

## Doctrina

---

*Por Ana Belén Campuzano, catedrática de Derecho mercantil de la Universidad San Pablo-CEU y abogada.*

### La pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso consecutivo

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal contempla como presupuestos legales de la declaración de concurso de acreedores el presupuesto subjetivo, referido a la condición de persona, natural o jurídica, del deudor (art. 1 LC) y el presupuesto objetivo, consistente en la insolvencia del deudor común (art. 2 LC). Nada se dice sobre si, además, la declaración de concurso de acreedores requiere de la concurrencia en el presupuesto objetivo de otras circunstancias, como la pluralidad de acreedores. En este sentido, en la Ley Concursal no hay manifestación legal expresa acerca de la exigencia per se, para la declaración judicial del concurso, de una pluralidad de acreedores, lo que suscita la controversia entre si dicha exigencia debe considerarse, a pesar de su no plasmación legal, un requisito intrínseco al concurso de acreedores o de si se trata de una opción legislativa, que en el caso del derecho español no está consagrada expresamente en el ámbito del presupuesto objetivo del concurso. En ese contexto, la obtención por el deudor persona natural del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho se vincula, de forma previa, a la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa (art. 178 bis 1 LC). De forma que, si la declaración del concurso de acreedores no fuera posible, por entender que la inexistencia de pluralidad de acreedores lo impide, tampoco resultaría posible que el deudor persona natural alcanzase dicho beneficio de exoneración.

La cuestión se ha puesto de manifiesto en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 28 de septiembre de 2018, que estima el recurso de

apelación interpuesto contra el auto de 13 de marzo de 2018 que desestimaba el recurso de reposición planteado contra el auto de 23 de febrero de 2018, que inadmitía a trámite el concurso voluntario de acreedores de un deudor persona natural (Vid. CAMPUZANO, A.B. <<La pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [15ª] de 28 de septiembre de 2018)>>, ADCo 46, 2019-1). En el supuesto la solicitud de concurso la había formulado la mediadora concursal, que manifestaba que, conforme a lo dispuesto en el artículo 242 bis de la Ley Concursal convocó a los acreedores, sin obtener un acuerdo extrajudicial de pagos. Por todo ello instaba el concurso consecutivo, solicitando la apertura de la liquidación. El Juzgado no admitió a trámite el concurso por cuanto, según la documentación aportada por el mediador concursal, el deudor contaba con un único acreedor. De acuerdo con la resolución recurrida, la pluralidad de acreedores es un presupuesto del concurso, según se infiere del artículo 2 de la Ley Concursal, por lo que, al no cumplirse ese presupuesto, no es posible la declaración de concurso. El auto es recurrido por el deudor, que estima que la solicitud y declaración del concurso consecutivo viene impuesta por el artículo 242 bis de la Ley Concursal y que la inadmisión le priva del derecho de quedar exonerado de las deudas. La estimación del recurso de apelación supone la admisión a trámite del concurso solicitado por el mediador concursal, con todos los efectos propios de la admisión. Ahora bien, dicha estimación no se fundamenta en la consideración de que la pluralidad de acreedores no

conforma un requisito intrínseco o implícito al concurso de acreedores, sino que partiendo de que éste es un presupuesto implícito, se alcanza la estimación del recurso presumiendo que la pluralidad de acreedores está presente en este caso, dado que el deudor persona física contrae obligaciones, probablemente de escasa cuantía, que aunque no estén vencidas en el momento de la declaración, no dejan de ser deudas reales que permiten considerar que se cumple el presupuesto de la pluralidad de acreedores. En efecto, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 28 de septiembre de 2018, reafirma que la razón de ser y finalidad del procedimiento concursal, que por ello es de carácter colectivo (concurso implica el llamamiento a varios o la concurrencia de varios), presupone la existencia de una pluralidad de acreedores, y sin esta circunstancia no cabe su declaración. Se trata de un presupuesto necesario, no expreso pero sí implícito, y de ahí que la Ley Concursal se refiera al deudor común, a la obligación de presentar una relación de acreedores, a la incapacidad para cumplir sus obligaciones exigibles, al incumplimiento generalizado de sus obligaciones, a la legitimación de cualquiera de sus acreedores para solicitar el concurso, a la concurrencia de acreedores, a una pluralidad de acreedores, a un convenio con los acreedores, etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por varios acreedores concursales. De no existir, no tiene sentido la formación de una masa activa en un procedimiento concursal para satisfacer a un solo acreedor, el nombramiento de administradores concursales para liquidar esa masa patrimonial, un convenio de pago con un solo acreedor, etc. Si el deudor se encuentra en estado de insolvencia, pero sólo tiene un acreedor, con crédito vencido y exigible, bastará la ejecución singular de su patrimonio para hacerle pago, aunque no sea suficiente, pero la solución concursal carece de sentido. En definitiva, estima, con carácter general, que no cabe la declaración de concurso con un único acreedor. En este sentido, la obligación legal de instar el concurso por parte del mediador concursal, si el acuerdo extrajudicial de pagos no es aceptado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 236 de la Ley Concursal, no conlleva un correlativo deber judicial de declararlo. Ahora bien, siendo el solicitante del concurso una persona natural a la que el artículo 178 bis reconoce la

posibilidad de acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, es preciso interpretar el presupuesto de la pluralidad de acreedores con cierta flexibilidad, dado que la situación de sobreendeudamiento se puede producir a partir de una única deuda relevante. Se trata de un derecho que la Ley sólo reconoce al deudor que ha sido declarado en concurso y se tramita una vez concluido el procedimiento concursal por liquidación o por insuficiencia de masa. En este sentido, el referido Auto opta por presumir que la pluralidad de acreedores está presente en este caso, dado que el deudor persona física contrae obligaciones, probablemente de escasa cuantía, como suministros, gastos de comunidad... que, aunque no estén vencidas en el momento de la declaración, no dejan de ser deudas reales que permiten considerar que se cumple el presupuesto de la pluralidad de acreedores. Por otro lado, en el recurso se añade una deuda con Hacienda que, expresamente se indica en el Auto judicial, que es preciso que la administración concursal verifique.

Sin entrar en otras consideraciones al hilo de la afirmación de que la obligación legal de instar el concurso por parte del mediador concursal si el acuerdo extrajudicial de pagos no es aceptado no conlleva un correlativo deber judicial de declararlo, se plantea la dificultad de conciliar los términos de la legislación concursal en cuanto a declaración de concurso -en este caso, consecutivo- y posibilidad de optar al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Ciertamente, sea cual sea la interpretación que se mantenga, la conciliación de ambos parece requerir una consideración más flexible o bien de la propia concepción del presupuesto de pluralidad de acreedores en el concurso o bien de la concurrencia del mismo. En el supuesto planteado se opta por esta última interpretación. Ahora bien, quizás sea el momento de valorar, de un lado, si buena parte de las reformas operadas en la legislación concursal han derivado en la adopción de herramientas o instrumentos de gestión de la insolvencia que, al relacionarse con el concurso de acreedores, pueden requerir de una reinterpretación de los aspectos o presupuestos tradicionalmente implícitos o intrínsecos al mismo. Lógicamente, lo ideal sería que en una deseada refundición de la legislación concursal se

aclare, en uno u otro sentido, la opción en cuanto a la concurrencia del presupuesto de la pluralidad de acreedores para la declaración, o la conclusión, del mismo. Y, de otro lado, tampoco parece descartable que no haya que analizar si la interpretación u opción que se sostenga no debe tener en cuenta las consecuencias, de hecho, que genera. Es decir, en vía sólo de interpretación de los términos legales actuales, no deja de sorprender que sin que haya una opción legal expresa que contemple la exigencia de la pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso, la interpretación se decante por su concurrencia implícita o intrínseca, aún a costa de que ello suponga flexibilizar e, incluso, presumir la concurrencia de dicho presupuesto. Más aún cuando tampoco parece tan complejo que dicha pluralidad se pueda cumplir, simplemente, con el que deudor no cumpla regularmente con otra de sus obligaciones exigibles.

II. En efecto, la Ley Concursal española no alude expresamente a la pluralidad de acreedores al referirse al presupuesto objetivo del concurso. La referencia expresa a la pluralidad de acreedores sólo la contempla la Ley Concursal al regular la intervención del Ministerio Fiscal (art. 4 LC), lo que puede engrosar la lista de argumentos que sostienen que la pluralidad de acreedores debe entenderse como presupuesto necesario intrínseco al concurso, pero, no puede considerarse que su plasmación en esta sede sea definitiva a los efectos de esta consideración. En este sentido, la pluralidad de acreedores pudiera considerarse que se encuentra en el origen mismo de la situación concursal y deducirse, indirectamente, de la condición de deudor común del concursado (art. 2.1 LC) o de la actuación en el concurso de acreedores del Ministerio Fiscal (art. 4-I LC). No obstante, en la Ley Concursal española la pluralidad de acreedores no conforma en la literalidad legal un presupuesto expreso de la declaración de concurso, de modo que, en teoría, la existencia de un solo acreedor no impediría la declaración de concurso por el juez. Y la pluralidad de acreedores tampoco constituye un requisito para la continuación del concurso, pues su ausencia no se recoge entre las causas legales de conclusión del concurso: la conclusión sólo se producirá si todos los acreedores son satisfechos (art. 176.1-4º LC) o si

desiste o renuncia la totalidad de los acreedores concursales (art. 176.1-5º LC). La ausencia en la Ley Concursal española de una declaración expresa sobre la exigencia o no de la pluralidad de acreedores como presupuesto de la declaración judicial de concurso, ha propiciado el debate sobre si este requisito integra o no el presupuesto objetivo de la declaración de concurso.

La interpretación mayoritaria entiende, desde un primer momento, que la pluralidad de acreedores debe considerarse un presupuesto necesario para la declaración del concurso. En esta línea, diversas resoluciones judiciales entienden que la pluralidad de acreedores es requisito esencial del proceso concursal (AAP [1ª] Tarragona 20.1.2011; AAP Madrid [28ª] 10.4.2008; AAAP Palma de Mallorca [5ª] 29.1.2007 y 29.3.2007; AJM 2 Madrid 18.3.2008; AJM 1 Lérida 22.10.2008; SAP Barcelona [15ª] 16.3.2011; AJM 1 Alicante 21.4.2005, 21.4 y 17.7.2006, 22.2. y 8.7.2008; AAJM 2 Madrid 16.12.2004; 1 Bilbao 3.12.2004; 7 Madrid 11.1.2006; AAP Vizcaya [4ª] 5.5.2006; AJM 1 Madrid 13.10.2006; AAP Barcelona [15ª] 30.11.2006; AJM 1 Bilbao 3.12.2004). El carácter necesario, aunque implícito o intrínseco, de la pluralidad de acreedores en el presupuesto objetivo del concurso es, por tanto, la tesis seguida mayoritariamente, incluso cuando ello va seguido del reconocimiento de la necesaria flexibilización de su concurrencia o de la discutida consideración de la carga de la prueba de este requisito, al hilo de la provisión sobre la solicitud de otro legitimado distinto al deudor (art. 15 LC; AAP Palma de Mallorca [5ª] 27.4.2018; AAP La Coruña [4ª] 24.3.2017). En línea con esta interpretación mayoritaria también se ha manifestado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de abril de 2011, aunque resuelve la cuestión planteada entendiendo que para ello no es necesario prejuzgar sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso. No obstante, también se han producido resoluciones en sentido contrario, en particular, al entender que resultaría jurídicamente injusto para el acreedor de la sociedad privarle de las medidas establecidas en su beneficio en la Ley Concursal ante la laguna legal existente en las leyes mercantiles y concursales acerca de la liquidación de la sociedad con un único acreedor y sin haber social para su pago (RRDGRN 2.7 y 4.10.2012), que entran a

valorar esta cuestión al resolver sobre la posible inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de formalización de acuerdos sociales de una sociedad ya disuelta, por la que se deja constancia de su liquidación y extinción, en la que el liquidador manifiesta que existe un solo acreedor, al que no se le ha pagado ni asegurado su crédito por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia total y definitiva, sin activo social alguno, según se acredita con el balance final de liquidación.

La interpretación sostenida por estas últimas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio y 4 de octubre de 2012, refuerza sus argumentos, en gran parte, invocando la reforma realizada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Ahora bien, tras ésta han sido numerosas las modificaciones operadas en la legislación concursal española. Las sucesivas reformas que se han llevado a cabo directa e indirectamente en la Ley Concursal han introducido cambios lo suficientemente relevantes en el diseño y funcionamiento de los instrumentos dirigidos a resolver las situaciones de crisis económica, como para entender que el modelo inicial acogido, cuando menos se ha matizado. Esta sucesión de reformas se ha justificado por razones muy diversas. Algunas de ellas de alcance global, como el contexto de crisis económica, y otras de índole más particular, como la flexibilización del procedimiento concursal o la reflexión tras los años de vigencia de la legislación concursal. Dejando a un lado las características que puedan ahora predicarse de la Ley Concursal, esta sucesión de reformas legislativas no siempre se ha llevado a cabo con una correcta técnica legislativa y como resultado de un proceso meditado y reflexivo, lo que ha derivado en una legislación desordenada y, en ocasiones, poco armonizada. Por ello, la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, autorizó al Gobierno para aprobar, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, un texto refundido de la Ley Concursal. Esa autorización no es sólo para refundir, sino que incluye expresamente la facultad de “regularizar”, la facultad de “aclarar” y la facultad de “armonizar” los textos legales objeto de refundición (art. 82.5 CE). No se trata de confeccionar un texto consolidado, sino de algo

mucho más ambicioso. La idea que está latente en esa disposición final es la de que existe una acusada necesidad de regularizar, aclarar y armonizar las normas contenidas en la muy compleja y desordenada Ley Concursal. La finalidad que parece haber inspirado la redacción de esa disposición final octava es la de que todo aquello que pueda solucionarse mediante simples modificaciones sistemáticas y de redacción de las normas legales vigentes debe materializarse en ese necesario texto. Aunque, naturalmente, por muy amplios que sean los términos para elaborar un texto refundido, el resultado no puede conducir a soluciones distintas de las ya arbitradas por el legislador. Y a este respecto, la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, de 6 de marzo de 2017, en el apartado segundo del artículo 2, referido al presupuesto objetivo, establece que “La solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor deberá fundarse en que se encuentra en estado de insolvencia y que tiene una pluralidad de acreedores”. En consecuencia, si nos atenemos a los términos del encargo recibido para la elaboración de la Propuesta de texto refundido de la Ley Concursal, significadamente que el resultado no conduzca a soluciones distintas de las ya arbitradas por el legislador, debe entenderse que, al menos cuando la solicitud de concurso la presenta el deudor, es necesario que exista una pluralidad de acreedores. La exigencia del requisito de la pluralidad de acreedores es también la conclusión de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de agosto de 2016, que, expresamente, afirma que el criterio sostenido por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio y 4 de octubre de 2012 no puede ser mantenido, al resolver, de nuevo, sobre la posible inscripción de una escritura de liquidación y extinción de sociedad con subsistencia de un acreedor e inexistencia de patrimonio social.

III. Pues bien, si ponemos en relación lo indicado con el procedimiento para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, nos encontramos con que éste se configura como una facultad concedida al deudor persona natural, con independencia de su condición o no de empresario, al que sólo se puede acceder una vez solicitada la conclusión del concurso

por liquidación o por insuficiencia de la masa activa y siempre que se cumplan las condiciones legales fijadas. En efecto, el procedimiento, recogido en el complejo artículo 178 bis de la Ley Concursal, se inicia a instancias del propio deudor persona natural, quien deberá presentar la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya concedido bien en caso de conclusión del concurso por liquidación o bien en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de masa (arts. 152 y 176 bis LC). Este beneficio está vinculado, legalmente, al acuerdo extrajudicial de pagos y, sin entrar en los presupuestos y funcionamiento de este acuerdo, debe destacarse que es habitual que éste se solicite para, tras la imposibilidad de tramitarlo con éxito, instar el concurso consecutivo y solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Pues bien, si intentado el acuerdo extrajudicial de pagos éste fracasa, se produce el concurso consecutivo. El concurso consecutivo se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, por su incumplimiento o por la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado. Pero, en cualquier caso, se ha considerado que el concurso consecutivo presenta una serie de especialidades que lo caracterizan (arts. 242 y 242 bis LC), si bien no estamos ante una modalidad distinta de concurso de acreedores o un procedimiento concursal sui generis (AJM Alicante, núm. 1, 20.6.2014).

En definitiva, es frecuente que la solicitud de concurso consecutivo la formule el mediador concursal, manifestando que ha celebrado o intentado celebrar sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos. Pero puede suceder, como en el supuesto resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 2018, que el Juzgado no admita a trámite el concurso por cuanto, según la documentación aportada por el mediador concursal, el deudor contaba con un único acreedor, lo que, en efecto, si la pluralidad de acreedores se considera un presupuesto necesario implícito, le priva del derecho de quedar exonerado de las deudas. En esa tesitura el referido Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 2018 mantiene que la razón de ser y finalidad del procedimiento concursal, que por ello es de carácter

colectivo, presupone la existencia de una pluralidad de acreedores, y sin esta circunstancia no cabe su declaración. No opta, por tanto, en este punto por flexibilizar la interpretación que lo considera un presupuesto necesario, no expreso aunque sí implícito. Ahora bien, si que entiende que debe acogerse esa flexibilidad cuando el solicitante del concurso es una persona natural a la que el artículo 178 bis reconoce la posibilidad de acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Así, afirma que en este supuesto es preciso interpretar el presupuesto de la pluralidad de acreedores con cierta flexibilidad, dado que la situación de sobreendeudamiento se puede producir a partir de una única deuda relevante y ya que se trata de un derecho que la Ley sólo reconoce al deudor que ha sido declarado en concurso y se tramita una vez concluido el procedimiento concursal por liquidación o por insuficiencia de masa. Al presumir la concurrencia de la pluralidad de acreedores con una fórmula tan general como la que recoge -el deudor persona física contrae obligaciones, probablemente de escasa cuantía, como suministros, gastos de comunidad..., que aunque no estén vencidas en el momento de la declaración, no dejan de ser deudas reales que permiten considerar que se cumple el presupuesto de la pluralidad de acreedores- se salva la exigencia de la pluralidad de acreedores, pero, es dudoso que con ello se alcance mayor grado de certeza y de seguridad jurídica, que en el caso de plantearse la reinterpretación de ese presupuesto en el marco del actual derecho de la insolvencia.