contractuales típicas. En concordancia con estos argumentos, *vid.*, artículos 1.529, 1.700 y 1.732 del Código Civil.

te se identifica con los procedimientos concursales, mientras que la fáctica o no declarada correspondería a la operatividad de la insolvencia fuera del marco concursal.

Antes bien, –en relación con lo anterior–, no descuidamos el dato –también conocido– que el tratamiento y extensión del problema de la insolvencia y de qué modo incide en la actividad empresarial adopta diversos derroteros, de un lado, nos encontramos con el camino que nosotros intentamos recorrer y analizar cómo es la resolución por el cauce legal, esto es, solucionar la insolvencia empresarial trámite su declaración judicial en un procedimiento concursal; pero también existen otros senderos como son la venta, fusión u otro tipo de medidas, entre estas, la liquidación de forma privada⁸, todas ellas destinadas a superar la insolvencia⁹ y salvar a la empresa –si procede– y, en definitiva, sus créditos, que también se encuadrarían dentro del arco de actuación que supone el riesgo-insolvencia para el crédito, pero que, sin embargo, descartamos del objeto de nuestra investigación¹⁰.

Resulta importante, pues, determinar y delimitar la *insolvencia* del deudor como causa determinante de la perturbación descrita, y para ello se ha de tener solo en cuenta el estado patrimonial del deudor, es decir, si este se halla impotente para atender las obligaciones que lo gravan, la insolvencia de esa persona será indudable. Desechamos así la tesis que sostiene que una persona es solvente cuando su activo es superior a su pasivo, e insolvente en el caso contrario. Tal tesis la consideramos equivocada, por cuanto ni el valor de los bienes ni el monto de las deudas sirven para determinar la solvencia o la insolvencia. En cuanto a los bienes, lo que debe tenerse en cuenta es su realización, no su valor aritmético por muy elevado que este sea. En cuanto a las deudas, su exigibilidad y no su monto. No sería insolvente una persona cuyo activo fuese inferior a su pasivo, si pudiese hacer frente a sus obligaciones con recursos normales y lícitos, recurriendo al crédito, realizando bienes, etc. No debe, pues, confundirse el equilibrio o desequilibrio económico con el equilibrio o desequilibrio aritmético. De suerte que el desequilibrio o déficit aritmético es una noción de contabilidad que parte de datos presuntivos, de criterios subjetivos de apreciación del valor de los bienes, y que no traduce un estado económico real: los bienes no valen lo que el propietario les asigna, sino lo que se obtenga de su venta; y mientras esta no se realice, es arbitrario afirmar que los bienes cubren todas las deudas. Difícil resulta la comprobación directa del estado real del patrimonio de una persona, salvo, naturalmente, que ella misma lo confiese. Por otra parte, una indagación sobre dicho estado no solo daría, –en la mayoría de los casos–, resultados negativos, sino que sería atentatoria de la libertad individual. Es necesario que la insolvencia pueda deducirse por hechos exteriores, visibles, apreciables y, por consiguiente, es menester también que uno de tales hechos haya podido comprobarse; sin esto, el estado de insolvencia permanece en el mundo moral y económico, pero no trasciende al mundo jurídico ni produce efec-

En suma, es la expresión que conforma, pues, el hecho o causa jurídica, presupuesto para la verificación de efectos jurídicos. Al respecto, BRUNETI, A., *Diritto Fallimentare Italiano*. Roma: Edic. Foro Italiano, 1932, págs. 8 y ss.; D'AVACK, C., *La natura giuridica del fallimento*. Padova: Cedam, 1940, págs. 20 y ss.; CANDIAN, *Il processo di fallimento*. Padova, 1934, págs. 29 y ss.; NAVARRINI, *Trattato di Diritto fallimentare*. I. Roma, 1934, pág. 6; APODACA Y OSUNA, F., *Presupuestos de la Quiebra*. México: Editorial Stylo, 1945, pág. 27.

⁸ Cfr., TORVISCO MANCHÓN, B., *La información financiera en los procesos concursales*, Bosch Editor, 2005, pág. 11.

⁹ *Vid., in totum*, GOODE, R.M., *Legal problems of credit and security*, Sweet&Maxwell, 2003, págs. 30 y ss.

¹⁰ Observemos las estadísticas que nos proporciona el Instituto Nacional de Estadística en cuanto al número de empresas que acuden a procedimientos concursales en unión con aquellas otras que estaban en un momento-periodo determinado que, sin embargo, desaparecen sin acudir a dichos procedimientos judiciales por haber utilizado otros mecanismos de resolución de tenor extrajudicial, al respecto, vide, in extenso, <http://www.ine.es>

tos legales. Además, si bien podría comprobarse, realizándolo como fuese, el activo patrimonial, es decir, el elemento objetivo, no sería posible valorar el crédito que goza una persona; sabido es que el crédito integra y suple, en muchos casos con ventaja, al activo patrimonial. En cambio, baste decir que el descrédito no solo produce el vacío en donde falta el activo patrimonial, sino que paraliza la eficacia y le resta una gran parte de su valor a los bienes existentes; el descrédito ¹¹ es, entonces, casi siempre, la causa principal del estado de insolvencia.

Siguiendo con el hilo argumentativo, debe retenerse y subrayarse que el concepto de insolvencia patrimonial –al hacer referencia a una situación–, debe apreciarse en un determinado momento temporal, pudiendo alterarse esa situación en el futuro con eficacia jurídica, dado que la función de garantía que desempeña el patrimonio del deudor comprende tanto los bienes presentes como los bienes futuros (ex art. 1.911 CC). El activo realizable, computable para apreciar la insolvencia, está compuesto por los elementos patrimoniales del deudor. Por ello, no es infrecuente que se considere insolvente a un sujeto que posee activo suficiente para cubrir el importe de su pasivo exigible, pero que, por ejemplo, posee bienes que no se encuentran inscritos a su nombre en los registros públicos, están ocultos, en el extranjero, entre otros supuestos, planteamiento ya aclarado en las precedentes páginas.

Asimismo, la insolvencia ¹² despliega diversas aristas e, inclusive, se puede reseñar que nos encontramos varios tipos ¹³: la definitiva y la presunta (mora prolongada). Se comprende que la insol-

¹¹ *Vid.*, MARTÍN REYES, M.A., «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 277, 2010, págs. 835 a 898.

¹² Se declara en el AAP de Girona de 7 de febrero de 2007 (Rollo 97/2006, Auto 25/2007), que interpreta la noción de insolvencia; así como, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Tarragona, de 6 de marzo de 2008 (Concurso 265/2007). Más reciente en el tiempo, cfr., el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz, de 4 de marzo de 2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008) al decretar: «Según el Diccionario, es insolvente el que no tiene con qué pagar. La Ley Concursal (LC) configura la insolvencia como un estado, y la define diciendo que se encuentra en dicho estado "el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles" (art. 2.2 LC). A. ROJO la define como "la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida de que venzan y sean exigibles por los acreedores". La configuración de la insolvencia como un estado significa que debe referirse a un periodo de tiempo determinado que cree estado, y no a un retraso momentáneo. La LC no diferencia el estado de insolvencia desde el punto de vista financiero (iliquidez) o desde el patrimonial (pasivo superior al activo). Se impone el principio de unidad de procedimiento, y frente a la legislación anterior, no se establecen procedimientos distintos para los casos de insolvencia provisional y de insolvencia definitiva».

Para obtener una información más certera en torno a esta concepción dentro del Derecho concursal alemán, véase el trabajo de FISCHER, G., «La incapacidad de pago», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 21, 2010, págs. 133 a 141, en especial, pág. 141, puntualiza que «hoy en día, un 60 por 100 de las solicitudes de concurso conllevan la apertura del procedimiento (...) la normativa de insolvencia ha reducido claramente los requisitos para la determinación de la incapacidad de pago (...), lo que ha conllevado que de forma mucho más habitual se consiga que los procedimientos de insolvencia se soliciten en un momento en el que la masa activa disponible permita por lo menos la satisfacción parcial de los créditos». Por su parte, destaca HOPT, K.J. y STEFFEK, F., «La reforma del Derecho de la Insolvencia: la perspectiva alemana y europea», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 21, 2010, págs. 565-586, en especial, pág. 569, «el legislador alemán ha suavizado los presupuestos de la insolvencia. El resultado es que el test de balance del parágrafo 19 del Código de insolvencia solo depende de si se espera la continuación de las operaciones o no (...) el reto radica en que hoy en día la ciencia económica es aún incapaz de indicarnos cómo hay que diseñar estas reglas de interrupción. ¿Podemos diseñar normas que funcionen si el legislador carece de los conocimientos necesarios? Una forma de avanzar podría ser el enfoque del Derecho de la insolvencia inglés, en el cual el deudor y sus acreedores pueden –ellos mismos– diseñar presupuestos de la insolvencia adicionales. La base lógica es que son los agentes económicos quienes cuentan con la información más relevante sobre si la empresa es o no rentable y sobre si debería ser liquidada».

¹³ Insolvencia se revela en términos genéricos en una incapacidad financiera del deudor cuando esta proviene de la dinámica del propio negocio, es decir, es una insolvencia originada por causas siempre vinculadas con la operación cotidiana y habitual de la empresa. Podemos encontrarlos así:

vencia definitiva exista cuando el comprador es declarado judicialmente insolvente. En cambio, la insolvencia presunta se da cuando los créditos no son pagados en el plazo establecido de común acuerdo por las partes afectadas. La presunción se basa en circunstancias adversas evidentes que presentan el pago como muy improbable.

Sea como fuere, nadie discute que la noción de insolvencia es el cimiento del presupuesto objetivo que es causa de apertura de los procedimientos concursales. La razón de ser de su estudio en nuestra investigación viene dada por los siguientes motivos:

- En primer lugar, la imprecisión de la noción de insolvencia, equiparable con otros elementos tales como la cesación de pagos, o sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones. Sin mencionar, en el ámbito del Derecho comparado, la dificultad existente cuando se interrelaciona con términos como dificultad económica, crisis económica, entre otros.
- En segundo lugar y, consecuente con la anterior, la experiencia práctica demuestra que derivado de la indeterminación precitada se llega a declarar la situación de insolvencia cuando esta— en un gran número de ocasiones— es irreversible y, por tanto, supone la imposibilidad de cualquier recuperación del crédito ¹⁴, o este se realice en un porcentaje mínimo.
- En tercer lugar, y más importante, por constituirse la insolvencia en el eje sobre el cual gravita la actuación y el devenir del proceso concursal.

Repárese que la situación de insolvencia que revela la apertura de la declaración judicial de concurso comporta una correlación entre los conceptos de crédito del cual depende la empresa, con la posibilidad más o menos inmediata para el empresario de procurarse aquel con operaciones propias y normales y, con la capacidad productiva de aquella para hacer frente a sus compromisos ¹⁵. Como se desprende de lo reseñado tres son los elementos a apreciar:

- *Insolvencia Legal o de Derecho*. La cual se aprecia cuando existe una situación jurídica clara, definida, como la quiebra, suspensión de pagos o concurso del deudor. Cabe mencionar que este tipo de insolvencia se puede decretar aun antes del vencimiento del crédito.
- *Insolvencia de Hecho*. Ocurre cuando se llega a la conclusión de que el ejercicio de cualquier acción para hacer efectivo el importe del crédito resultaría inútil, debido a que el valor de lo recuperado sería inferior al valor de lo invertido en la acción.
- *Presunción de Insolvencia o Mora Prolongada*. Se configura una vez transcurrido un plazo, que normalmente es de 180 días después de vencido el crédito, siempre y cuando el vendedor compruebe que ejerció las acciones de cobro necesarias para hacer efectivo el crédito.

¹⁴ Establecía y reflexionaba respecto a la vieja normativa concursal el profesor MENÉNDEZ, A., «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal», *Estudios homenaje a José María Chico y Ortiz*, Colegio de Registradores, 1995, págs. 1.320 y 1.321, como insolvencia: «La incapacidad del patrimonio del deudor para satisfacer a sus acreedores (activo inferior al pasivo), o de sobreseimiento, es decir, de simple incumplimiento, esta concepción, unida a otras razones, dificulta considerablemente la conservación de las empresas en crisis, el procedimiento suele abrirse demasiado tarde, cuando la liquidación de la empresa es ya inevitable (...) los expertos económicos deben ayudar a la búsqueda de los límites máximos dentro de los cuales es posible la anticipación temporal de la apertura del procedimiento, a fin de que el propósito de impedir las quiebras tardías (para garantizar tanto la continuidad de la empresa como la adecuada satisfacción de los acreedores) no produzca efectos nocivos sobre la economía en general».

¹⁵ Explicaban ya los estudiosos clásicos del Derecho concursal: ESTASÉN, P., *Tratado de las Suspensiones de pagos y quiebras*, Reus Edit., 1909, pág. 144, que «la falta de pago, el incumplimiento de las obligaciones mercantiles, la cesación de los pagos de una manera puntual y exacta de un comerciante, o el cese de las operaciones indispensables para extinguir una obligación

- Primero, la existencia de créditos insatisfechos.
- Segundo, capacidad para generar ese crédito.
- Tercero, obligación de atender al crédito debido.

2. LA INSOLVENCIA DECRETADA EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

En España, la Ley 22/2003¹⁶, en adelante LC, establece en su artículo 2¹⁷ el presupuesto objetivo, aquí se disciplina la insolvencia¹⁸ como elemento determinante de la aplicación del procedi-

o compensar créditos, produce un desequilibrio, una ruptura, un fenómeno patológico en la vida mercantil. Ellas nacen de la falta de cumplimiento de una obligación mercantil y, por lo tanto, tienen el carácter complejo de económico y jurídico, como los actos mercantiles en general, y constituyen una alteración de la vida normal de los negocios». Cfr., además, BONELLI, G., *Del Fallimento*, vol. II, Vallardi, 1923, págs. 3 y ss., entiende que «el término insolvencia hace referencia a un estado del patrimonio en virtud del cual este resulta impotente para hacer frente a las obligaciones contraídas». A su vez, APODACA Y OSUNA, F., *Presupuestos de la quiebra*, Editorial Stylo, 1945, pág. 26, se es insolvente si «habiendo recibido una prestación a crédito, no tiene a su disposición, para la ejecución de la contraprestación un valor suficiente, realizable al momento de la contraprestación». También: VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 657 y 658. Jurisprudencialmente, véase, entre otros los pronunciamientos referidos a la anterior legislación concursal: Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de febrero de 1965 (RA.1151): «El concepto de insolvencia entendido como la impotencia patrimonial para satisfacer deudas vencidas que se recoge en el artículo 886 al referirse a las distintas clases de quiebras». En esta misma línea de argumentación, STS de 26 de octubre de 1978 (RA.3285); Sentencia de la AT de La Coruña de 7 de abril de 1983 (RGD, 1984, pág. 813), «se considera sobreseimiento a modo de insolvencia entendida como la impotencia patrimonial para satisfacer las deudas vencidas según se recoge en el artículo 886, bien se defina atendiendo a las circunstancias de la cesación en los pagos, o se relacionen ambas para afirmar que solo se podrá producir la segunda como consecuencia de la primera (...), siguiendo la idea de la exposición de motivos del código, donde se dijo que es el estado en que se encuentra comprendido el que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones». Confirmadas las anteriores por la STS de 9 de enero de 1984 (La Ley, 1984-2, pág. 193); AAT de Barcelona de 28 de septiembre de 1984 (RJC, 1985, pág. 402); Sentencia de la AT de Barcelona de 27 de noviembre de 1984 (RJC, 1985, pág.130); STS de 11 de mayo de 1985 (RA.2268); STS de 12 de marzo de 1986 (RA.1174); STAT de Oviedo de 2 de diciembre de 1987 (RGD, 1988, pág. 2.405); STS de 19 de junio de 1989 (RA.4698); AAP de Barcelona de 30 de diciembre de 1993 [CORDÓN MORENO, *Suspensión de Pagos y Quiebra (Una visión jurisprudencial)*, Aranzadi, 1995, pág. 351]. También, la SAP de Madrid de 19 de noviembre de 1996 (Europa de Derecho, tomo I, núm. 511), «es la falta de pago de las obligaciones, que bastaría para declarar el estado de quiebra del comerciante».

¹⁶ Cfr., la Ley de lo Concursal de 9 de julio (BOE núm.164, de 10 de julio).

¹⁷ Prescribe el artículo 2 de la Ley 22/2003: «1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. 3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. 4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

¹⁸ Téngase presente que una posible definición legal de insolvencia se encontraba en el artículo 1.913 del Código Civil español, cuando señalaba el deber de solicitar el concurso de acreedores por parte del deudor civil «cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes». Pero esta noción requiere ser matizada. De un lado, porque

miento concursal, aunque como se observará no aclara —a primera vista—, grandes cosas derivado de la amplitud y generalidad con la que concibe el legislador español el término insolvencia¹⁹.

Comentemos de seguido que el legislador concursal no se ha apartado de lo que tradicionalmente se ha venido a concebir como insolvencia, ya que su arco de maniobra —por otro lado— es más que limitado al estar ante un hecho netamente económico. Y como tal, digamos que por insolvencia se ha venido a dibujar como una situación de objetiva impotencia económica funcional y no transitoria por la cual el empresario no está en grado de hacer frente de manera regular y con los medios normales sus obligaciones. En base a ello podemos vislumbrar dos importantes implicaciones, por un lado, la insolvencia como hecho o causa jurídica está sujeta a una valoración normativa, lo que supone que la regulación de sus efectos viene determinada por la propia norma, y como lesión de las relaciones crediticias los efectos irán destinados a adoptar las pertinentes medidas de protección y tutela del crédito. Por otro, si es la norma la que establece los efectos derivados de la insolvencia, también la norma debe tener como propósito remediar el deterioro de la situación, que agrave el crédito.

Se colige de lo anterior, que nos veamos obligados en las páginas que siguen a examinar el horizonte de la situación de insolvencia²⁰ por constituirse en el punto de inflexión que origina la apertura de los procedimientos concursales²¹. Destáquese que el estudio que proponemos a continuación se centra de modo exclusivo en la necesidad de avanzar hacia un nuevo concepto de insol-

debe distinguirse las nociones de activo realizable, y pasivo exigible. Aunque en términos generales la insolvencia concurre cuando el activo genérico es inferior al pasivo genérico, en términos estrictos parece preferible estimar que la insolvencia ha de ser referida a la capacidad efectiva de cubrir con el activo realizable el pasivo exigible en el momento en cuestión, dado que, el primero es un concepto puramente contable, siendo lo decisivo en sentido jurídico la capacidad y el valor de realización de los bienes, así como la suficiencia o insuficiencia de los mismos para cubrir el importe de las deudas exigibles.

¹⁹ Considera IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., «Presupuesto Objetivo del concurso: delimitación económica, prueba eventual y apreciación subjetiva», *op. ult. cit.*, pág. 26, «presupuesto objetivo de apertura del procedimiento concursal como piedra angular de la arquitectura concursal y clave de la propia estrategia corporativa que han de abordar los deudores en situación patrimonial de insolvencia o próxima a ella y, por consiguiente (desde la óptica de su posicionamiento competitivo), en riesgo de suspensión o eliminación de su actividad concurrente y competitiva en el mercado». Más interpretaciones pueden observarse en BERCOVITZ, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, 2004, págs. 38 y ss. GONZÁLEZ LECUONA. «Comentario al artículo 2». En CORDÓN (Dir.). *Comentarios a la Ley Concursal*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2004, págs. 86 y ss. Véase, además el AAP de Barcelona (Secc. 15.ª), de 27 de enero de 2006, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 8, 2006, págs. 338 a 342.

²⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley concursal», *Práctica de Tribunales*, núm. 5, 2004, págs. 23 y ss. In extenso, vide a CANDELARIO MACÍAS, M.I., «La Ley Concursal (insolvencia) y el seguro de crédito: útiles para la administración del riesgo?», *Revista CEFLegal*. CEF, núm. 93, octubre, 2008, págs. 3 y ss. Ídem, in extenso, en *Gestión de Riesgos: impacto de la Ley Concursal en la Compañía Aseguradora y el Seguro de Crédito*. Madrid: La Ley, 2009. pág. 258. Ídem en «Una mirada reflexiva hacia la identidad y recorrido de la insolvencia empresarial», *op. ult. cit.*, págs. 7 y ss.

²¹ Nótese que sin una noción jurídica clara y precisa del concepto de insolvencia es difícil comprender la naturaleza y finalidad de los procedimientos concursales. De ahí que el significado de la fórmula solo puede encaminarse desde el punto de vista técnico y científico. Antes bien, es consabido que el concepto de insolvencia es un concepto abierto, elástico y fluido que ha ido variando y seguirá evolucionando según las circunstancias históricas. Así, en un principio aparece la expresión «cesación de pagos» que vino a sustituirse por otra no menos equívoca, como de «insolvencia», a la cual se otorgaba el mismo alcance conceptual que a la primera. Lo cierto es que en décadas recientes, en la medida en que el Derecho concursal se interesó por la «empresa», surgió la inclinación que propiciaba el abandono del estado de cesación de pagos o del estado de insolvencia como presupuesto para la apertura del concurso y su sustitución por el estado de crisis, de dificultades, etc. Indudablemente, las nuevas expresiones: «estado de crisis», «estado de dificultades», se prestan a una interpretación mucho más amplia que la que se había dado hasta entonces a las expresiones «cesación de pagos» e «insolvencia» facilitando, de esa forma, la apertura del concurso en un momento en que todavía podía ser un medio idóneo para la recuperación de la empresa. No

vencia que permita una mayor diligencia en la actuación de los sujetos involucrados. No intentamos con esta propuesta descender a otra serie de matices que nos alejarían de nuestro objeto de estudio.

Sumado a lo anterior, hemos de señalar que la LC, en su Exposición de Motivos, punto II, párrafo sexto, ya anticipa y manifiesta que se elige un concepto unitario y flexible del presupuesto objetivo del concurso²². De manera que el artículo 2 de la LC parte de un presupuesto objetivo único ilustrado en la insolvencia²³. Reza literalmente: «la declaración de concurso procederá en caso de

obstante, la legislación más reciente sigue aferrándose a las expresiones tradicionales de cesación de pagos y de insolvencia, en el entendimiento de que la jurisprudencia sabrá darles un contenido acorde con las exigencias del momento, contenido que bien podría llegar a incluir el concepto de cesación de pagos o insolvencia. Cfr., en especial, TONON, *Derecho concursal. Instituciones Generales*, tomo I, Depalma, 1988, págs. 17 a 19.

²² Cfr., al respecto, ÁLVAREZ VEGA, M. I., «Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de empresa», *op. cit.*, pág. 594. Más en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Los Presupuestos de la Declaración de concurso», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, 2004, pág. 84, «siguiendo el modelo alemán tradicional, ratificado tras la publicación de la *Insolvenzordnung* de 1994, han optado por hacer de la insolvencia del deudor común el presupuesto objetivo de la declaración de concurso. La cláusula general establecida en el artículo 2.2 de la LC acoge un concepto amplio de insolvencia, en el que lo relevante es la imposibilidad del deudor de cumplir sus obligaciones, con independencia de la causa subyacente. Se evita, de esta suerte, toda referencia a una situación de activo inferior al pasivo, típica del Derecho norteamericano, o al quebrantamiento del crédito al modo del Derecho belga, como recogía la Propuesta de 1995. De ahí que pierdan asimismo actualidad e interés los conocidos argumentos acerca de la suficiencia o a la falta o agarramiento del crédito. A partir de ahora solo la insolvencia, entendida como incapacidad de "cumplir regularmente las obligaciones exigibles" justifica el reparo del déficit y la correlativa sustitución de las ejecuciones individuales por las colectivas, elemento definitorio del concurso». Por su lado, SÁNCHEZ-CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo II, Editorial Reunidas, 2004, pág. 456, precisa que se da un concepto amplio de insolvencia al referirse a la falta de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles. Con esta aseveración la ley tiene entre sus preocupaciones la de adelantar la declaración de concurso. Continúa opinando el profesor SÁNCHEZ-CALERO, F., ahora en «Valoración general de la reforma concursal: el nuevo derecho de la insolvencia», (DIRS. QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2005 pág. 647, dicha anchura del presupuesto objetivo se debe a la «preocupación por la satisfacción de los acreedores que se manifiesta en la amplitud del presupuesto objeto de declaración de concurso».

Para el Derecho comparado, véase la legislación portuguesa en similares términos: CARVALHO FERNANDES, L.A., «Profil general del nuovo regime dell'insolvenza nel Diritto portoghese», *Dir. Fall.*, núm. 6, 2004, pág. 1.421.

²³ Declara FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., «Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso», en AA.VV., *La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, págs. 58 y 59, «para nuestro Derecho, la situación jurídica de desbalance –la más radical y permanente forma de insolvencia– no es, por sí sola, razón suficiente para la apertura del concurso. Según el artículo 2.1 de la LC parece que la única causa que autoriza a poner al deudor en la especialísima situación de sujeción que se produce tras la declaración de concurso es "la insolvencia", que, de forma más o menos paralela a como sucede con el título ejecutivo en la ejecución singular, es la causa, razón o fundamento jurídico que permite al Juez la apertura del proceso de ejecución universal en que consiste el concurso de acreedores. Optar por el término insolvencia, para ponerlo como causa, razón o título de la apertura del concurso probablemente no es una buena elección (...). Desde una óptica de Derecho comparado, apunta ROJO, A., «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva española)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, en pág. 322, «en el Derecho italiano, frente a la "insolvencia" como presupuesto del *fallimento*, emerge el "estado de crisis" como presupuesto del concordato preventivo. La "insolvencia" se define (art. 5 *Legg. Fall.*); el "estado de crisis" no se define (...) la impropia tarea de establecer fronteras entre uno y otro concepto en el (probable) marco de una relación entre género ("crisis económica") y "especie" (la "insolvencia")». También ETXARANDIO HERRERA, E.J. *Manual de Derecho Concursal*, 2.ª ed. Madrid: La Ley/Wolters Kluwer, 2009, señala que «la opción legislativa de la reforma concursal fija un presupuesto objetivo único y común para cualquier solución en que pueda desembocar el procedimiento, convencional o liquidatoria, y desanuda los dos conflictos encadenados, a saber, la delimitación y la verificación del presupuesto. Lo primero, partiendo de la base de un incumplimiento del deudor común, en qué punto se determina que procede abrir el concurso, de modo que no sea tarde ya para que el patrimonio concursal exista en la medida de poder atender a los créditos concurrentes mínimamente, pero tampoco se haya adelantado tanto que no deje juego a la ejecución singular para la tutela del crédito, de la que es relajación el concurso. Lo segundo, una verificación que, como presupuesto del procedimiento tendrá que ser preliminar, la cual puede detenerse en una indicación de carácter procesal, o incluir además una definición material».

insolvencia del deudor común»²⁴ (ex art. 2.1), y se completa señalando que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (ex art. 2.2.). Para CERDÁ ALBERO²⁵, resume e iguala insolvencia con «la imposibilidad de cumplimiento o la incapacidad de pagar [que] constituyen, pues, la esencia de esta noción».

A nuestro juicio, la insolvencia viene integrada por dos extremos²⁶, primero, una perspectiva objetiva compuesta por la imposibilidad²⁷ de observar las obligaciones de manera regular²⁸ al momento preciso de su vencimiento, cuando estas eran requeridas, originándose una insuficiencia patrimonial o desequilibrio, aunque esto no implica la equiparación con la fórmula activo más bajo que el pasivo, ya que podemos hallarnos ante una circunstancia de iliquidez en la que el activo sea más alto o superior al pasivo, pero irrealizable tal y como enunciábamos en las anteriores páginas.

Luego, cabe argüir que la insolvencia no es desbalance, pasivo superior al activo, va mucho más allá en cuanto a su concepción. Así lo pone de manifiesto el AAP de Córdoba –Secc. 3.^a– de 9 de enero de 2007 (LA LEY 344072/2007) al enseñarnos que «la insolvencia no se identifica con el desbalan-

²⁴ Interpreta IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., «Presupuesto Objetivo del concurso...», *op. cit.*, en pág. 30, «el artículo 2.1 de la LC determina una asociación entre "estado de insolvencia" e impotencia, pues es insolvente sí y solo aquel deudor que "no puede cumplir". Sin embargo, nótese que no se hace mención alguna de la *causa* de la impotencia. Por tanto, queda abierto el debate sobre la inclusión fáctica de causas ajenas al sobreendeudamiento como mecanismo determinante de la producción del presupuesto objetivo y, en particular, el déficit crediticio o la ausencia de crédito *lato sensu*». Por su lado, ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Manual de Derecho Concursal, op. ult. cit.*, puntualiza que «el legislador se fija a los efectos concursales en la insolvencia, que implica una carencia, más allá de una mera deficiencia o dificultad».

²⁵ CERDÁ ALBERO, F., «El presupuesto objetivo del concurso», *RJC*, núm. 4, vol. 103, 2004, en pág.24, explica, a su vez, que «ello excluye que una pasajera interrupción en los pagos pueda fundamentar la declaración de concurso. Por tanto, un deudor que padezca una transitoria falta de liquidez, pero que pueda recuperar dicha liquidez a corto plazo, si es capaz de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. El deudor que se encuentre en situación de mera iliquidez transitoria siempre puede remediarla acudiendo al crédito bancario; pero, si no lo consigue, no puede perjudicar a sus acreedores retrasando la apertura del concurso». Por su parte, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 39, destaca «la insolvencia engloba situaciones de desbalance o déficit patrimonial en las que el pasivo es superior al activo –la más frecuente– y situaciones de superávit patrimonial en las que, por el contrario, ese pasivo es inferior al activo».

²⁶ Estamos con el parecer, ya observado por otros autores, y que resume RIVERO FERNÁNDEZ, M., *Reintegración y Concurso de Acreedores*, Dillex, 2005, págs. 74-76, «respecto a la exigibilidad de las obligaciones, ciertamente debemos acudir al marco general de su cumplimiento establecido en el Código civil que determina que la obligación es exigible desde su vencimiento, respecto del cual si nada se ha convenido ni resulta de la naturaleza de la prestación, "la obligación será exigible desde luego" (art. 1.113.1 CC); precepto que debe complementarse con el artículo 1.125 CC (...). Mas, no solo es necesario que llegue el momento del vencimiento, sino que, además, es requisito imprescindible que nos encontremos ante una obligación susceptible de ser reclamada por vía judicial (...) "cumplimiento regular de las obligaciones", no cualquier incumplimiento del deudor, quien puede asumir voluntariamente el incumplimiento de concretas obligaciones a las que cree que no debe hacer frente, debe ser considerado síntoma de la situación de insolvencia requerida por la solución concursal. Y a la inversa, no todo cumplimiento es suficiente para enervar la existencia de insolvencia. Ha de tratarse de un cumplimiento "regular"».

²⁷ Subraya GALLEGOS SÁNCHEZ, E., «El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal», *op. cit.*, en págs. 24 y 25, «se trata, pues, de una noción amplia, de contornos imprecisos. Según el tenor literal de la norma se exige, en efecto, que no se pueda, lo que remite a la "imposibilidad" de pago, esto es, parece a una situación permanente, lo que ha inducido a considerar que la dicción legal ha de ser interpretada restrictivamente, de modo que el concurso solo podría declararse ante el desbalance o iliquidez definitivas y no temporales que dificultarían, pero no imposibilitarían, a corto plazo el cumplimiento por el deudor de sus obligaciones (...)».

²⁸ Cfr., la interpretación del término «regular» acogido de la legislación italiana tal y como demuestra FRASCAROLI SANTI, E., «La regularidad en los pagos como elemento integrante del concepto de insolvencia en el artículo 5 de la "Legge Fallimentare" italiana», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007, págs. 247-253.

ce, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder este seguir cumpliendo con sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal o por otros medios (ejercicio de acciones revocatorias, actualización de balances, etc.); y a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determina la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones».

Continuando con la argumentación, se desprende del tenor legal, la relevancia del término regular²⁹ vinculado al cumplimiento, toda vez que la insolvencia del deudor gira en torno a que el deudor no cumple con sus obligaciones exigibles de una manera regular³⁰.

²⁹ Apunta BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, en pág.30, «el significado del adverbio "regularmente", que la LC incluyó –durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley– en la definición del presupuesto objetivo del concurso (...)». Asimismo, CERDÁ ALBERO, F., «El presupuesto objetivo del concurso», *op. cit.*, pág. 26, entiende que «esta exigencia de la regularidad pone de manifiesto la diferencia existente entre la noción de insolvencia y la de incumplimiento. En efecto, puede haber insolvencia a pesar de existir la posibilidad de cumplimiento, precisamente cuando esta posibilidad pasa por un cumplimiento irregular (...) la irregularidad del cumplimiento también está estrechamente conectada con uno de los hechos reveladores de la insolvencia; la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor (art. 2.4.3 LC)». Según GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal», *op. cit.*, pág. 25, «el significado que vaya a atribuirse a la "regularidad" en el cumplimiento no será probablemente pacífico, tal y como ocurre en el Derecho italiano (art. 5 *Legge Fallimentare*), de donde se trae el requisito (...) la regularidad consistiría en la satisfacción de las obligaciones empleando los medios propios y normales de pagos utilizados en el ejercicio ordinario de la actividad empresarial, lo que vendría a demostrar la viabilidad de la empresa y su capacidad productiva; debiendo ser valorada a la luz de la idoneidad del patrimonio del deudor para satisfacer a los acreedores conforme al principio de la *pars conditio creditorum*».

Desde un versante jurisprudencial, cfr., Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander (Cantabria), de 28 de abril de 2006 (AC 2006/1471). También, véase, la interpretación del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Tarragona, de 6 de marzo de 2008 (Concurso 265/2007): «Por otro lado la clave de la cuestión se sitúa en el término "regularmente" del artículo 2, que ha de ser entendido como iliquidez para hacer frente a la deuda (no una pura iliquidez ya que en tal caso no estaríamos ante una situación de concurso sino iliquidez entendida como insuficiencia patrimonial que va a conducir irremisiblemente a la insolvencia). Este término, no obstante la anterior definición general, ha de ser puesto en relación con las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de modo que, verbigracia, no existirá regularidad en el pago cuando un deudor que para hacer frente a sus deudas exigibles haya de acudir a un crédito usurario ni cuando tenga que vender para ello la sede física en la que desarrolla su actividad principal (hecho que sucede en el presente supuesto). En cambio, sí se puede considerar regular el pago a los acreedores mediante la venta sea judicial por la existencia de embargos judiciales trabados, o por cualquier otro medio, de bienes pertenecientes al activo del deudor que no son necesarios para el ejercicio de actividad empresarial o profesional ni para el alojamiento y vivienda en caso de persona física, cuando sus bienes son suficientes para pagar las deudas, (lo que no se produce o no se prueba en el presente supuesto) especialmente si el deudor es un patrimonio separado como es el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario. Lo anterior es una consecuencia de la flexibilidad de la LC que conjuga la existencia de un único procedimiento con un presupuesto único con la realidad derivada de la pluralidad de situaciones fácticas, económicas y jurídicas. Por esta razón, el examen del presupuesto objetivo no puede desvincularse de la realidad a la que viene referido. Esto se colige necesariamente de la interpretación sistemática del artículo 2 con los artículos 14 y 18 de la LC. De ellos se extrae que el único presupuesto objetivo es la situación de insolvencia (no iliquidez pura), sin perjuicio de que la ley establezca una serie de supuestos en los que se presume situación de insolvencia (art. 2.4 referido a la solicitud del acreedor y 14 en cuanto a la solicitud del deudor). Así, a pesar de que concurren dichos supuestos, si el deudor justifica o de la documentación obrante en autos se extrae que no se encuentra en situación de insolvencia puesto que puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede declararse el concurso. Ello en tanto que de la documentación contable aportada en autos y del resto de documentos presentados se aprecia que la solicitante carece de un activo que le vaya a permitir cumplir regularmente sus obligaciones, mas cabe presumir lo contrario. La demandada no solo vende su sede (cuestión que podría justificarse) sino que mantiene innumerables deudas a las que no hace frente, incluidos procedimientos ejecutivos, todos ellos citados. Efectivamente, la previsible cuantificación de dicha deuda permite apreciar, en este momento, que una vez concretadas las mismas, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones por carecer de activo suficiente para ello. Pero es que además, y como de manera puntual se menciona en la solicitud

Se vislumbra, en efecto, que en la construcción del presupuesto objetivo³¹ se pone especial énfasis en la regularidad del cumplimiento como criterio determinante, y que califica dicho cumplimiento, de hecho, esta exigencia de regularidad pone de relieve la diferencia existente entre la noción de insolvencia y la de incumplimiento, que no son equiparables. Piénsese que puede haber insolvencia a pesar de existir posibilidad de cumplimiento, precisamente cuando esta posibilidad pasa por un cumplimiento irregular. Considérese, además, que la LC precisa en el artículo 2.2 que la imposibilidad de cumplimiento que vendría a dibujar la situación de insolvencia ha de referenciarse no a todas las obligaciones que pesan sobre el deudor, sino solo a aquellas que ya sean exigibles, esto es, esta exigibilidad se produce cuando el acreedor puede reclamar judicialmente el derecho sobre el que fundamenta su pretensión.

El segundo versante a apreciar en la noción de insolvencia viene proporcionado desde una óptica temporal, por la exigencia³² de que tal desequilibrio o iliquidez sean definitivos y, por ende, no temporáneo o transitorio, tal y como se ha producido bajo el mandato del anterior Derecho concursal y así era demandado por los diversos pronunciamientos jurisprudenciales, por ejemplo, STS de 27 de febrero de 1997 (RA 2885)³³.

de concurso, el estado contable de dicha mercantil, deducible de la documentación por ella aportada, y en concreto las cifras correspondientes al pasivo, fondos propios, capital circulante y pérdidas de los últimos ejercicios, detalladamente reflejadas en la contabilidad aportada, permiten al tribunal obtener la conclusión sobre la ausencia total de actividad económica de la sociedad, el elevado nivel de endeudamiento y la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones, a lo que cabe añadir el traspaso de activos de forma más o menos precipitadamente o ruinoso (...).

³⁰ Véase a PULGAR EZQUERRA, J., «La aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 578, 22 de mayo de 2003, págs. 1-7. Entiende IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., «Presupuesto objetivo del concurso...», *op. cit.*, en pág. 31, «la irregularidad en el cumplimiento es una cuestión fáctica sometida a prueba, que, por vía de la definición de insolvencia, se ha introducido, a nuestro juicio perjudicialmente, en la construcción del presupuesto objetivo. Este debería haber sido rigurosamente aséptico o neutro respecto al número y secuencia de sobreseimientos. No se hace así, desechándose los modelos estadounidense y alemán, y, por tanto, quedando reabierto el debate sobre el grado de liquidez, y su carácter definitorio, que devienen necesarios, no ya al efecto de apodar o apellidar la insolvencia al modo de la LSP, sino, lo que es más grave, al de elucidar su producción *ad causum*. En suma, los jueces podrían ahora declarar solventes a deudores que pueden cumplir regularmente gracias al crédito nuevo con que van sobreendeudándose sobrevenidamente; y declarar insolventes, empero, a deudores que sufren un estado gravísimo de falta de liquidez, siendo solventes económicamente, en la medida en que su equilibrio patrimonial no se pueda traducir un cumplimiento "regular". Remarcar lo que destaca BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 41, «es preciso subrayar que la exigencia de regularidad o de irregularidad como determinante de la insolvencia no puede hacerse coincidir con la liquidez o iliquidez del patrimonio del deudor, sino que constituye un *plus*». Y más adelante matiza en pág. 47, «no es posible identificar los conceptos de regularidad y de puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones, porque la insolvencia inminente es definida como la imposibilidad de cumplir regular y puntualmente, mientras que la insolvencia actual atiende únicamente al elemento de la regularidad, prescindiendo de la puntualidad».

Desde una perspectiva jurisprudencial, véanse los Autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 y Mercantil de Santander, de 14 de junio de 2005, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 7, 2005, págs. 329 a 332.

³¹ *In extenso*, véase a IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., «Presupuesto objetivo del concurso: delimitación económica, prueba eventual y apreciación subjetiva», *op. ult. cit.*, págs. 25-44.

³² Cfr., CERDÁ ALBERO, F., «El presupuesto objetivo del concurso», *op. ult. cit.*, pág. 27, matiza en torno a esta noción que «el artículo 2.2 de la LC no exige expresamente que la imposibilidad de cumplimiento regular se refiera a todas las obligaciones exigibles o a una parte sustancial de las mismas. La determinación de este componente objetivo de la insolvencia habrá de dejarse a la apreciación judicial (arts. 14.1 y 19.5 LC)».

³³ Véase, además, en el mismo sentido: la STS núm.665/2005, de 21 de septiembre de 2005 (RJ 2005/ 6738).

Siguiendo con el recorrido legal, recuérdese lo que prescribe el artículo 2.3: «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles». Si interpretamos el precepto nos damos cuenta de varias cuestiones, a saber: de un lado, se distingue una prevención en la situación de insolvencia definitiva al prescribir una insolvencia inminente como aquella situación que estima el deudor pueda provocar el no cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones³⁴. Esta noción imprecisa por parte del legislador deberá hallar su oportuna concreción en el tiempo a través de la labor de la jurisprudencia. Mientras que es insolvencia actual cuando ya no puede de hecho cumplir con sus obligaciones de manera regular. Ambos tipos de insolvencia son referidas a la situación del deudor y su solicitud.

En cambio, de otra parte, enuncia el apartado 4, del artículo 2 de la LC: «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos (...)».

En efecto, si son los acreedores los que solicitan la apertura del procedimiento se requiere por parte del legislador «de un plus añadido», una serie de hechos que manifiesten la situación de insolvencia: alzamiento de bienes; sobreseimiento o cesación general en los pagos; el incumplimiento generalizado de pagos obligatorios a los organismos públicos, entre otros. Ab initio, estos hechos más fácilmente demostrables para fundar la situación de desequilibrio patrimonial del deudor; aunque bajo estos parámetros de actuación, no se nos escapa la dificultad de obtener información³⁵ para algunas clases de acreedores, que puedan argumentar e instar la declaración del concurso por no ser accesible determinada información respecto, por ejemplo, a la situación de la que gozan los acreedores públicos respecto a esa información. Bajo este escenario, la asimetría de información es un tema clave en torno a la concepción del presupuesto objetivo, así como de su diferente configuración como concurso necesario o voluntario en orden a quién detenta la información alrededor de la situación de insolvencia.

La LC de 2003 otorga estímulos e incentivos al propio deudor para instar la apertura del procedimiento y, también, a los acreedores ante una ausencia de actividad de aquel. Obsérvese, de este modo, que al estar ante un procedimiento único y con opción legal de solución de convenio o de

³⁴ Interpreta estos términos, *in extenso*, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función de concurso de acreedores», *op. ult. cit.*, págs. 29-52.

³⁵ Cfr., CERDÁ ALBERO, F., «El presupuesto objetivo del concurso», *op. cit.*, pág. 36, pone de relieve que «el acreedor instante del concurso cuenta con enormes problemas para demostrar la insolvencia del deudor. Por ello, se sustituye la prueba de la insolvencia por la prueba de alguno de los hechos que normalmente son reveladores de la misma y son más accesibles al acreedor». Incide en la idea: GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal», *op. cit.*, págs. 28 y 29, «por regla general, aquellos (los acreedores) no disponen de medios idóneos para conocer si el deudor está pagando o no a los demás. Nuestro ordenamiento carece, en general, de un cuadro normativo completo que permita a los acreedores obtener una información fidedigna sobre la situación patrimonial del deudor, fácilmente accesible y a un coste proporcionado. Muy especialmente cuando se trata de deudores no empresarios y aun respecto de los empresarios, de aquellos que pueden presentar balance abreviado. Sobre todo cuando se trata de los llamados con toda rudeza, pero de manera indicativa, acreedores "ignorantes", esto es, los que ni son acreedores institucionales, como las Entidades de crédito, ni necesarios, como los organismos del Estado, sustancialmente la Hacienda Pública o la Seguridad Social».

liquidación, el presupuesto objetivo se amplía con respecto a lo que se venía señalando para la suspensión de pagos y la quiebra en el Derecho anterior³⁶. Esto es, entran en concurso tanto los deudores con situaciones efímeras o temporales de falta de tesorería o de insolvencia como aquellos otros que se hallan en una situación más grave, con un deterioro patrimonial de mayor calado. Por ello, el presupuesto objetivo ha de estar abierto a otras posibles situaciones precarias del deudor³⁷. Luego, del tenor de la Ley nos encontramos que esta fomenta y estimula un inicio temprano o preventivo del concurso³⁸. De tal suerte que el deudor llegará con una mejor posición económica y configuración empresarial que permita abordar y acceder a un abanico de posibles soluciones a la crisis. Subráyese que el tiempo³⁹ en relación a la apertura del procedimiento concursal y su vinculación con la situación de insolvencia resulta crucial para cumplir con los objetivos que la LC tiene asignados. No resulta extraño que el legislador haya establecido incentivos directos al deudor trámite la imposición del deber de solicitar el concurso y una serie de responsabilidades en las que pudiera incurrir en caso de no hacerlo. Y, de otro, se establecen alicientes indirectos a los acreedores para instar e iniciar el procedimiento concursal.

Hay que enfatizar y recordar el dato que la insolvencia es única, cuyo planteamiento se contiene en el artículo 2 de la LC –que estamos examinando–, pero verdad es que la misma es observa-

³⁶ Vide, por todos, LÓPEZ GUTIÉRREZ, C., «Insolvencia Financiera en la Unión Europea: efectos de la legislación concursal sobre la valoración del mercado», Tesis defendida el 17 de julio de 2005, véase en particular, Capítulo III, donde se pone de relieve la relación existente entre el rendimiento de los títulos de las empresas con problemas de insolvencia y la normativa concursal aplicable, tanto desde el punto de vista de las implicaciones financieras que este tipo de normativa tiene por los comportamientos de los títulos, como la importancia de la orientación que la legislación concursal presenta para el tratamiento de las dificultades financieras, y grupo de partícipes sobre los que se acentúa la protección. Cfr., <http://www.tdr.cesca.es/TDR-0729105-103853>

³⁷ Cfr., GÓMEZ MARTÍN, F. y GONZÁLEZ BILBAO, E., *Nuevo Derecho Concursal*, LANKOPI, SL, 2004, págs. 56-60.

³⁸ Opina sobre el particular: FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia en el mecanismo de alerta preconcursal», en ROJO, A. (Director), *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, 2003, pág. 11, «la teoría económica demuestra que, a partir de un determinado momento de existencia de una situación de "precrisis" propia de la empresa en dificultades financieras, existen fuertes incentivos perversos para que la dirección acometa una serie de estrategias egoístas contrarias a la conservación de la empresa. Lo mismo puede decirse de la empresa en sus relaciones con terceros acreedores... Todo ello repercute en unos significativos "costes de agencia" asociados a este tipo de situaciones... la literatura económica y financiera suele distinguir entre la empresa en crisis (*failure, bankruptcy*) y la empresa en "dificultad" (*financial distress; entreprise en difficulté*). La segunda es una situación difícil de caracterizar, que se infiere de múltiples y heterogéneos indicadores y que puede funcionar como una señal anticipada (*early warning*) de la insolvencia definitiva. Se supone además que, en ciertas condiciones, es posible predecir la insolvencia con cierta probabilidad de acierto». Incluso algún autor va más allá al señalar IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., «Presupuesto objetivo del concurso...», *op. cit.*, en pág. 37, «el presupuesto objetivo, desde esta óptica, alcanza una *dimensión preventiva de la morosidad* que, cabalmente, no excede de los fines del Derecho concursal establecidos por el legislador al modelar el presupuesto objetivo». Por su parte, aboga BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 52, «sería necesario, en fin, diseñar un procedimiento concursal de carácter preventivo».

³⁹ Señala BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *op. cit.*, págs. 32 y 33, «uno de los más graves problemas del Derecho concursal es el denominado *problema temporal*: el concurso de acreedores se abre con frecuencia cuando el patrimonio del deudor no solo es insuficiente, algo que parece lógico en el derecho de la insolvencia, sino prácticamente inexistente, lo que ya es mucho menos lógico, porque entonces el Derecho concursal no sirve para cumplir su función primaria de satisfacción de los acreedores y, además, disminuyen considerablemente las expectativas de conservación de las empresas en crisis (...) deudor y acreedores disponen de diferente información sobre esa situación económica». Insistiendo en estas ideas de manera reiterada en página 51.

da con diferente prisma si quien ⁴⁰ insta el concurso es el deudor o, por el contrario, cualquiera de sus acreedores. Esto no significa que existan dos tipos de insolvencia según el solicitante (concurso voluntario ⁴¹/concurso necesario), sino más bien –a nuestro parecer–, dos modos de afrontar los hechos en torno a la prueba de la situación de insolvencia patrimonial, con independencia que en un caso u otro las circunstancias acreditables sean diferentes tal y como se desprenden del tenor legal y tal como pondremos de manifiesto en la siguientes páginas.

Volviendo a ahondar en el alcance y significado de la LC española, adviértase, –por el momento–, que el acreedor respecto al deudor que insta el concurso voluntario ⁴² no ha de acreditar, ni probar la insolvencia en el momento de la apertura del concurso, sino en todo caso alguno de los hechos indiciarios ⁴³ contenidos en el artículo 2.4 de la LC ⁴⁴, aunque esto no sea suficiente para continuar con el desarrollo del concurso, toda vez que a dicha instancia pueden oponerse el propio deudor en ejercicio de su derecho de defensa, tal y como se deduce de los artículos 15.1, 184 de la LC y artículo 24 de la Constitución Española, respectivamente.

⁴⁰ Puntualiza IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., «Presupuesto objetivo del concurso...», *op. cit.*, en pág. 28, «(...) para la apertura del procedimiento concursal, de dos modos alternativos que son función del sujeto instante: si el concurso es voluntario o instado por el deudor, su insolvencia patrimonial no ha de darse actualmente, como hecho consumado, sino que puede tratarse de una insolvencia prevista y prejulgada como inminente, de suerte que aquel puede anticiparse al agravamiento definitivo de la crisis pidiendo la apertura del concurso, cuando estime, precisamente, que la insolvencia se dará inmediata o muy próximamente (cfr. arts. 5.1 y 2.2 LC); si, en cambio, lo instan los acreedores y, por tanto, merece la calificación de necesario, la insolvencia que constituye su prerequisite de incoación necesita haberse producido ya, esto es, ser calificada como presente o actual». Asimismo, incide en la idea el profesor ROJO, A. «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva española)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, pág. 327, «este presupuesto aparentemente unitario que es la insolvencia opera diversamente en el Derecho español según se trate de concurso voluntario o de concurso necesario».

⁴¹ Explica BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *op. ult. cit.*, en pág. 34, «el simple hecho de evitar la responsabilidad concursal derivada de la calificación del concurso como culpable está siendo decisivo para las solicitudes tempestivas de concurso voluntario».

⁴² Cfr., el AAP de Bizkaia, Secc. 4.ª, de 5 de octubre 2006, JUR 2006/99807; Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2, de Barcelona de 30 de enero de 2006 (JUR 2006/47834); AAP de Barcelona de 22 de febrero de 2007 (Rollo 769/2005).

⁴³ Argumenta IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., «Presupuesto objetivo del concurso...», *op. cit.*, en pág. 33, «el sistema de comprobación del presupuesto objetivo del procedimiento es eventual, indiciario y previo, cuando el concurso es necesario o instado por acreedores. Respecto a la característica de eventualidad importa resaltar que no se trata solo de que el juez, en efecto, no comprueba "en todo caso la situación económica de fondo que existe tras los hechos externos del artículo 2.4 de la LC"; es que ni siquiera tiene por qué comprobarlo, y, de hecho, no lo comprobará en la mayoría de los supuestos, en la medida en que lo que deba constatar no es la insolvencia o impotencia patrimonial, sino sus indicios (...) Pero esto es irrelevante, pues la *insolvencia o incapacidad económica de pago se ha desvinculado en buena medida, por ministerio legal de la apertura del concurso necesario*». Expresa el AAP de Barcelona –Secc. 15.ª– de 27 de enero de 2006 (LA LEY 322813/2006), que «en la fase de apertura –del concurso necesario– no se exige al acreedor que demuestre la insolvencia, sino solo que justifique la concurrencia de algunos de tales hechos, de modo que la declaración del concurso acontecerá cuando, admitida la solicitud y dado traslado al deudor, este no se oponga u, opuesto a la declaración, su oposición sea desestimada».

⁴⁴ Véase la interpretación de este mandato a través del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander (Cantabria) de 23 de diciembre de 2005 (JUR 2006/41814): «Aun cuando dicha regulación (art. 2.4) podría ser entendida como que cada uno de los supuestos de hecho a que se refiere constituye un presupuesto objetivo del concurso, una interpretación conjunta de los artículos 2, 16 y 18 permiten concluir que la LC, coherente con su principio de unidad, opta por la existencia de un presupuesto objetivo único: la insolvencia. Este presupuesto no se encuentra definido aunque sí descrito en el artículo 2, que se refiere a él como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles. Por otro lado, el artículo 18 de la LC permite que el deudor se oponga a la solicitud de concurso alegando la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en situación de insolvencia, correspondiendo en este caso al deudor la prueba de su solvencia».

En cambio, resulta claro que la solicitud del concurso por parte del deudor ha de encontrarse justificada⁴⁵: de ahí que se cambie el sentido de los proyectos de leyes anteriores, ya que la mera solicitud no se estimará ahora como reconocimiento del estado de desbalance⁴⁶; aunque la LC sí sigue diferenciando dentro del carácter amplio de la situación de insolvencia entre inminente y actual, tal y como anotábamos; dando así entrada a la apertura de un estado de «preinsolvencia»⁴⁷.

Por el contrario, si es el acreedor el que procede a instar la apertura del procedimiento ha de probar una serie de hechos⁴⁸ o circunstancias enumeradas en el artículo 2. Se mantiene entre esos hechos: el sobreseimiento general en los pagos (ya clásico) y también el alzamiento de bienes, liquidación apresurada, embargos infructuosos, entre otros ya enunciados. Se añade el incumplimiento

⁴⁵ Como bien precisa CERDÁ ALBERO, «El presupuesto objetivo del concurso», en págs. 28 y 29, «la declaración judicial de concurso voluntario se condiciona a que "de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulte la existencia de alguno de los hechos previstos en el artículo 2.4, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor" (art. 14.1 LC). Entre los medios documentales que ha de apreciar el juez para considerar la concurrencia de tales hechos, sobresalen la memoria, el inventario y la relación de acreedores (art. 6.2.2, 3.4 LC). (...) Y en cuanto a los "otros hechos" que según el artículo 14.1 de la LC permiten acreditar la insolvencia alegada, cabe acudir a la fenomenología recogida en la normativa contable sobre las circunstancias que hacen peligrar la continuidad empresarial: en concreto, a los criterios establecidos en la RICAC de 31 de mayo de 1993, por la que se publica la norma de auditoría sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento y, muy en particular, a las circunstancias y factores que –según esta resolución– pueden provocar, reducir o eliminar la duda sobre la capacidad que tiene la empresa de seguir funcionando (...) esto se explica porque el juez declara el concurso voluntario sin dar audiencia a los acreedores». También ROJO, A., «La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva española)», *op. cit.*, pág. 327, dice «en el concurso voluntario, el deudor debe alegar y "justificar" ese estado de insolvencia (art. 2.3 LC), sin que la mera solicitud tenga valor confesorio (como, por el contrario, sucedía en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995: art. 5.1)... alegar y "justificar" que esa insolvencia todavía no se ha producido, sino que es meramente "inminente" (la *drohende Zahlungsunfähigkeit* del 18 *InsO*)».

⁴⁶ Cfr., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones...», *op. cit.*, págs. 41 y 42, entiende que «la LC optó por no reconocer eficacia confesoria del estado de insolvencia a la simple solicitud del deudor y, simultáneamente, por ampliar el concepto de estado de insolvencia hasta hacerlo coincidir con su significado más literal, incluyendo la simple iliquidez en un grado máximo, es decir, la imposibilidad de satisfacer las obligaciones exigibles con los medios ordinarios».

⁴⁷ Argumenta BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones...», *op. cit.*, en pág.35, «cuando obtiene los medios de prueba suficientes para solicitar la declaración de concurso, la insolvencia del deudor suele ser irreversible, a menos que el propio deudor haya optado por solicitar el concurso. La necesidad de anticipar la apertura del concurso parecía exigir, pues, presupuestos objetivos más amplios, algo que llevaban a cabo, aunque por senderos diferentes, tanto el Anteproyecto de LC de 1983 como, sobre todo, la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995». Dice PULGAR EZQUERRA, J., «A propósito de la Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre) y la nueva legislación concursal», *op. ult. cit.*, págs. 516 y 517, «la prevención de las crisis económicas y su tratamiento concursal pasa por una previa prevención y control de la morosidad en las operaciones comerciales, planteándose si el marco de esa prevención debe situarse en un ámbito pre-concursal, introduciéndose institutos o medidas que operen con anterioridad a la declaración de un procedimiento concursal o en un marco estrictamente concursal, encomendándose a los institutos concursales no solo una función satisfactiva de los derechos en el cobro de los acreedores sino, además, preventiva de dicha morosidad, que puede conducir a un estado de insolvencia. Con la aprobación de la reforma concursal y de la ley especial de medidas de lucha contra la morosidad, se está optando implícitamente por situar la prevención de la morosidad en ambos ámbitos... ello plantea la necesidad de analizar el marco de relaciones entre la prevención extraconcursal de la morosidad a través de esta Ley especial 3/2004, de 29 de diciembre, recientemente aprobada y la prevención concursal, pudiendo adelantarse que, tal y como se configura el concurso preventivo de morosidad en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la solicitud de su declaración podría solapar e, incluso, permitir al deudor eludir la aplicación de las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad que se contempla en dicha ley...».

⁴⁸ Para GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal», *op. cit.*, pág.23, «un carácter taxativo en orden a la solicitud de declaración de concurso por parte de los acreedores, esto es, en caso de concurso necesario (...)

de obligaciones tributarias, cuotas a la Seguridad Social y pagos de salarios y demás retribuciones con el plazo de referencia de los tres últimos meses anteriores a la solicitud de concurso, a diferencia de los seis que se recogían en los precedentes proyectos de reforma de la materia.

Explicemos que en los casos de concurso solicitado por el deudor puede todavía adelantarse el momento habilitado de apertura del concurso, ya que en contra, hay un momento en que la solicitud de concurso ya posee carácter obligatorio (ex art. 5 LC), el cual sería dentro de los dos meses desde el conocimiento diligente del estado actual de insolvencia, pero hay un momento previo en que resulta facultativa la solicitud, y que el artículo 6 de la ley reconoce en la situación por la cual el deudor se halla en un estado de insolvencia que se «prevé como inminente».

Cabe mencionar, sobre el particular, que el artículo 5⁴⁹ de la LC, viene a modificarse con la incorporación de *su* apartado 3 por la vía del Real Decreto-Ley 3/2009⁵⁰, que varía el sentido del precepto en su origen sustentado en instar al deudor a una situación preventiva cuando conociera ya de sus dificultades económicas bajo el imperio de no observar dicho mandato y, por tanto, soportar una serie de consecuencias negativas en el devenir del procedimiento; sin embargo, tras la reforma se prima por parte del legislador no tanto la prevención –según parece–, pero sí la posibilidad de llegar a una solución negociada –convenio– ampliando el periodo de tiempo de solicitud de concurso y, con ello, salvar las posibles consecuencias negativas que pudiera arrostrar el no declarar la situación de insolvencia en el tiempo estipulado de dos meses.

De esta manera y mediante una modificación del artículo 5, el plazo para solicitar la declaración anticipada de convenio en lugar de ser dos meses se amplía a cinco meses en total, desde que el deudor hubiese conocido o debiera conocer su estado de insolvencia y estuviera haciendo negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada. En efecto, el artículo 5.1 establece que el deudor debe solicitar la declaración del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Con la modificación no se le exigirá al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso, siempre que:

- a) Se encuentre en un estado de insolvencia actual.
- b) Haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.
- c) Dentro de los dos meses lo ponga en conocimiento del juzgado.

⁴⁹ Decreta el artículo 5. *Deber de solicitar la declaración de concurso*. «1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4, haya transcurrido el plazo correspondiente. 3. El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente».

⁵⁰ Cfr., Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009).

Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.

A la luz de lo reseñado, opinamos que el legislador otorga un margen de maniobra más amplio al deudor que se encuentra en estado de insolvencia actual, para conseguir las adhesiones que requiere la solicitud del convenio anticipado, ya que otorga un plazo adicional previo al concurso, que no se contemplaba como tal en la redacción original de la ley. Si se suman los plazos tenemos dos meses antes de solicitar el concurso, tres meses posteriores a la comunicación al juzgado y un mes más para solicitar la declaración del concurso. Debe apuntarse que, esta concesión de plazo no se produce en el supuesto que el deudor haya iniciado y pueda llegar a acuerdos de refinanciación.

Se ha de remarcar, a su vez, la introducción por parte del Real Decreto-Ley 3/2009, del principio de prioridad jerárquico en orden a determinar el carácter voluntario o no del concurso, toda vez que será voluntario siempre que sea el deudor el primer instante, en caso contrario será considerado necesario con las consecuencias que ello acarrea. Extremo que induce al deudor a ser diligente y el primero en solicitar el concurso para evitar las consecuencias inherentes y, asimismo, intentar llegar a un acuerdo consensuado. El legislador también intenta evitar –bajo este modo de proceder– que se presenten concursos con activos inexistentes o insuficientes para cubrir los gastos mínimos del procedimiento por falta de activo.

En definitiva –y al hilo de lo descrito–, la LC ofrece una unidad⁵¹ de presupuesto sustentada en la insolvencia. No obstante, se diseñan diversas formulaciones⁵² –o por qué no decir diferentes grados de insolvencia–, según el momento y la manifestación de dicha insolvencia. Es consabido que el presupuesto objetivo supone un elemento procesal que ha de comprobarse y verificarse por el juez y un elemento sustantivo que permite iniciar el procedimiento concursal⁵³.

Reiteramos el planteamiento que la LC opta por un presupuesto objetivo para cualquier solución en que pueda desembocar el procedimiento convencional o liquidatorio y, añadimos que, ello pro-

⁵¹ En contra de esta opinión, GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley Concursal», *op. cit.*, pág. 35.

⁵² Cfr., SAGRERA TIZÓN, J.M., SALAS REIXACHS, FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, 2004, pág. 35, «a la vista de la configuración del presupuesto objetivo del concurso en el artículo 2 de la LC, cabe sostener que dentro del ámbito de la insolvencia entrarán situaciones dispares, en la línea de lo que sucedía bajo el derecho derogado. Así: A) Situaciones de desbalance patrimonial. Esto es, aquellas en las cuales los activos realizables en modo alguno permiten atender los pasivos exigibles. B) Situaciones de iliquidez. Esto es, aquellas en las cuales mediante los activos realizables es imposible atender los pasivos exigibles en los términos regulares o procedentes». Agudamente, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia», (Dirs. QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 39, se plantea la siguiente pregunta «¿cuántos presupuestos del concurso se configuran? La pregunta no parece ociosa habida cuenta de que la norma, (...) efectúa varias distinciones; por un lado diferencia la posibilidad de que el concurso lo solicite el propio deudor o un acreedor; por otro lado permite que la insolvencia sea actual o inminente; si es actual el concurso debe ser instado por el deudor o puede serlo por el acreedor; si es inminente, solamente el deudor puede instarlo, no así el acreedor».

⁵³ Apuntan GÓMEZ MARTÍN, F. y GONZÁLEZ BILBAO, E., *Nuevo Derecho Concursal*, *op. cit.*, págs. 58 y 59, «la nueva regulación se posiciona a favor de la insolvencia al margen de las causas que la originen, sin entrar a debatir el motivo por el cual el deudor no puede cumplir sus obligaciones, bien sea por falta de patrimonio, bien por falta de acceso al crédito».

voca dos reflexiones conectadas en orden al seguimiento y reconocimiento del presupuesto objetivo, a saber: la configuración y el tiempo en la comprobación del presupuesto. En cuanto a la configuración, se parte de la base del incumplimiento del deudor común y, por ende, hay que delimitar y establecer en qué punto ⁵⁴ temporal se fija el hecho de abrir el concurso, de forma que no sea tarde, para que el patrimonio concursal exista en la medida de lo posible para poder atender a los créditos concurrentes mínimamente, pero tampoco se haya anticipado tanto que no deje margen de entrada a la ejecución singular para la protección del crédito. En lo tocante a la comprobación que, como presupuesto del procedimiento tendrá que ser preliminar, esta puede llevarse a efecto en una fase de carácter procesal. Al presente, nadie duda que la insolvencia ha de enlazarse con el momento de conocimiento de la situación económica del deudor. Y esto se explica porque al principio, solo el deudor conoce y sabe de su previsible e inminente insolvencia ⁵⁵ y solo él puede recurrir al Juzgado. Ciertamente que cuando se incumple o cuando no paga el deudor, también los acreedores conocen y «sufren» la situación de insolvencia, pero solo el deudor tiene el deber *ex lege* de instar el procedimiento concursal.

3. LA INSOLVENCIA OBSERVADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL THE COMMON LAW: DERECHO DE EE UU Y DERECHO INGLÉS

3.1. Aproximación a la insolvencia en los EE UU

3.1.1. Introducción

El procedimiento concursal en los EE UU ofrece a las personas físicas y a las empresas la oportunidad de empezar de nuevo (el llamado *fresh start*) aceptando la posibilidad de liberar todas

⁵⁴ Cfr., HERRERA CUEVAS, Edorta, *Manual de la reforma concursal*, *op. cit.*, págs. 68 y 69, explica «la fijación de un adecuado presupuesto objetivo acomete el problema del tiempo oportuno del concurso, puesto que es absolutamente imprescindible para justificar el gasto temporal y pecuniario del concurso como tratamiento estatal, el que se declare cuando hay posibilidades de que se alcance su vocación solutoria, y no en estados desesperados (...)».

⁵⁵ Manifiesta con certeza PULGAR EZQUERRA, J., «A propósito de la Ley de Medidas de lucha contra la morosidad», *op. cit.*, págs. 523 y 524, «no parece, por tanto, justificada la declaración del concurso que les priva de sus acciones ejecutivas singulares y les colectiviza en un procedimiento que puede concluir con la liquidación, en las que se reducen las posibilidades, al menos de los acreedores ordinarios, de ver satisfechos sus créditos, sobre la base de la amenaza no de un incumplimiento sino de un posible cumplimiento retrasado... superándose acertadamente el tradicional carácter confesorio de la solicitud por el deudor de su propio concurso... cómo puede el deudor probar y el juez comprobar una situación económica futura y no actual, como es la insolvencia inminente. En este sentido, en nuestro Derecho no se han configurado hasta el momento, como en el Derecho francés, documentos contables previsionales que suministren información de futuro sobre la situación económica de la empresa y aun cuando, en una primera aproximación al tema, podría parecer que la información que suministran los documentos exigidos en el artículo 6 y, en particular, la memoria del artículo 6.2.2, de la LC, así como los documentos contables del apartado 3 del artículo 6 en supuestos en que el deudor esté obligado a llevar la contabilidad, podrían contribuir a la detección y comprobación de la insolvencia inminente, lo cierto es la escasa idoneidad de los documentos contables tradicionales que ofrecen información retrospectiva o histórica y no sobre la futura situación económica del deudor... no parece que sea el concursal el ámbito más idóneo para abordar la prevención de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales».

o parte de las deudas en caso de insolvencia, a la vez, que ofrece a los acreedores la oportunidad de obtener alguna medida de reembolso de sus créditos a través de los activos disponibles⁵⁶. La doctrina estadounidense acepta que la posibilidad de declararse en concurso puede beneficiar a una economía en su conjunto por proporcionar a las personas y a las empresas una nueva oportunidad, dotando a los acreedores unas herramientas de pago de sus créditos.

El derecho estadounidense relativo a la insolvencia se sustenta en la *Bankruptcy Reform Act del 1978*, cuyas modificaciones más importantes se han introducido a través de la *Bankruptcy Reform Act del 1994* y la *Bankruptcy Prevention and Consumer Protection Act del 2005*, respectivamente. Las resoluciones concursales en los EE UU pueden originarse como consecuencia de la aplicación de uno de los diferentes capítulos del *Bankruptcy Code*: el Capítulo 7 (que implica la liquidación de los activos); el Capítulo 11 (que prevé la posibilidad de «reorganización» de la empresa, las personas físicas, etc.) y, el Capítulo 13 (que prevé el pago de la deuda a través de los pactos de la deuda o planes de pago).

3.1.2. Definición de la insolvencia

En EE UU la insolvencia fáctica se define generalmente como un estado financiero en el que la empresa o persona física no pueden pagar sus deudas a su vencimiento⁵⁷ (insolvencia de flujo de caja). Sin embargo, como se verá más adelante, el legislador estadounidense emplea como base legal la así llamada insolvencia de balance. Una vez que una empresa se declara insolvente, debe tomar medidas inmediatas para generar efectivo y liquidar o renegociar deudas actuales. Las empresas o personas que no consiguen salir del estado de la insolvencia fáctica, a menudo, se enfrentan a los procedimientos de concurso y liquidación de todos los activos.

Según la legislación estadounidense, ex 11 USC 1. &101 (32), el término «insolvencia» significa:

(A) Con referencia a una entidad distinta de una asociación o un municipio, la situación financiera tal que la suma de las deudas es mayor que la suma de todos los activos disponibles, considerados a un precio razonable, exceptuando:

- (i) Los bienes transferidos, ocultados o eliminados con la intención de obstaculizar, retrasar o defraudar a los acreedores de dichas entidades, y
- (ii) Los bienes que pueden quedar exentos de la propiedad de la finca en virtud del artículo 522 de este título.

⁵⁶ MILLER, R. y JENTZ, G., *Business Law Today*, 5.ª edic. London: West-Thompson, 2000, pág. 598.

⁵⁷ «The inability to pay debts as they become due».

(B) Con referencia a una asociación, la situación financiera tal que la suma de las deudas de dicha asociación es mayor que la suma de, a un precio justo:

- (i) Todos los bienes de dicha asociación, excluida la propiedad de las especificadas en el subpárrafo (A)(i) del presente apartado, y
- (ii) La suma del excedente del valor de la propiedad no participativa de cada socio general, excluida la propiedad de las especificadas en el subpárrafo (A) de este apartado, las deudas no participativas de un socio de la misma, y

(C) Con referencia a un municipio, la situación financiera tal que el municipio:

- (i) En general, no paga sus deudas a su vencimiento a menos que tales deudas son objeto de una disputa de buena fe.
- (ii) No puede pagar sus deudas a su vencimiento.

De esta suerte, se puede inferir que el legislador estadounidense hace una clara diferenciación entre los supuestos de insolvencia de las personas y las empresas, por un lado, y las asociaciones y los municipios, por otro. Es importante destacar, además, que esta definición determina también el presupuesto objetivo en relación con los granjeros (*family farmers*), a los que el *Bankruptcy Code* dedica el Capítulo 12.

Nos referimos en nuestro análisis solo al caso de las personas físicas⁵⁸ y las empresas que presentan especial interés para este estudio. En general, para los casos de las personas, las empresas y las asociaciones, toda vez que la suma de las deudas sea mayor que todos los bienes de la empresa, persona o asociación. Estos bienes se deben valorar a un precio justo que, en grandes líneas, será el precio de mercado determinado por peritos y aprobado por el Juez. De todos estos bienes se deben excluir los siguientes, a saber:

- Los bienes transferidos, ocultados o eliminados con la intención de obstaculizar, retrasar o defraudar a los acreedores de dichas entidades, porque para estos casos existen normas especiales para la restitución de dichos bienes para el patrimonio del deudor.
- Los bienes exentos en virtud del artículo 522 *US Code*.

Así las cosas, queda patente que el legislador construye la definición de la insolvencia empleando un criterio positivo: que la suma de las deudas sea mayor que todos los bienes de la empresa o persona física y, a la par, se agregan dos criterios negativos que, a grandes trazos, se resumen:

⁵⁸ Para un análisis más detallado véase COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE NUEVA YORK *Personal Bankruptcy*, NY.: City Bar Justice Center, abril, 2007, disponible en www.abcnyc.org/Publications

- Excluye los bienes transferidos, ocultados o eliminados con la intención de obstaculizar, retrasar o defraudar a los acreedores.
- Excluye los bienes exentos en virtud del artículo 522 *US Code*.

En virtud de la Sección 522 (d), el legislador norteamericano excluye las siguientes propiedades: la vivienda propia del deudor, siempre y cuando su valor no exceda los 15.000 \$; un vehículo de motor que no exceda 2.400 \$; bienes de hogar, libros, animales, etc., que no excedan los 8.000 \$; joyas valoradas a no más de 1.000 \$; libros o instrumentos profesionales que no excedan los 1.500 \$, etc. Al respecto, véase la Sección 522(d)(1)-(9). También, se exceptúan los derechos a la Seguridad Social, los beneficios de los veteranos, las ayudas de desempleo, enfermedad y asistencia sanitaria, entre otros.

En cuanto a las exenciones de bienes se introduce, incluso, un tope absoluto sobre viviendas y propiedades similares, bajo determinadas circunstancias.

La Sección 522 (q) añade una disposición en la que se establece, que si el deudor invoca exenciones sobre su residencia según el derecho estatal, el deudor no podrá exonerar los intereses que excedan de 125.000 \$ si el deudor ha sido condenado por ciertos delitos graves o si su deuda deriva de la infracción de la normativa federal o estatal en materia de mercado de valores o fraude, o haya cometido actos dañosos dolosos, ex artículo 522 (q) (2005).

El Congreso ha considerado apropiado añadir un periodo retrospectivo para las exenciones y topes sobre inmuebles. En concreto, la Sección 522 (b) (3) exige que se aplique la norma sobre exenciones del lugar donde estuvo el domicilio del deudor en los 730 días inmediatamente anteriores a la fecha de la declaración.

Por su parte, la Sección 522 (p) (1) añade que «el deudor no puede exonerar cantidad alguna de interés que haya sido adquirida por el deudor en los 1.215 días anteriores a la fecha de la solicitud del concurso, que exceda 125.000 \$ de valor en determinadas viviendas y propiedades similares», pero exceptúa las transferencias para traslados realizados dentro de un Estado. Se aprecia que el legislador norteamericano se centra en los deudores que ponen a buen recaudo su dinero en Estados con «altas» exenciones, mediante traslados interestatales en vísperas del concurso, todo ello como medidas antifraude⁵⁹.

En otros términos explicativos, todos estos activos del deudor pueden excluir la posibilidad de presentar una solicitud alegando la insolvencia. Esto ha sido un problema durante años en los EE UU, porque, como se verá más adelante en el presente trabajo, las posibilidades de exceptuar bienes han llevado a muchos deudores, personas físicas, a la opción de iniciar el concurso voluntario para liberarse de la deuda en perjuicio de sus acreedores, lo que ha impulsado una de las modificaciones más importantes del *Bankruptcy Code* en el año 2005.

⁵⁹ Vid., POTOW, J., traducido por PINEAU, E., «Un primer estudio de los cambios de la Ley Concursal estadounidense de 2005», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.3, 2005, pág. 356.

Creemos conveniente traer a colación la sentencia *Owen versus Owen*, que determina lo siguiente en relación con las exenciones, a saber:

«La masa del concurso se compone de todos los intereses (...) en cuanto a los bienes en posesión del deudor en el momento de presentación de la solicitud del concurso, así como los intereses de los bienes recuperados o reembolsables con objetivo de evitar la transferencia y la retención de los mismos. Una exención es un interés retirado del patrimonio del deudor (y, por tanto, de los acreedores) en beneficio del deudor. El artículo 522 determina qué activos el deudor puede eximir. En virtud del mismo mandato, punto (d), el deudor debe seleccionar entre las posibilidades establecidas en una lista de exenciones federales [establecida en 11.USC.522(d)] y las exenciones previstas por el Estado en cuestión a menos que la Ley del Estado que sea aplicable al deudor "opte por estar fuera" de la lista federal. Si un Estado opta estar fuera de la lista federal, sus deudores se deben limitar a las exenciones previstas por la ley estatal. Nada de lo dispuesto en el inciso b) o, en otras partes del *US Code* limita el poder del Estado para limitar el alcance de sus exenciones, de hecho, en teoría podría no conceder ninguna exención» (otro ejemplo de exenciones estatales se puede citar los *Kentucky exemption statutes*).

3.1.3. Consecuencias derivadas de la insolvencia

Las consecuencias de la insolvencia en Derecho norteamericano se pueden agrupar en tres categorías, sistematizadas en tres capítulos del USC: la liberalización de toda o parte de la deuda que supone la liquidación (Capítulo 7 USC); la reorganización [Capítulo 11 USC, es importante destacar que en este caso no se puede solicitar la reorganización en el caso de que el deudor sea insolvente en el sentido del 11.USC.1.&101(32)] y, los planes de aplazamiento de pago (ex Capítulo 13 USC). Expondremos sucintamente cada uno de ellos.

En lo tocante al Capítulo 7, en términos generales, se trata de que el deudor ponga a disposición de los administradores todos sus bienes, asumiendo la existencia de la deuda. Es significativo subrayar que el deudor que presenta la solicitud del concurso bajo el Capítulo 7 puede ser tanto solvente como insolvente. Con ciertas excepciones el tribunal puede decidir la descarga (extinción, liquidación) de la deuda.

Para poder presentar la solicitud bajo el Capítulo 7 del *Bankruptcy Code*, el deudor puede ser una persona física, una sociedad, una corporación u otra entidad mercantil, ex 11 USC § § 101 (41), 109 (b), cuyo objetivo es la liquidación de sus activos. La legislación norteamericana excluye de esta posibilidad a las empresas ferroviarias, las aseguradoras, los bancos, las instituciones de ahorro y las de crédito, las compañías de inversiones autorizadas por la Administración y las corporaciones de crédito ⁶⁰.

El procedimiento de liquidación bajo el Capítulo 7, interesa sobre todo a las personas físicas por la posibilidad de entregar sus bienes a los acreedores y liberarse de la deuda, lo que supone un «borrón y cuenta nueva» para los deudores individuales. Hay que subrayar que el Capítulo 7 se puede

⁶⁰ Cfr., MILLER, R. y JENTZ, G. *Business Law Today*, 5.ª edic. London: West-Thompson, 2000, pág. 601.

aplicar, independientemente, del importe de las deudas, pero, sin embargo, una persona no puede presentar solicitud de liquidación bajo el Capítulo 7, si durante los últimos 180 días antes de la presentación de la solicitud ha presentado otra solicitud de concurso; si ha sido condenado por falta intencional (cuando no ha comparecido ante el tribunal o no ha cumplido las órdenes del Juez), etc., ex 11 USC § § 109 (g), 362 (d) y (e). Además, no se puede presentar solicitud en virtud del Capítulo 7, o cualquier otro Capítulo del *Bankruptcy Code* sin que la persona, dentro de los 180 días antes de la presentación, haya recibido asesoría de crédito de una agencia especializada de asesoría y autorizada por el Gobierno de los EE UU-11 USC § § 109, 111. Esto resulta relevante en relación con la posibilidad de que la consultoría sirva al deudor para poder reestructurar sus deudas⁶¹ sin acudir al procedimiento concursal y sin solicitar la liquidación. En otros términos, un mecanismo preconcursal, aunque se prevén excepciones en situaciones ad hoc o cuando se ha determinado que no hay suficientes organismos autorizados para proporcionar el asesoramiento necesario. Si existe un plan de gestión de la deuda durante el periodo de asesoramiento requerido, este plan debe ser presentado ante el tribunal.

Tal y como se ha señalado, uno de los propósitos principales del procedimiento concursal es descargar (liberar) determinadas deudas para dar al deudor individual «honesto» la posibilidad de un «nuevo comienzo», es decir, al deudor no se le atribuye responsabilidad por las deudas. *En el caso del Capítulo 7 una descarga de la deuda solo está disponible para los deudores individuales, pero no para las asociaciones o corporaciones*⁶², ex 11 USC § 727 (a) (1). En general, en muchos casos, se procede a la liquidación de las deudas, si bien el derecho a una descarga (liberación) de las mismas no es absoluto: algunos tipos de deudas no se pueden descargar. Por otra parte, una descarga (liberación) de la deuda no extingue los derechos de retención sobre los bienes del deudor⁶³.

Hay que señalar que el número de solicitudes presentadas por particulares en virtud del Capítulo 7 del *Bankruptcy Code*, que prevé la liquidación total de la deuda, ha ido aumentando con los años. Según las estadísticas de los tribunales concursales en los EE UU⁶⁴, el número de las declaraciones de concurso de personas físicas («no empresas») pasó de 1,3 millones en 1999 a 1.625.000 en 2003⁶⁵. Sin embargo, el número de quiebras de empresas durante el mismo periodo no muestran una tendencia similar y tienen un promedio alrededor de 38.000 quiebras por año. Ciertamente que la mayor parte de la deuda de los individuos es deuda del uso de tarjetas de crédito, lo que lleva a altas tasas de interés. Téngase presente que durante los años 90, se observa una controvertida práctica jurisprudencial: en una gran parte de los casos se ha llegado a la liberación de la deuda individual por falta de «mala fe» o por el intento subjetivo del deudor de realizar el pago de la deuda⁶⁶. Ello ha comportado

⁶¹ LAWLESS, R. y WARREN, E. «Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, 2007, pág. 408.

⁶² MILLER, R. y JENTZ, G., *op. cit.*, pág. 605.

⁶³ *Vid.*, www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy

⁶⁴ *Vid.*, www.uscourts.gov/bnkruptcystats/bankruptcystats.htm

⁶⁵ DE LAURELL, R. y ROUSE, R., «The Bankruptcy Reform Act of 2005: a new landscape», *CPA Journal*, 2006, en www.nyssepa.org/cpajournal/2006/1106. Para más datos estadísticos se puede consultar LAWLESS, R., «La ley concursal estadounidense del 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, págs. 99-111; BRAUCHER, J., «A guide to interpretation of the 2005 bankruptcy law», *American Institute Law Review*, núm. 6, 2008, págs. 349-411.

⁶⁶ *Vid.*, *In re Anastas*, 94.F.3d 1280(9th Cir. 1996); *In re Rembert*, 141 F.3d 277(6th Cir. 1994). Lo mismo se observa en el caso de los «préstamos estudiantiles»-*Cohen versus De la Cruz*, 118 S.A., 1212, 140L., Ed.2d 341(1998).

tado una necesaria modificación del *US Code* mediante la *Bankruptcy Prevention and Consumer Protection Act* del 20 de abril del 2005⁶⁷, que se ha aprobado con la intención explícita de detallar y concretizar las exigencias respecto a los documentos presentados conforme al *Bankruptcy Code* para que se reduzcan las posibilidades de las personas físicas de liberalización de deudas. Dicha ley persigue el objetivo final de reducir las declaraciones de quiebra: anteriormente existía el convencimiento que la declaración de quiebra (insolvencia) representa un último recurso para las empresas con dificultades financieras y para los particulares que hubieran preferido evitar la presentación de la solicitud, si es posible. Las disposiciones del *Bankruptcy Code*, sin embargo, se habían alejado de la simplicidad de esta lógica: *los legisladores federales habían llegado a creer que la declaración de concurso ya no se consideraba un mal que hay que evitar, sino que se había convertido en una alternativa atractiva para evitar el pago a los acreedores*. De hecho, algunos expertos han sostenido que el *Bankruptcy Code* se ha convertido en un medio para eludir a los acreedores y evitar las obligaciones financieras no deseadas, de ahí la necesidad que se ha dado de un cambio en la ley: con la nueva normativa se crean nuevas responsabilidades para el deudor, así como para cualquier profesional que le asesora. La reciente ley, además, reduce la protección ofrecida al deudor y los límites de las cantidades y tipos de exenciones que la persona puede utilizar para preservar sus bienes.

Una de las importantes reformas de la ley consiste en el aumento de las responsabilidades de las personas que solicitan la liquidación bajo el Capítulo 7. Tales solicitudes suelen ser presentadas por deudores que tienen pocos recursos o no tienen activos y que cuentan con una deuda no garantizada: es comúnmente aceptado *que los acreedores deben presentar documentación para justificar la deuda, pero ahora corresponde al deudor la carga de demostrar que no existe una alternativa razonable al procedimiento concursal*. Ergo, se ha producido un desplazamiento de la carga de la prueba y recolección de documentación de los acreedores a los deudores, introduciendo el test de los medios. El deudor que solicita la liquidación debe demostrar su incapacidad para pagar sus deudas a su vencimiento y demostrar un intento de buena fe para resolver una crisis sin la ayuda del Juez y el procedimiento concursal. En definitiva, articular medidas preconcursales tendentes a solventar el impago de las deudas.

Medios de prueba (El test de recursos): la modificación del año 2005 determina, asimismo, quién es susceptible de acogerse a los distintos mecanismos para obtener la liberalización de la deuda, a través de una fórmula que somete a prueba la capacidad patrimonial del deudor individual para el pago de sus deudas⁶⁸, ex 11.USC.707 (b)(2)(A). La idea principal de la modificación ha sido desviar a los deudores individuales del Capítulo 7 para que soliciten el concurso bajo el Capítulo 13, y con ello, poder someterse a un plan de pago a sus acreedores.

La ley demanda una comparación de los ingresos del deudor de renta mediana⁶⁹—en el Estado de su domicilio— y así se evitan posibilidades de *forum shopping* por parte de algunos deudores. Si los ingresos del deudor están por encima de la renta media y él es capaz de pagar una cantidad mínima por mes a los acreedores, se le prohíbe la presentación de la solicitud bajo el Capítulo 7 y debe

⁶⁷ MARKELL, B., «Sorting and Shifting Fact from Fiction: Empirical Research and the face of Bankruptcy», *The American Bankruptcy Law Journal*, núm. 75, 2001, págs. 145-153.

⁶⁸ LAWLESS, R. y WARREN, E. «Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, 2007, págs. 405-413.

⁶⁹ Respecto al test de recursos se puede consultar www.uscourts.gov/Rules/BK

ser informado en este sentido por cualquier «agencia de alivio de la deuda» o por los abogados-especialistas en la materia.

La ley también incorpora disposiciones para el cálculo de las deducciones razonables del deudor de los ingresos brutos mensuales para sus gastos de manutención. Antes de la modificación del *Bankruptcy Code* el deudor tenía derecho a presentar informes de gastos y, ahora, es la ley que prevé dicho cálculo. La *Bankruptcy Code* además establece una presunción de mala fe: la mala fe se presume *iuris tantum* solo en base a la documentación que demuestre extremas «circunstancias especiales» que no dejan una razonable alternativa a la liquidación. La comprobación de los recursos ha reducido el número de solicitudes de personas físicas bajo el Capítulo 7 y, ahora, una mayor parte de los deudores presentan solicitudes bajo el Capítulo 13.

Por su lado y, en lo que hace al Capítulo 11 del *Bankruptcy Code*, proporciona los procedimientos para la reorganización generalmente de una sociedad ⁷⁰, pero las personas físicas también pueden presentar solicitud bajo el mismo capítulo ⁷¹. Es meritorio destacar que no es necesario que el deudor sea insolvente en el sentido del 11.USC.101 (32) ⁷². Según el Capítulo 11 el deudor suele proponer un plan de reorganización para mantener «vivo» su negocio y pagar a los acreedores en un plazo determinado bajo el Capítulo 11. En este procedimiento se dan las siguientes particularidades: si durante los últimos 180 días antes de la presentación de la solicitud la persona ha presentado otra solicitud de concurso, si ha sido condenado por falta intencional (cuando no ha comparecido ante el tribunal o no ha cumplido las órdenes del Juez), entre otros, ex 11 USC § § 109 (g), 362 (d) y (e). Además, no se puede presentar solicitud de conformidad con el Capítulo 7 o cualquier otro capítulo del *Bankruptcy Code* sin que la persona, dentro de 180 días antes de la presentación, haya recibido asesoría de crédito de una agencia de asesoría autorizada por el Gobierno de los EE UU ex 11 USC § 109, 111. Esto es importante en relación con la posibilidad de que la consultoría sirva al deudor para poder reestructurar sus deudas sin acudir al procedimiento concursal y sin solicitar la liquidación. Se prevén excepciones en situaciones ad hoc o cuando se ha determinado que no hay suficientes organismos autorizados para proporcionar el asesoramiento necesario. Si existe un plan de gestión de la deuda durante el periodo de asesoramiento requerido, este plan debe ser presentado ante el tribunal.

El plan de reorganización tiene como objetivo la reestructuración del deudor (que en la mayoría de los casos es una empresa) y la continuación de su actividad.

El plan debe ser hecho de buena fe, además debe ser equilibrado, proporcional, y debe incluir obligatoriamente:

- Las clases de obligaciones y acreedores.
- El tratamiento de las clases de acreedores.
- Las medidas adecuadas de ejecución del plan.

⁷⁰ Vid., MILLER, H. «Chapter 11 in transition—from boom to bust and into the future», núm. 81. *American Bankruptcy Law Journal*, 2007, págs. 375-388.

⁷¹ *Toibb versus Radloff*, 501 U.S. 157, 111 S. Ct. 2197, 115 L.Ed.2d 145(1991).

⁷² *In re Johns-Manville Corp.*, 36 Bankr., pág. 727.

La Sección 1141 (d) (1) establece, en líneas generales, la posibilidad de confirmación de un plan de descargas (liberaciones) de un deudor respecto a toda la deuda que surgió antes de la fecha de la confirmación. Después de que el plan sea confirmado, el deudor está obligado a efectuar los pagos conforme el plan y está sujeto a las disposiciones del plan de reorganización. El plan confirmado crea nuevos derechos contractuales, sustituyendo o reemplazando contratos existentes antes del inicio del concurso.

Finalmente y, en lo relativo al Capítulo 13, denominado como «plan del asalariado»⁷³, permite que las personas con ingresos regulares puedan desarrollar un plan para pagar la totalidad o parte de sus deudas. Se trata tanto de deudores solventes como insolventes ex 11 USC.101 (32). De acuerdo con este capítulo, los deudores individuales, pero no las empresas pueden proponer un plan de pago para hacer reembolso a los acreedores de tres a cinco años. Si la renta del deudor es inferior a la media estatal aplicable, el plan será de tres años, a menos que el tribunal apruebe un periodo más largo. Pero si la renta mensual actual es mayor que la media estatal aplicable, el plan general debe ser de cinco años, pero en ningún caso, un plan puede prever un periodo superior a cinco años, ex 11 USC § 1322 (d). Durante este plazo, la ley prohíbe a los acreedores iniciar o continuar con los procedimientos destinados a cobrar sus créditos. El Capítulo 13 ofrece a las personas una serie de ventajas con respecto a la liquidación del Capítulo 7. Una de las más destacables viene proporcionada porque el Capítulo 13 crea una oportunidad para las personas físicas de salvar sus viviendas de la ejecución hipotecaria, algo que es importante para los deudores insolventes en época de crisis. Otra de las ventajas del Capítulo 13 permitir a las personas «reprogramar» las deudas garantizadas (cuando no se trate de una hipoteca de la vivienda de su residencia principal) y, si bien este instrumento puede disminuir los pagos a los acreedores⁷⁴. El Capítulo 13 también ofrece una disposición especial que protege a los terceros co-responsables junto con el deudor en «deudas de los consumidores».

3.2. Aproximación a la insolvencia en el Reino Unido

3.2.1. Introducción

La legislación básica inglesa que regula la insolvencia personal y empresarial en el Reino Unido se contiene en *The Insolvency Act* (en adelante, IA) de 1986, modificada los años 2002 y 2004; aunque existen numerosas leyes especiales que establecen las consecuencias de la insolvencia como *The Enterprise Act* del 2002, la Ley sobre Inhabilitación de Administradores de Sociedades del 1986 y la Ley de Tribunales y Ejecución del 2007. Merece destacarse que en el Reino Unido, el término *bankruptcy* se reserva para los individuos y el término insolvencia para las empresas.

A continuación se analizará la definición de insolvencia empresarial, contenida en el artículo 123 del IA y, seguidamente, la definición de la insolvencia de las personas físicas: *bankruptcy*, contemplada en el artículo 268 de la misma ley.

⁷³ Vid., www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy

⁷⁴ Vid., *Nobelman versus American savings Bank*, 508 U.S. 324(1993); *Rake versus Wade*, 508 U.S.464 (1993).

3.2.2. Definición de insolvencia empresarial

La insolvencia se define, generalmente, en términos de flujo de caja y de equilibrio del balance ⁷⁵. En efecto, viene proporcionado por dos razones ⁷⁶ principales: por un lado, cuando la empresa no puede pagar sus deudas, falta de *cash flow* y, por otro, el deudor es insolvente si sus obligaciones exceden su activo «según el balance» [Cfr., *Taylor's Industrial Flooring Ltd Mh. Industrial Flooring Ltd (1990) BCLC 216*]. El enfoque principal de la legislación de insolvencia moderna y reestructuración de la deuda empresarial ya no se apoya en la liquidación y la eliminación de las entidades insolventes, sino en la remodelación de la estructura financiera y organizativa de los deudores que experimentan dificultades financieras a fin de permitir la rehabilitación y la continuación de su negocio. Esto se conoce como *Business Turnaround* o enfoque de recuperación de negocio, así que cada vez más se favorecen las alternativas a la liquidación de las empresas, y esto se puede observar en la moderna legislación británica. Se acepta que el concurso según la legislación británica posea cuatro finalidades ⁷⁷:

- Proteger a los acreedores.
- Equilibrar los intereses de los grupos, relacionados con la insolvencia corporativa.
- Supervisar la actitud de los directivos que se pueden considerar responsables del colapso financiero de la empresa.
- Promocionar el rescate de las compañías para que sigan adelante ⁷⁸.

Según el artículo 123 (1) del IA una empresa se considera insolvente, cuando:

- (a) El acreedor a quien la empresa debe una cantidad superior a 750 libras, siempre y cuando la empresa se encuentre requerida previamente por el acreedor a través de un requerimiento por escrito (en la forma prescrita), depositado en el domicilio social registrado y exigiendo que la empresa pague la cantidad debida, sin que la compañía realice el pago de la suma en el plazo de tres semanas desde la fecha del requerimiento o cuando no se garantiza la deuda o no se retira la solicitud de la deuda a satisfacción razonable del acreedor o,
- (b) En los territorios de Inglaterra y Gales, cuando, existiendo un procedimiento de ejecución u otro procedimiento judicial, no se cumpla, un decreto u orden a favor del acreedor y el mismo queda insatisfecho total o parcialmente o,
- (c) En Escocia, cuando ha vencido el extracto de la orden de pago, el bono hipotecario registrado o el protesto sin que se haya realizado el pago o,
- (d) En Irlanda del Norte, se ha emitido un certificado u otro documento declarativo de la resolución judicial en contra de la empresa o,

⁷⁵ INSOLVENCY SERVICE: *Guide to creditors*, Crown Copyright, 2010, pág. 2, en www.insolvency.gov.uk.

⁷⁶ Cfr., BOYLE&BIRDS. *Company Law*, 3.ª ed., London: Jordans, 1995, pág. 570.

⁷⁷ MILMAN, D. y DURAND, Ch. *Corporate insolvency: law and practice*, 3.ª ed., London: Sweet and Maxwell, 1999, pág. 2.

⁷⁸ Cfr., *Cork Committee Report, 1982 (Cmnd.8558)*.

(e) En caso que se pruebe a satisfacción del tribunal que la empresa es incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento.

(2) Una empresa también se considera incapaz de pagar sus deudas (insolvente) si se demuestra, a satisfacción del tribunal, que el valor de los activos de la misma es menor que el monto de sus pasivos, teniendo en cuenta las obligaciones contingentes y en perspectiva.

(3) La suma para el periodo especificado en la subsección (1) (a) está sujeta a incremento o reducción por orden del Secretario de Estado del Departamento de Comercio e Industria en virtud de la Sección 416, Parte XV.

Hay que subrayar que la visión tradicional antes del año 1985 se fundamentaba en el método para determinar la solvencia de una empresa denominado *cash flow test*. De esta forma, la empresa que lograba pagar su deuda a su vencimiento se consideraba solvente, independientemente, de lo que demostraba su balance.

Después del año 1985 se ha introducido el así llamado *balance sheet test*⁷⁹: la empresa que podía lograr pagar sus deudas a su vencimiento, con la salvedad de este hecho se podía considerar insolvente si, de conformidad con su balance, los pasivos superasen los activos. A la postre y, a partir del año 1985, un mayor número de compañías han sido sometidas a procedimientos concursales. A grandes trazos, se puede afirmar que actualmente existen dos métodos⁸⁰ para determinar si la empresa es solvente. Es obvio que una empresa con un balance «saneado» puede estar sujeta al procedimiento concursal si no es capaz de pagar sus deudas a su vencimiento siempre y cuando se excedan de las 750 libras⁸¹.

Se puede afirmar que el artículo 123 establece dos requisitos generales alternativos –(1) y (2)– para determinar la insolvencia de una empresa. El primer requisito se subdivide en varios requisitos adicionales: en primer lugar, se establece la cantidad de deuda que debe ser superada: 750 libras, para que una empresa se considere insolvente. Adicionalmente, se subraya la importancia del previo requerimiento que debe depositar el acreedor en el domicilio registrado de la compañía-deudor, en la forma preestablecida, sin que en el plazo de tres semanas sea realizado pago alguno a satisfacción razonable del acreedor. La ley británica introduce el criterio de razonabilidad para que el tribunal pueda, –a su juicio–, en la medida de lo justificado por las circunstancias de cada caso, ponderar el cumplimiento de la obligación a la vista del cumplimiento esperado por el acreedor y la satisfacción del acreedor de dicho cumplimiento. Hay que entender el término satisfacción razonable siempre en el marco de la buena fe en Derecho, ofreciendo el legislador, asimismo, la posibilidad de que el deudor ofrezca garantías o, que el acreedor retire la solicitud del pago de la deuda.

Al subcriterio a), el legislador ofrece varias alternativas –(b) a (d)– en relación con las diferencias normativas y de costumbre en los territorios de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte,

⁷⁹ *In re Patrick versus Lyon Ltd.*(1933), Ch.786.

⁸⁰ MILMAN, D. y DURAND, Ch., *op. cit.*, págs. 2-3.

⁸¹ *Vid., Cornhill Insurance v. Improvement Services Ltd.*(1986), B.C.L.C., 26; *Taylor's Industrial Footing v. M-N.Plant Hire*(1990) B.C.L.C., 216.

pero siempre en base de un documento formal para la aplicación de cualquiera de estos preceptos. Igualmente, en el epígrafe (e) se establece el criterio de la insolvencia de flujo de caja. Como ya se ha señalado, se trata de la incapacidad de la empresa de pagar sus deudas a su vencimiento, aportando los acreedores pruebas para ello.

El siguiente requisito general –(2)– establece la denominada insolvencia de balance, cuando los pasivos superan a los activos, tratándose de pasivos contingentes y en perspectiva, pero de activos actuales. El IA establece, a su vez, que la cantidad propuesta por el artículo 123 (1) (a) –750 libras– se puede incrementar o reducir por orden del Secretario de Estado del Departamento de Comercio e Industria de acuerdo a la Sección 416, Parte XV. Cabe añadir que dicha orden debe ser aprobada por el Parlamento –Secc. 416 (3)–, tal y como anotábamos.

3.2.3. *Definición de insolvencia individual*

Hay que señalar que el artículo 267 (2) (C) del IA decreta el derecho de los acreedores de solicitar el concurso y que la deuda es una obligación que el deudor es incapaz de realizar (pagar) o parece no tener ninguna posibilidad razonable de poder pagar. De tal suerte el legislador británico ofrece dos variantes de insolvencia personal: de un lado, la insolvencia actual y, de otro, la insolvencia en perspectiva. En el segundo caso, de cara al futuro, la persona no parece que pueda tener la posibilidad de realizar el pago de su deuda. Además, se establece el criterio de razonabilidad en cuanto a este segundo supuesto: es el Juez el que tiene que valorar, caso por caso, si existe la perspectiva razonable para que el deudor pague.

El artículo 268 del IA concretiza que una persona física se considera insolvente, a los efectos del artículo 267 (2) (c), cuando (1):

- (a) El acreedor al que se deben (al menos 750 libras) haya presentado una demanda (requerimiento-*statutory demand*) al deudor en la forma dispuesta, requiriéndole que realice el pago, que le garantice el pago de la deuda o las dos cosas a la vez, a satisfacción del acreedor y, en el plazo de tres semanas, desde la presentación de la demanda y, la misma, no haya sido ni cumplida ni retirada conforme a la ley, o
- (b) la deuda se reconoce, en su totalidad o en parte, con base en un proceso (ejecutivo u otro) a través de una resolución u orden de cualquier tribunal a favor del acreedor o acreedores titulares del crédito, solicitantes del concurso.

(2) A los efectos del artículo 267 (2) (c), el deudor no parece tener posibilidades razonables de poder realizar el pago de la deuda, en caso de que la deuda no sea inmediatamente exigible, cuando:

- (a) El acreedor que solicita el concurso haya notificado al deudor un requerimiento en la forma prescrita-*statutory demand* exigiéndole confirmar, a satisfacción del acreedor, que existe una posibilidad razonable de que el deudor podrá realizar el pago a su vencimiento.

- (b) Hayan transcurrido al menos tres semanas desde la notificación del requerimiento y el mismo no ha sido ni cumplido (por el deudor), ni retirada (por el acreedor) conforme a la ley.

Comparando la definición de la insolvencia personal con la definición de insolvencia corporativa se pueden observar algunas similitudes:

- Se da la exigencia de una deuda que no supere las 750 libras, ex artículo 267 (2) (a) en el caso de insolvencia personal.
- La importancia del previo requerimiento, establecido asimismo en el primer subrequisito referente a la insolvencia empresarial.
- El plazo de tres semanas desde la presentación del previo requerimiento, establecido también en el primer subrequisito referente a la insolvencia empresarial.
- El cumplimiento que debe ser realizado «a satisfacción del acreedor».

Sin embargo, en el caso de la aplicación del *bankruptcy* no se dan otras alternativas, en relación con el domicilio del deudor como en el caso de la insolvencia empresarial. Además, en el caso de la insolvencia personal el legislador define dos modalidades de insolvencia: actual o en perspectiva.

3.2.4. Consecuencias derivadas de la insolvencia

A nuestro juicio, se ha de apreciar, con carácter general, la variedad de procedimientos relacionados con las consecuencias de la insolvencia en el Reino Unido, teniendo en cuenta que muchas veces se ha alegado que la noción de insolvencia en el Reino Unido lleva incierta en sí una hostilidad hacia los deudores que experimentan dificultades financieras, incluso, si ello resulta de las dificultades y riesgos normales de la actividad empresarial⁸² y no de una anómala falta de prudencia o de honestidad por parte de las personas físicas o de los empresarios (o de los administradores)⁸³. Actualmente, se construye una base legislativa moderna para desarrollar una cultura de recuperación de las empresas, tratándose de animarlas para salir de sus problemas financieros, sin que queden atrapadas en el fracaso.

Las consecuencias de la insolvencia son diferentes, dependiendo de si se trata de *bankruptcy* o de insolvencia empresarial⁸⁴. Los procedimientos de la insolvencia de las empresas, exceptuando a los bancos, las compañías ferroviarias, las constructoras, las aseguradoras, etc. (para los que existen procedimientos distintos), son los siguientes:

⁸² THE INSOLVENCY SERVICE: «Changing attitudes to bankruptcy?», *The Insolvency Service Newsletter*, núm. 4, 2007, en <http://www.insolvency.gov.uk/Publications>

⁸³ *Id.*, FLETCHER, J., «Cuatro décadas de reforma del Derecho de la insolvencia: la experiencia inglesa», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, págs.41-56.

⁸⁴ Para un análisis, *in extenso*, SEALY, L., *Annotated guide to the insolvency legislation: Insolvency Acts 1986 and 2000, Insolvency Rules of 1986, EC Regulation of Insolvency Proceedings 2000, Enterprise Act 2002*. 7.ª ed., London: Sweet and Maxwell, 2004; CRYSTAL, M., PHILIPS, M., DAVIS, G., *Butterworths insolvency law handbook*, London: Lexis-Nexis, 2010.

- *Compulsory liquidation* (liquidación involuntaria): se trata de un proceso judicial, iniciado por una petición de los acreedores que deben demostrar que la empresa es insolvente de acuerdo con el artículo 123 del IA. A este procedimiento viene dedicado todo el Capítulo VI, de la Parte IV del IA y uno de los efectos de la resolución judicial es la liquidación de todos los activos de la empresa.
- *Creditors voluntary liquidation –CVL–* (liquidación voluntaria por los acreedores): en este caso, la empresa insolvente deja de funcionar, se suspenden todos los contratos e igualmente como en el caso de la liquidación involuntaria, se procede a la venta de sus activos. Los directivos y los accionistas de la empresa deciden liquidar a la empresa por ser insolvente y contratan a un liquidador autorizado para poder completar todos los trámites, distribuir los activos y supervisar la conducta de los directivos de la empresa.
- *Members voluntary liquidation –MVL–* (liquidación voluntaria impuesta por los directivos o accionistas): en este supuesto, se trata de empresas solventes⁸⁵ y es el procedimiento a través del cual los mismos directivos de la empresa deciden solicitar la liquidación⁸⁶ porque, aunque creen que la compañía es capaz de seguir operando en el mercado, por algún motivo eligen la opción de poner la empresa en liquidación (*v.gr.*, cuando se retira de la actividad empresarial un accionista mayoritario).

Para los casos de liquidación voluntaria, se pueden ver en su totalidad los Capítulos II, IV y V de la Parte IV del IA.

Además de la liquidación, la IA prevé las posibilidades de:

- *Administrative receivership –AR–*: es el procedimiento en el cual se designa un interventor de empresas⁸⁷ (*insolvency practitioner*) para que organice y reparta los activos de la empresa insolvente con el objeto de pagar a los acreedores. El derecho de nombrar un interventor de empresas ha sido restringido por la *Enterprise Act* del año 2002.
- *Administration* (procedimiento de administración judicial): si uno o más acreedores han obtenido una resolución judicial en contra del deudor, el tribunal puede dictar orden de *Administration*. La Administración es un procedimiento judicial, basado en la posibilidad de que el deudor realice pagos regulares a través del tribunal para poder extinguir la deuda respecto a los acreedores, protegiendo, al mismo tiempo, a la empresa de los mismos a fin de que sea capaz de proceder a cambios organizativos para poder continuar como empresa operativa en el mercado. De esta manera se logra, además, un mejor resultado para los acreedores en comparación con los procedimientos de liquidación. En comparación con el Capítulo 11 del *USCode*, donde los directivos mantienen el control durante todo el proceso de reorganización, en el procedimiento de *Administration*, destinado a la reorganización de la empresa insolvente, se designa un administrador, a través de una autorización judicial para poder gestionar los asuntos de la compañía.

⁸⁵ *Vid., In re Expanded Plugs Ltd (1966) 1 W.R.L. 514.*

⁸⁶ Para una visión teórica: MILMAN, D. y DURAND, Ch., *Op. cit.*, pág. 77.

⁸⁷ Se encuentran ejemplos de tales nombramientos en *The London Gazette*, en www.london-gazette.uk/issues

Una variedad particular de Administración que últimamente se encuentra muy «de moda», es la denominada *pre-pack Administration*: es el procedimiento que se realiza inmediatamente después del nombramiento de los directivos de una empresa, en el que el administrador realiza una venta previamente concertada de los activos, a menudo, a los mismos directivos o accionistas de la empresa. Aludimos a una opción de dar salida a una empresa (solvente o insolvente), que despierta controversias porque los acreedores no pueden votar en contra de la venta. La razón principal, por la que se aplica este instrumento, es que la venta rápida de la empresa insolvente a un buen precio puede ser necesaria e incluso beneficiosa para la misma compañía y para los acreedores ⁸⁸.

- *Company voluntary arrangement –CVA–* (acuerdo voluntario celebrado entre la empresa y los acreedores): esta vía es preferida generalmente por los directivos que confían en que su empresa es solvente ⁸⁹ y, que puede tener un futuro viable. Se celebra un acuerdo legal entre los acreedores y la empresa, acordándose normalmente un pago prorrateado, así que al vencimiento del plazo la deuda se configura por las pérdidas y ganancias de la compañía. El Consejo de Administración mantiene el control sobre la empresa y la misma sigue operando con normalidad. Se considera que por esta vía se consiguen recuperar un 45 por 100 de los créditos.

El cuadro general de los procedimientos existentes en el Derecho de insolvencia inglés, referentes a las personas físicas, es el siguiente ⁹⁰:

- a) *Debt relief order –DRO–* orden de alivio del deudor: las DROs siempre proporcionan un alivio de la deuda, pero con ciertas restricciones. Pueden ser susceptibles de aplicación para aquellas personas insolventes que no son dueñas de su propio hogar, cuentan con ingresos escasos y obligaciones que no superan las 15.000 libras. Las DROs tienen un plazo de vigencia de 12 meses y hasta la finalización de este plazo, los acreedores, cuyo nombre aparece en la orden, no pueden ejercer ninguna medida destinada a la recuperación de sus créditos, sin el permiso del tribunal. A la terminación de dicho plazo, en caso de que las circunstancias no hayan cambiado, el deudor individual es liberado de las obligaciones incluidas en la solicitud de DRO. Hay que subrayar que las DROs se expiden por el Servicio de Insolvencia.
- b) *Bankruptcy*, en los casos de insolvencia de personas físicas el procedimiento de *bankruptcy* es similar a la liquidación de una persona jurídica.
- c) *Individual voluntary arrangement –IVA–* acuerdo personal voluntario ⁹¹: se trata de la versión formal de las DROs. Los IVA se inician con una propuesta del deudor individual a

⁸⁸ Cfr., THE INSOLVENCY SERVICE: «New rules for the pre-pack administrators», *The Insolvency Service Newsletter*, núms. 6-7, 2009, en <http://www.insolvency.gov.uk/Publications>

⁸⁹ *Vid.*, INSOLVENCY PRACTITIONERS ASSOCIATION (ACCA)– www.coopermattews.com/company-voluntary-arrangement; SWANSON, J, MARSHALL, P., HOKEY, H. Y NORLEY, L., *A practitioners guide to corporate restructuring*, London: City and Financial Publishing, 2008.

⁹⁰ Para un análisis más extenso, MARSCH, D., *A Straightforward guide to bankruptcy, insolvency and the law*. Brighton: Straightforward, 2006.

⁹¹ THE INSOLVENCY SERVICE: «Individual voluntary arrangements: proposals improve solutions to over-indebtedness», *The Insolvency Service Newsletter*, núm. 1, 2006, en <http://www.insolvency.gov.uk/Publications>

los acreedores para pagar toda o parte de la deuda. En este caso, el deudor y los acreedores acuden a los tribunales y cualquier acuerdo entre ellos es vinculante.

- d) *Fast track individual voluntary arrangement*, procedimiento abreviado de tramitación del acuerdo personal voluntario: se trata de la versión abreviada de los IVA.

4. CONCLUSIONES

Llegados hasta aquí y una vez fijados los criterios que configuran la insolvencia en diferentes legislaciones, somos de la opinión que se ha de ofrecer y fijar un criterio flexible de insolvencia por parte de cualquier legislador concursal, si con ello se quiere obtener una mayor rentabilidad o recuperación del crédito perdido. Así, la mejor forma es atender a un criterio amplio en base a la capacidad que posee la empresa para recuperar su actividad, siendo preciso, pues, que la situación de desbalance sea mínima en orden a reparar dicha situación.

Hemos podido inferir, igualmente, del estudio del Derecho comparado entre el Derecho concursal español y el Derecho de la insolvencia en los países anglosajones, que estos últimos ofrecen diferentes tipos de insolvencia respecto al sujeto, mientras que en el Derecho español existe un solo sistema legal y una única definición de insolvencia –aunque con diferentes graduaciones– para cualquier tipo de empresa sin ninguna discriminación por razón de ser persona física, jurídica, consumidor o entidades financieras, entre otros.

También, se puede observar que en el Derecho británico coexisten como fundamentos de la insolvencia la falta de liquidez (flujo de caja) y, a su vez, la insolvencia de balance, cuando los pasivos superan los activos. En cambio, en el Derecho concursal español se fundamentaría en el flujo de caja, esto es, incumplimiento regular de las obligaciones exigibles a su vencimiento. Por su parte, en el Derecho norteamericano tanto respecto a las personas físicas como a las empresas, la insolvencia se sustenta bajo los parámetros del balance financiero. Cabe destacar, que a diferencia de lo que sucede en el Derecho concursal español, los entes públicos, en especial, los municipios en el Derecho norteamericano son susceptibles de aplicárseles la legislación de insolvencia.

Somos de la creencia que una vez examinadas las diferentes legislaciones concursales, se hace preciso introducir medidas de carácter preconcursal para solventar el pago de las deudas, así como articular medidas que inste la pronta apertura del procedimiento, siempre respetando los criterios de seguridad jurídica. Y, por supuesto, el respeto a la tradición jurídica del país en cuestión. Se ha de remarcar, a la par, la necesidad de diseñar presupuestos objetivos, que vengan impregnados de la cultura de la anticipación (prevención) y el rescate, si con ello se quiere hacer, verdaderamente, efectivo el Derecho concursal. Ciertamente, no estamos diciendo nada nuevo, que no se dijera y reflexionara ya en los años 80, 90 y 2000, en diferentes foros o disciplinado en legislaciones de Derecho concursal comparado; pareciese que quisiera mantenerse en el letargo continuado y es –en tiempos de crisis económico-financiera–, donde hay que «despertar» al «somnoliento» (el Derecho concursal).