

# La carga probatoria en la solicitud de declaración de concurso

Enrique SANJUAN Y MUÑOZ

Alude la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>1</sup> a "la unidad de procedimiento" para reseñar que el mismo se identifica con el presupuesto objetivo de la insolvencia, concebido como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. A partir de ello y especialmente en la legitimación para instar el Concurso, establece un complejo sistema que desde esa declaración de Concurso nos lleva a la apertura de un procedimiento (ordinario o abreviado) en donde se suceden multitud de incidentes y que se estructura bajo el principio —también señalado por la citada norma— de unidad legal incorporando aspectos materiales y procesales en un solo texto atribuyendo jurisdicción y competencia al juez del Concurso para el conocimiento de la mayoría de las acciones que pudieran derivarse y afecten al patrimonio del concursado.<sup>2</sup>

En la exposición de motivos de la citada norma partimos de la citada "unidad de procedimiento" para el supuesto de la solicitud de la declaración del concurso por todos los interesados pero cuya carga probatoria se desplaza en uno u otro sentido tanto respecto de esa situación objetiva de insolvencia como para el supuesto de la legitimación de aquellos que no sean el propio concursado solicitante.

La estructura de la norma nos lleva también a distinguir diferentes supuestos en los que, derivados de esa solicitud o declaración de concurso, la ley otorga acciones a los intervinientes bien en protección de los intereses de la masa de la quiebra o bien en protección de sus propios intereses.

El análisis de la carga probatoria en cuanto a todo ese conjunto es el que pretendemos analizar en el presente estudio.

## DECLARACION DE CONCURSO

El artículo 3 de la LC se refiere a la legitimación para la solicitud del concurso partiendo de los presupuestos subjetivos respecto de las personas que pueden ser declaradas en dicha situación (art. 1) y presupuestos objetivos de insolvencia (art. 2). Del citado precepto extraemos tres posibilidades:

a) La anteriormente denominada quiebra o concurso voluntarios (1323 LEC de 1881, 874 a 876 Código de Comercio de 1885 y 1156 LEC de 1881) que en la presente norma concursal aparece con la denominación unitaria de "Concurso Voluntario"<sup>3</sup> y que es a instancia del deudor"

b) El denominado Concurso Necesario que podrá ser instado:

1.º Por los acreedores del deudor.

2.º Por otros legitimados (herederos, acreedores de la herencia, Consorcio de Compensación de Seguros, etc.).

La Exposición de motivos de la LC recoge dos apartados concretos en referencia a dichas solicitudes (II):

a) Si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, si bien en este caso no sólo podrá ser actual, sino futuro, previsto como "inminente". El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste.

b) Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud; en todo caso, la declaración ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud, basándose en la inexistencia del hecho en que ésta se fundamente o en la que de su estado de insolvencia, incumbiéndole en este caso la prueba de su solvencia. Las garantías del deudor se complementan con la posibilidad de recurrir la declaración de concurso.

De conformidad a lo señalado podemos distinguir dos apartados objeto de este primer análisis: prueba de la legitimación a efectos de la solicitud; prueba del estado objetivo de insolvencia.

### A) La legitimación

El *deudor* está obligado por ley (art. 5 LC) a solicitar la declaración de concurso cuando se den los requisitos exigidos por la misma. No obstante hemos de señalar que el mismo no está exento de probar con dicha solicitud su condición de "deudor común" (art. 2.1 L.C.) pero evidentemente esto se produce automáticamente con la presentación de la documentación a la que se refiere el artículo 6 de la LC respecto de todo lo que se refiere a su estado de insolvencia. Es decir el mismo resultará deudor siempre que se encuentre en alguno de los presupuestos subjetivos del artículo 1 y bastará la prueba de su insolvencia para que resulte directamente legitimado. Sin embargo en esta fase inicial ya queda determinada la capacidad de obrar del deudor solicitante a través del exigido poder especial para solicitar el concurso o apoderamiento apud acta que realizará el mismo deudor de conformidad al artículo 6.2.1º LC.

Si se trata de persona jurídica la legitimación además vendrá determinada por la aprobación que se aporte de dicha solicitud por el órgano de administración o de liquidación de la misma.

Todos los defectos apreciados por el juzgador

<sup>1</sup> BOE número 164 de 10 de julio de 2003

<sup>2</sup> Véase artículo 86 ter de la LOPJ según la redacción de la LO 8/2003 de 10 de julio o artículo 8 de la citada Ley 22/2003.

<sup>3</sup> Vid artículo 22 L.C.

(art. 13 LC) en cuanto a la solicitud o a la documentación acompañada son subsanables en el plazo máximo de cinco días.

En lo que respecta a la legitimación para la declaración de Concurso Necesario hemos de partir de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 13-07-2001, rec. 2089/2001, en cuanto señala que "la declaración de quiebra necesaria se caracteriza por la necesidad de cumplimiento en unión del escrito solicitando su declaración del cumplimiento de determinados requisitos, el primero de ellos el relativo a la legitimación del instante, cuestión ésta que ha originado distintas posiciones doctrinales".

A estos efectos deberá de destacarse que fue voluntad del legislador la de facilitar los medios para la obtención de la declaración de quiebra necesaria conforme puso de relieve en la exposición de motivos del vigente Código de Comercio, el que se señala que: Inspirándose el proyecto en este criterio, facilita los medios de obtener la declaración de quiebra. Según el Código vigente, los acreedores del comerciante insolvente, para solicitarla necesitan acreditar con el oportuno mandamiento de embargo, que los créditos son ejecutivos. Este requisito dificulta en gran medida el ejercicio del derecho que compete a los acreedores dilatando con notorio daño de los mismos la intervención de los tribunales en los negocios del deudor; única medida salvadora de los intereses de todos. Y el proyecto, para evitar estos inconvenientes, dispensa de aquel requisito a los acreedores y les autoriza para solicitar la declaración de quiebra, siempre que el comerciante ha cesado de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones. Lo precedentemente transcrito que constituye la clara expresión de la voluntad del legislador sirve en el presente para determinar cual deberá ser la interpretación que de las normas habrá de realizarse y ello en base a las premisas previamente expuestas, mas también es evidente que la cuestión no se agota en lo antes expuesto, pues no puede entenderse la voluntad del legislador de facilitar la declaración de la quiebra necesaria hasta el límite de no establecer requisito alguno al instante y de ahí que el legislador utilice el término de legitimación activa que deberá concurrir en aquel que inste la declaración de quiebra, requisito este coincidente con el contenido en el artículo 1325 de la Ley de Enjuiciamiento civil precepto que señala que el acreedor que solicite la declaración de quiebra de su deudor estará obligado a acreditar ante todas las cosas su personalidad, bajo cuya denominación quiso referirse el legislador a la legitimación que deberá concurrir en el instante, y que puede resumirse en un primer y capital requisito que no es otro que el que el instante de la quiebra sea acreedor del quebrado. Con relación a la legitimación la cuestión que de inmediato se suscitará será la contradicción existente entre lo dispuesto en el artículo 1325 de la LEC y las previsiones contenidas en los artículos 876 y 877 del Código de Comercio vigente, contradicción que deberá ser resuelta a favor del Código Vigente por ser posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil, de

ahí que los supuestos de legitimación deberán entenderse referidos a los establecidos en los artículos 876 y 877 del Código de Comercio.

Constituyen supuestos de legitimación en primer término el comprendido en el párrafo primero del artículo 876 del Código de Comercio, es decir que la solicitud se funde en título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio poseyendo la legitimación requerida para la solicitud de la declaración de quiebra el que hubiera obtenido un mandamiento de tal clase como pusieron de manifiesto las STS de 14 de mayo de 1909 y 12 de julio de 1940 señalando la última de las sentencias citadas la procedencia de declarar la quiebra de los comerciantes a instancia de un acreedor que funda su solicitud en título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución cuando en el embargo no hayan resultado bienes bastantes libres bastantes para el pago.

En segundo lugar habrá asimismo de destacarse que el párrafo segundo del artículo 876 del Código de Comercio legitima al acreedor para instar la quiebra aunque no hubiera obtenido mandamiento de embargo, siempre que justifique sus títulos de crédito y que el comerciante ha sobreesido de una manera general el pago de sus obligaciones. La cuestión que se suscita es determinar el contenido de la expresión título de crédito, debiendo entenderse en coincidencia con la doctrina, que por título se entiende el documento, es decir documento de crédito cuya legitimidad no ofrezca dudas, precisándose asimismo por la doctrina que el título de crédito debe ser legítimo y evidenciado en forma, de lo que se afirma que si el acreedor invoca un título que puede ser objetado o desconocido y cuya aceptación o rechazo depende de la voluntad del deudor requiriéndose para su exigencia del pronunciamiento judicial que declare su existencia, validez y exigibilidad, es evidente que ese título no da la calidad de legítimo al acreedor que lo presente, en tanto que el crédito cuyo cobro se persigue nace de un título que lleva en sí la fuerza ejecutiva necesaria para que pueda exigirse su inmediato cumplimiento sin acudir previamente a la vía judicial de su declaración, la falta de pago que se deduce de tal título es suficiente para conferir al acreedor la legitimación requerida para la declaración de quiebra.

En tal sentido se ha pronunciado la doctrina Jurisprudencial, señalando la concurrencia del requisito exigido en la norma de la letra de cambio impagada STS de 21 de noviembre de 1900, 26 de octubre de 1907, 12 de marzo de 1910, 5 de junio de 1917 también concurre la condición señalada en el precepto en las facturas y cuentas reconocidos por el deudor STS de 9 de junio de 1897, y 8 de mayo de 1913, en tanto y como se ha señalado no es título bastante el despacho de ejecución contra el deudor si al tiempo de formalizarse la oposición a la quiebra había declarado el tribunal que conocía del procedimiento no haber lugar a dictar sentencia de remate.

La actual regulación del concurso legitima también a los acreedores y otros. Para ello exige:

a) Si es el acreedor deberá (art. 71 LC) expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe,

fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que se acompañará documento acreditativo. El citado título deberá estar comprendido en alguno de los supuestos del artículo 2.4 de la LC.

b) Cuando la solicitud sea realizada por los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de la persona jurídica que se pretende declarar en concurso, deberán acreditar dicho extremo (3.3º LC) y deberán acompañar el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla (7.1, párrafo segundo LC).

c) Cuando se trate de herederos, administrador de la herencia (art. 3.4 LC) deberán aportar los datos del causante pues el artículo 6.2º.4 hace referencia a que los mismos consten en la memoria del solicitante entendiendo que se trata de una solicitud del deudor.

El citado precepto (art. 7.1 LC) parece distinguir dos apartados muy concretos pues por un lado en su apartado primero, párrafo primero, se refiere al acreedor legitimado señalando que deberá presentar documento acreditativo; y en segundo lugar se refiere al resto de los legitimados a los que permite bien que acompañen el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla. De esta forma la legitimación del acreedor resultará de la aportación de su propio crédito, sin prueba al respecto, y resultando su legitimación de los hechos positivos y negativos que se derivan de los artículos 2 y 3 de la Ley Concursal, es decir:

a) Como elemento positivo la legitimación del citado acreedor (sobre la que no existe posibilidad de prueba) es requisito de procedibilidad subsanable por la vía del artículo 13.2 LC a instancia del juez por adolecer de defecto la solicitud o la documentación presentada, y va referida al propio título del mismo cuando se encuadre en alguno de los supuestos del artículo 2.4 de la LC.

b) Como elemento negativo será que el citado acreedor no estará —en los términos del artículo 3— legitimado cuando haya adquirido su crédito por actos Inter Vivos y a título singular después de su vencimiento en los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud.

El resto de los legitimados podrán bien acompañar el documento del que resulte su legitimación o proponer prueba para acreditarla de conformidad al 7.1, párrafo segundo LC.

## B) Estado de insolvencia

Al deudor solicitante incumbe (art. 2.3º LC) justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, bien actual o inminente por no poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones y así lo prevea. Para ello la LC establece minuciosamente cuales son los documentos que deberá presentar el mismo en su artículo 6. La acreditación de dicha insolvencia se podrá completar o subsanar a tenor de lo previsto en el artículo 14.2 de la LC cuando el juez

estime que es insuficiente la documentación aportada. El plazo máximo que previene la ley es de cinco días. Es decir, a él incumbe probar que se encuentra en dicho estado de insolvencia y respecto de él existe el deber de solicitar la declaración de concurso en los plazos que previene el artículo 5 de la LC, lo que ha llevado al legislador a otorgar a la resolución desestimatoria de la solicitud (auto) la posibilidad de impugnarlo sólo en reposición.

La solicitud de concurso necesario se realiza bajo el presupuesto procesal de la legitimación del solicitante tal y como se ha señalado pero se articula en la posibilidad, respecto de la insolvencia, de que se practique prueba para acreditar los hechos que se fundamentan de conformidad al artículo 7.2 de la LC. No obstante el legislador ha determinado que la misma no será bastante cuando sólo se articule a través de testigos. Se supera así una práctica judicial de entender acreditados dichos extremos tan sólo con la prueba testifical y ello a pesar de que el 1325 de la Ley de 1881 (en el mismo sentido los artículos 1025 del Código de Comercio de 1829 y 876 y 877 del Código de Comercio de 1885) recogía que deberían ser probados en forma suficiente.

No obstante dicha carga se referirá a cualesquiera de los supuestos que recoge el artículo 2.4º de la LC:

1. Título por el que se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago.

2. Sobresimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

3. Existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

4. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes del deudor.

5. El incumplimiento generalizado de las obligaciones consistentes en deudas tributarias exigibles en los tres meses anteriores a la solicitud de concurso, cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Decimos que se referirá a dichos hechos por dos razones:

1. La primera porque la legitimación y su prueba queda recogida en el apartado primero del citado artículo 7 de forma independiente a lo que señala el apartado segundo del mismo precepto.

2. Porque el artículo 18 de la Ley Concursal recoge que en este último caso (en referencia al estado de insolvencia) incumbirá al deudor la prueba de su solvencia". Limita al mismo tiempo dicha prueba a la documental consistente en libros de contabilidad que tenga obligación de llevara el propio deudor.

Todo lo anterior conlleva una carga probatoria para el solicitante no deudor respecto del hecho que motiva su solicitud y una carga probatoria para el

deudor respecto de la solvencia del mismo. Probadamente, de esta forma, por ejemplo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor como hecho motivador de la solicitud de concurso y partiendo de la legitimación del acreedor en virtud de la documentación aportada es al deudor al que corresponde probar que, no obstante dicho sobreseimiento general, mantiene un estado de solvencia.

## **DECLARACION DE CONCURSO EN SUPUESTOS ESPECIALES**

Podemos distinguir diferentes supuestos:

a) En primer lugar la posibilidad abierta en el artículo 3.5º de la LC para que el acreedor pueda instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. Queda sujeto a la misma carga probatoria que la señalada con anterioridad para los supuestos normales tanto en cuanto a la legitimación como en cuanto a la insolvencia. No determina la ley si la insolvencia debe referirse a todos los deudores o a aquel del que deriva el crédito en virtud del cual se determina la insolvencia, en el supuesto de confusión de patrimonios, ni tampoco si la misma ha de referirse a todas o alguna de las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo.

b) El artículo 76 bis de la Ley del Mercado de Valores<sup>4</sup> recoge la legitimación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores para solicitar la declaración de concurso de las empresas de servicios de inversión, siempre que los estados contables remitidos por las entidades, o de las comprobaciones realizadas por los servicios de la propia Comisión,

resulte que se encuentran en estado de insolvencia conforme a lo establecido en la Ley Concursal. En este supuesto la legitimación deriva de los citados estados contables o de las actas de inspección pero no obsta el hecho de la carga probatoria sobre el estado de insolvencia y su acomodación a alguno o algunos de los supuestos del artículo 2.4º de la L.C.

c) La reforma que se produce de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados<sup>5</sup> parte de una excepción a la obligación de solicitud de declaración de insolvencia; así el artículo 35, tras la reforma, en su apartado tercero, recoge que "en caso de insolvencia de la entidad aseguradora, el Consorcio de Compensación de Seguros no estará obligado a solicitar la declaración judicial de concurso". No obstante el artículo 37.10 de la misma si establece dos excepciones:

1.º Los apartados primero y décimo del artículo 37 señala que la legitimación del consorcio surge ("estará plenamente legitimado") cuando el plan de liquidación formulado al amparo de dicho precepto no fuese aprobado en junta de acreedores o ratificado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Deberá solicitar dicha declaración inmediatamente, según el precepto.

2.º El 37.10º establece la posibilidad ("podrá") de realizar dicha solicitud en cualquier momento del período de liquidación anterior a la junta de acreedores cuando estimase que, dadas las circunstancias concurrentes en la entidad aseguradora cuya liquidación tiene encomendada, sufrirán grave perjuicio los créditos de los acreedores si no tuviera lugar dicha declaración judicial de concurso. A la vista del anterior apartado parece que la legitimación del consorcio surge de la prueba de dichos perjuicios graves que deberán presentarse en la forma y con la carga que hemos señalado para los supuestos ordinarios de solicitud de declaración concursal.

<sup>4</sup> Artículo modificado por la Ley Concursal en su disposición final decimotercera Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

<sup>5</sup> Disposición final vigésima séptima Ley 30/1995, de 8 de noviembre