

# LA DELIMITACIÓN ENTRE INSOLVENCIA CONCURSAL E INSOLVENCIA LABORAL, A LA LUZ DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

Angélica Díaz de la Rosa

*Sumario:* I.- INTRODUCCIÓN. II.-LA INSOLVENCIA EN LA NUEVA LEY CONCURSAL. II.A.- La insolvencia en el concurso voluntario. II.B.- La insolvencia inminente. II.C. La insolvencia en el concurso necesario -. III.- LA INSOLVENCIA EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL. III.A.-La insolvencia como presupuesto de la intervención del Fondo de Garantía Salarial sin declaración de concurso. III.B.- La intervención del Fondo de Garantía Salarial tras la declaración del concurso. III.C.-La intervención del Fondo de Garantía Salarial en el caso especial del art. 55 de la nueva Ley concursal.

## I.- INTRODUCCIÓN

Con anterioridad a la nueva Ley concursal los procedimientos de ejecución universal se diferenciaban en función de la condición profesional del deudor afectado. Cuando el deudor era comerciante, los procedimientos previstos eran la Suspensión de Pagos y la Quiebra; mientras que, si se trataba de un deudor común, los procedimientos eran la Quita y Espera o el Concurso de Acreedores. Por otra parte, el presupuesto objetivo que permitía la apertura de los respectivos procedimientos no era uniforme. Es más, en algunos casos dicho presupuesto objetivo fue variando en función de diversas reformas legislativas y de las distintas interpretaciones doctrinales que trataron de establecer cuál era la verdadera causa que permitía la apertura del procedimiento en cuestión.

Por lo que hacía al deudor comerciante, la E.M de nuestro C. Com diferenciaba entre dos procedimientos, concibiendo uno de ellos como estado preliminar del otro. El primero se conoce como Suspensión de Pagos, y el segundo como Quiebra. En la medida en que eran dos procedimientos diferentes se suponía que también habían de poseer presupuestos objetivos diversos. Así, mientras que para la quiebra el presupuesto sería el sobreseimiento o cesación definitiva en el pago corriente de sus obligaciones, en cambio el presupuesto de la suspensión de pagos había ido variando como consecuencia de distintas modificaciones legales.

En un primer momento, con los originarios art. 870 a 873 del C. Com, se admitía la suspensión de pagos, no sólo para aquellos supuestos en los que hubiese bienes suficientes, sino también para aquellos otros supuestos en los que el deudor no tuviese bienes para satisfacer íntegramente sus deudas. Con la modificación introducida por la Ley 10 de Junio de 1897, la Suspensión de pagos quedó reservada para aquellos supuestos en los que, habiendo bienes suficientes, había dificultades para pagar las deu-

das a sus respectivos vencimientos. De este modo la quiebra se reservaba para supuestos de insolvencia y la suspensión de pagos, para los supuestos de iliquidez. La Ley de suspensión de pagos de 22 de Julio de 1922 vino a complicar el panorama jurídico concursal al extender su ámbito a situaciones de insolvencia definitiva; esto es, cuando los bienes eran insuficientes para hacer frente al pago de todas las deudas. El hecho mencionado provocó que, a través del procedimiento de la Suspensión de pagos, se tramitasen prácticamente todas las situaciones concursales cuando el empresario ágil lo solicitase antes de ser declarado en quiebra, salvo que fuese revocada.

Por lo que se refería al deudor común, el C. Civ también contemplaba a uno de sus procedimientos como medida preventiva –la Quita y Espera- antes de llegar al Concurso de Acreedores. Este cuerpo legal reservaba el concurso de acreedores para situaciones de auténtica insolvencia.

## II.- LA INSOLVENCIA EN LA NUEVA LEY CONCURSAL.

La nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de Julio<sup>1</sup>, ha recurrido a la noción de “Insolvencia” como concepto fundamental y nuclear de su sistema. Ha optado por orientarse hacia el sistema alemán en el que el hecho determinante para la apertura del procedimiento es la situación económica de fondo; apartándose del modelo francés que se basaba en la apreciación de hechos externos, como parte de la doctrina<sup>2</sup> consideró que hacía el C. Com. basándose en el contenido de los artículos 874 y ss.. Así pues, en el momento actual, la “insolvencia” es la noción que contribuye a delimitar el presupuesto objetivo para iniciar el procedimiento concursal, si bien la insolvencia es un estado económico que puede ser actual o sólo inminente, y también en este segundo caso es objeto de atención por la Ley, ya veremos en qué términos.

Es importante resaltar la idea de que el concepto de insolvencia es único; que no hay dos conceptos distintos de lo que sea insolvencia. Y cuando la E.M de la Lcon la califica de flexible no pretende decir que sea un concepto amplio, posiblemente para evitar que por una vía indirecta se llegue a romper la unidad del concepto de insolvencia. ¿Cómo conjugar entonces estas ideas aparentemente en conflicto?.

La respuesta posiblemente sea que la flexibilidad no está tanto en los límites del concepto como en la forma en que pueda ser utilizada, ya que la evidencia de la insolvencia –que no la insolvencia misma- será apreciada de distinta forma según se trate de un concurso voluntario (iniciado a instancia del deudor) o necesario (iniciado a instancia de los acreedores). Tanto en el primero como en el segundo de los supuestos, la insolvencia es una situación de hecho objetiva y objetivamente demostrable, pero, mientras que en el primer caso, cabe un mayor y mejor conocimiento de la misma, por parte del deudor, al que le resulta un hecho inmediatamente cognoscible; en el segundo, los acreedores carecen de ese conocimiento directo, y –por tanto- han de deducir que se produce la insolvencia, tomando como punto de referencia una serie de indicios que permiten presumir que existe. En todo caso, entiéndase que dichas presunciones no dejan de ser sino síntomas externos de una posible situación de insolvencia, todavía impugnables ante los Tribunales.

---

1 En adelante Lcon.

2 Sobre los distintos sistemas de derecho comparado Vid . PULGAR EZQUERRA, J. *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, Edit. Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería (Almería, 2000), pág. 34 y ss.

En cualquier caso, el presupuesto objetivo en ambos supuestos es el mismo: la insolvencia. Ahora bien, el papel que juega esta insolvencia tendrá un mayor alcance - como ya veremos más adelante-, en el nuevo supuesto, introducido por la actual Lcon, de la insolvencia inminente.

## A.- La insolvencia en el concurso voluntario.

El art. 22 de la Lcon contempla dos tipos de concurso: el voluntario y el necesario. Se considera concurso voluntario aquel que es solicitado por el deudor, y el concurso será necesario cuando la solicitud proceda de un acreedor. En ambos casos, la solicitud se ha de basar en el estado de insolvencia del deudor. Si bien, dentro del concurso voluntario se contempla la posibilidad de que la solicitud del deudor se fundamente en la denominada “insolvencia inminente”.

El art. 2.1 de la Lcon, establece que “*la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común*”. Como podemos ver, la consecuencia jurídica de la situación de insolvencia del deudor común -con independencia de su carácter mercantil o civil<sup>3</sup>- es la apertura del concurso<sup>4</sup>.

Aclarando este concepto de “insolvencia”, en el apartado siguiente se señala que “*se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”.

Con la expresión “*no puede cumplir*” empleada por el artículo transcrito, avanzamos un paso más respecto a la regulación concursal anterior, en la medida en que parece descartarse la posibilidad del incumplimiento voluntario sin más causa que el arbitrio del deudor<sup>5</sup>. Con anterioridad a la nueva ley concursal, un sector doctrinal<sup>6</sup> venía sosteniendo que se podía solicitar la apertura de la quiebra cuando el sobreseimiento general de los pagos se basase en la simple negativa del deudor a atender dichos pagos, sin que hubiese una situación económica de fondo que le imposibilitase su atención. Es más, actualmente, y a pesar de la expresión del art. 2.2 de la Lcon, algunos autores siguen manteniendo que estaría justificada la apertura del concurso en el caso de que el deudor no pague porque no quiera<sup>7</sup>.

---

3 Incluso, se considera incluido dentro del concepto de deudor que emplea la nueva Lcon a aquel titular de obligaciones, todavía no exigibles, que prevé que no podrá cumplirlas regular y puntualmente (insolvencia inminente). Sobre esta cuestión Vid. PALOMAR OLMEDA, P. (Coord.), *Comentarios a la legislación concursal*, Edit. Dykinson (Madrid, 2003), pág.251.

4 VILLORIA RIVERA, I. (Coord.), “Reforma Concursal” , en *Dossier práctico Francis Lefebre*, Edit. Francis Lefebre, S.A. (Santiago de Compostela, 2003), pag.31.

5 VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal*, Edit. Dijusa (Madrid, 2003), pág.94, quien acertadamente señala que “Cualquier dificultad sin más que lo acreedores puedan tener para cobrar sus créditos no significa que se esté ante un estado de insolvencia de quien no paga. Esta relación impago-insolvencia, no es necesariamente unívoca.”

6 BELTRÁN, E. “Regulación jurídica de la insolvencia del empresario: la legislación concursal”, en MENÉNDEZ, A. (Dir), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Edit. Civitas (Madrid, 2003), pág. 855, quien señalaba lo siguiente: “Pero no quiere decir que sin insolvencia no pueda haber quiebra.” La declaración de quiebra es procedente siempre que el empresario cese de un modo general en el pago corriente de sus obligaciones, cualquiera que sea la razón de ese sobreseimiento: trátase de imposibilidad de pago por falta de activo, de iliquidez de éste o de que el deudor no paga porque no quiere.

7 SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. *Nueva Ley concursal*, Edit. Bosch (Barcelona, 2004), pág. 75, para quienes insolvente no sólo es el que no paga porque no puede, sino el que no cumple porque no tiene voluntad de cumplir. En consonancia con lo expuesto entienden que procederá la apertura del concurso cuando la insolvencia se derive de esta ausencia de voluntad de pagar por parte del deudor.

Ahora bien, ¿cuáles son las causas que impiden al deudor cumplir regularmente con sus obligaciones?.

Algunos autores, como PULGAR<sup>8</sup>, sostienen que en el concepto amplio de insolvencia, por el que optó la reforma, lo relevante es que el deudor *no pueda cumplir sus obligaciones, con independencia de la causa a que responda dicha imposibilidad*. Así pues, parece que la causa sería irrelevante: lo determinante sería el incumplimiento<sup>9</sup>. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la causa del incumplimiento es, precisamente, la propia insolvencia. Se trata de un incumplimiento (acto jurídico) que se deriva de un hecho jurídico objetivo: la insolvencia. Así pues, la insolvencia será la causa económica que determina el incumplimiento.

Partiendo de la convicción de que sí son relevantes los motivos que impiden el cumplimiento regular de las obligaciones, pasamos a exponer las distintas posibilidades causales<sup>10</sup>. La primera e indubitada –en el sentido de que la doctrina es unívoca a la hora de considerarla como presupuesto del concurso– sería aquella en la que el deudor no puede atender los pagos pendientes porque su activo es inferior a su pasivo exigible<sup>11</sup>; es lo que se conoce, en términos económicos, como “insolvencia patrimonial”. La segunda de las posibilidades supone que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones porque no tiene liquidez suficiente para hacerles frente; esto es, cuando a pesar de haber bienes suficientes en el patrimonio del deudor para garantizar sus obligaciones, éste no puede atender a sus compromisos de pago por carecer de bienes o derechos disponibles o realizables a corto plazo<sup>12</sup>; es lo que económicamente se conoce como “insolvencia financiera”.

Para poder comprender cuál es el presupuesto que desencadena la iniciación del procedimiento concursal, y llegar a una solución adecuada a las cuestiones planteadas, hemos partir, en primer término, de cuál es la finalidad perseguida por dicho procedimiento concursal. En este sentido, la E.M. resulta bastante clarificadora, pues en su ap. VI, establece que la finalidad primordial del procedimiento –aunque no la única– es

---

8 PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Derecho Concursal*, Edit. Dilex (Madrid, 2003), pág. 66. Sobre esta misma cuestión, pero en relación con el art. 1001 del C. com de 1829, PAULGAR EZQUERRA, J., *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, cit., pág.29, señala que esta interpretación de irrelevancia causal del sobreseimiento de los pagos es de influencia francesa, del Código de Comercio napoleónico de 1807, en palabras de la autora: “Bajo esta interpretación de corte francés, el sobreseimiento, entendido como sinónimo del hecho externo de no pagar con independencia de su causa y la situación económica de fondo subyacente a dicho hecho, constituirá presupuesto objetivo de apertura de la quiebra...”

9 PULGAR EZQUERRA, J., *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, cit., pág. 31 y ss. En relación con la irrelevancia causal de la insolvencia prevista en el Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002, Vid. PULGAR EZQUERRA, J. “la aprobación de la reforma concursal en el pleno del congreso: ¿Cambio de sentido de la reforma?”, AJA, Num.578/2003, (material obtenido a través de Westlaw Aranzadi)

10 BELTRÁN, E. “Regulación jurídica de la insolvencia del empresario: la legislación concursal” en *Lecciones de Derecho Mercantil*, cit., pág. 855, quien con anterioridad a la promulgación de la nueva Ley concursal nos hablaba de insolvencia absoluta y relativa: “Pero puede darse una crisis económica que no le permita satisfacer sus obligaciones al vencimiento de las mismas, bien porque no disponga de patrimonio suficiente para satisfacer las deudas, bien porque, teniéndolo carezca de la necesaria liquidez para atender a los pagos. En un caso es insolvencia absoluta o desbalance y en el otro relativa.” En realidad, en el primer caso es una insuficiencia patrimonial y en el segundo una insuficiencia financiera. Por su parte, la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922, nos hablaba de insolvencia definitiva (desbalance) y de insolvencia provisional (iliquidez).

11 El art. 1913 del C. Civ., nos habla de que el activo sea inferior al pasivo. Ahora bien, esta expresión ha de ser matizada. En este sentido, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho Civil patrimonial*, Vol. II, Edit. Cívitas (Madrid,1996), pág.748, señala que la expresión contable del art. 1913 ha de ser precisada y ha de entenderse como pasivo exigible mayor que activo realizable.

12 Contablemente la liquidez total se configura como la relación entre el activo circulante –disponible, realizable y stock- y el pasivo exigible.

la de alcanzar la satisfacción de los acreedores y no la de saneamiento de la empresa, sin perjuicio de que, en la medida de lo posible, se trate de conservar aquella. Así, pues, el concurso parece estar concebido para atender a situaciones de crisis económicas en las que el patrimonio no es suficiente para atender al cumplimiento de todas sus obligaciones<sup>13</sup>. Ante esta situación de insuficiencia patrimonial, que pone en riesgo la realización de los créditos de los acreedores, se articula un proceso que los sitúa a todos ellos en una misma posición (*par conditio creditorum*) -aunque con fuertes excepciones derivadas de las preferencias del crédito-, y que constituye una comunidad de pérdidas, frente al patrimonio del deudor<sup>14</sup>. De este modo, se trata de evitar el cobro preferente de aquellos acreedores más ágiles, procesalmente hablando.

Ahora bien, en aquellos otros casos en los que no se produce tal situación de insuficiencia patrimonial –sino simple iliquidez-, porque hay bienes o derechos bastantes para atender el cumplimiento de todas las obligaciones, parece no surgir esa necesidad de salvaguardar los derechos de crédito o de frenar a los acreedores más “veloces”, en la medida en que, con independencia del momento en el que se trate de hacer efectivo el crédito, hay masa activa suficiente para satisfacerlo. No importa que se reduzca el valor del patrimonio repartible con el pago de los acreedores más tempranos porque existe suficiente para responder de todos los créditos. Así, pues, como quiera que existe garantía patrimonial suficiente para el pago, carece de sentido la articulación de mecanismos tendentes a la tutela o defensa del derecho de crédito. En este sentido, ORDUÑA afirma que el pago o su garantía excluyen la constatación de la insolvencia<sup>15</sup>.

Pero es más; si admitiésemos que la iliquidez puede constituir el presupuesto objetivo del concurso necesario –es decir, solicitada la apertura del procedimiento por los acreedores, bastaría con que se comprobase que existe un estado de iliquidez para iniciar el concurso-, se puede producir una limitación de la libertad del individuo, una intromisión en su libertad de empresa<sup>16</sup> –en caso de ser deudor empresario- o una limitación en el ejercicio de sus facultades que integran su derecho a la propiedad privada<sup>17</sup> –sea o no empresario el deudor-, no estaría justificada existiendo bienes suficientes y articulándose otros mecanismos judiciales *ad hoc* para conseguir su satisfacción. Ahora bien, no podemos hacer la misma afirmación cuando el concurso es voluntario, ya que al ser el propio deudor el que, en el marco de su libertad, opta por tal proceso, no surge el problema de limitación aludido.

En el supuesto de la iliquidez, sería más conveniente acudir a la ejecución individual, en la medida en que se trata de un procedimiento menos gravoso que el concursal –no trae consigo esa publicidad negativa para la empresa que sí tiene el procedimiento concursal- y en el que el acreedor tiene, probablemente, más posibilidades de hacer efectivo íntegramente su crédito. Podría pensarse que el procedimiento concursal se configura como una solución jurídica más acorde con el principio de economía procesal; esto es: a través de un único procedimiento se trata de satisfacer todos los créditos que pesan sobre el deudor; sin embargo, esta posibilidad no nos parece fundamento bastante para sostener la viabilidad del procedimiento concursal, en los casos en los que haya patrimonio suficiente para responder de los deudas, ya que la propia L.E.C., en su

---

13 PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, en *Derecho concursal, estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, cit., pág. 63.

14 GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T.II, ed. 8ª, Edit. Aguirre (Madrid, 1983), pág. 412.

15 ORDUÑA MORENO, F., *La configuración jurídica de la insolvencia*, Edit. Tirant lo Blanch (Valencia, 1994), pág.50.

16 Vid art. 38 Const. Esp.

17 Vid art. 33 Const. Esp.

art. 72, nos ofrece una solución *ad hoc* que también resulta acorde con el principio de economía procesal, y que es la acumulación de acciones.

Para realizar una cabal interpretación de la Lcon, será preciso que tomemos como punto de partida la acepción jurídica del término. La insolvencia no es una simple situación económica, sino que se trata de un hecho jurídico del que se derivan una pluralidad de efectos con independencia de la voluntad del deudor<sup>18</sup>. La insolvencia la podemos definir en un plano jurídico como *la carencia de bienes que puedan responder del cumplimiento de las obligaciones*<sup>19</sup>

De lo hasta aquí expuesto se infiere que la insolvencia a la que se alude en el art. 2.2 de la Lcon., como presupuesto objetivo para la declaración del concurso, ha de ser una insolvencia patrimonial y no una simple insolvencia financiera<sup>20</sup>. Por lo tanto, el único hecho jurídico determinante de la apertura del procedimiento concursal es aquella situación económica en la que el deudor no puede hacer frente a todas sus obligaciones porque su activo real es inferior al pasivo exigible.

## B.- La insolvencia inminente.

Conforme a la nueva Lcon, el deudor, aunque no está obligado, posee la facultad de solicitar la apertura del concurso cuando estime que la insolvencia es “inminente”<sup>21</sup>. El art. 2.3 de la Lcon señala lo siguiente:

*“Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles”.*

La insolvencia a la que se refiere este artículo es, en si, la misma a la que se refiere el art. 2.2 de la Lcon; no es un supuesto diferente, sólo que en lugar de ser considerada como actual, es considerada como una eventualidad muy probable: como una insolvencia de futuro. El deudor se encuentra en una situación económica que, aunque todavía es de suficiencia patrimonial, tiene todos los visos de convertirse en insolvencia, en un corto plazo de tiempo. Se trata de anticipar la apertura del procedimiento a un estadio anterior al de la insolvencia, por lo que estamos ante una situación previa a esta última. Esa situación en la que el deudor teme que pueda desembocar en insolvencia, bien pudiera ser la de la una iliquidez, y ésta nos serviría de base para solicitar la apertura del concurso. Pero ¿se podría anticipar, todavía más, la apertura del concurso?. El hecho de que el art. 2.3 haya incluido ciertos adjetivos para enfatizar la inminencia de la insolvencia, podría conducir –en una interpretación muy literal de los términos del precepto- a considerar no solamente la inminencia de la insolvencia, sino –si se me permite la expresión- la inminencia de la “impuntualidad”. Lo cual supondría que el art. 2.3 permite al deudor pedir la declaración de concurso incluso en el supuesto de iliquidez inminente. A este respecto resulta revelador el término “puntualmente”, que sugiere la posibilidad de que el legislador concursal haya previsto que el deudor podía hacer frente a los pagos regularmente, pero no en el momento de su vencimiento, por falta de liquidez.

---

18 ORDUÑA MORENO, F., *La configuración jurídica de la insolvencia*, cit., pág.145.

19 NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, T. XII, Edit. Francisco Seix (Barcelona, 1977).

20 NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, T. XII, cit., señala que la auténtica insolvencia es la definitiva, caracterizada por la ausencia absoluta de patrimonio o por ser el pasivo superior al activo. Con una posición en contra *Vid* VILLORIA RIVERA, I., (Coord.), “Reforma Concursal”, en *Dossier práctico Francis Lefebre*, cit., pág. 33

21 ROJO, A., “La reforma del derecho concursal español ” en ROJO, A. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Edit. Marcial Pons (Madrid, 2003), pág.115, dice que se echa de menos una definición del estado de insolvencia de hecho como sucede en el derecho alemán.

Sin embargo, esta posibilidad de la apertura del concurso voluntario por iliquidez inminente, parece algo que va más allá de la intención del legislador, porque si el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia, y sólo por razones muy fundadas se permite anticiparlo, con todo lo que ello conlleva de incidencias sobre los acreedores, no parece fácil de admitir una petición de concurso en fecha tan prematura que el deudor no solamente es solvente, sino incluso tiene liquidez suficiente para atender a sus deudas, sin que –en apariencia- el derecho concursal haya dado entrada a la figura laboral de la insolvencia técnica.

En definitiva, hubiera bastado que el art. 2.3 hubiera reiterado sus propios términos, sin incluir adjetivos que, lejos de aclarar el sentido del precepto, resultan confusorios.

Esta figura de la “insolvencia inminente” parece traer su inspiración de otras anteriores, cuya finalidad era también preventiva y, por ese motivo, empleaban como presupuesto el de la iliquidez; así sucedía, por un lado, con la originaria suspensión de pagos<sup>22</sup> recogida en los art. 870 y ss del C. Com, cuyo carácter preventivo fue desvirtuado por la Ley de suspensión de pagos de 1922 y, por otro lado, con la quita y espera de los arts. 1912 y ss. del C. civ y que ha sido derogada por la actual Lcon.

Con esta previsión anticipada del presupuesto objetivo y, por lo tanto, de la posible iniciación del concurso a instancias del deudor, se pretende buscar soluciones que traten de evitar el agravamiento de la situación patrimonial. En este sentido, la E. M de la Lcon., nos dice que se trata de evitar un deterioro del patrimonio que dificulte la satisfacción de los acreedores. A pesar de las buenas intenciones de la ley, lo cierto es que son pocos los estímulos positivos o negativos (beneficios o sanciones) que se le otorgan al deudor para fomentar la pronta solicitud del proceso concursal en caso de insolvencia inminente<sup>23</sup>.

Pero, ¿a quién beneficia la pronta apertura del procedimiento?. En principio, parece que el más beneficiado con la anticipación del concurso es el propio deudor, ya que produce los siguientes efectos<sup>24</sup>:

- 1.- Paralización de acciones individuales
- 2.- Paralización de intereses (salvo los de los créditos con garantía real y los de los créditos salariales reconocidos<sup>25</sup>)
- 3.- Posibilidad de reestructurar plantillas laborales (en caso de deudor empleador)
- 4.- Rebajas en sus créditos no sólo por la vía de la quita, sino también por la de los créditos subordinados: entre los que se sitúan los intereses –salvo los de créditos hipotecarios y pignoratícios- y que, después de pagar a los acreedores privilegiados y los ordinarios, es muy posible que queden sin satisfacer.
- 5.- Quedan desplazadas las preferencias de crédito establecidas en el art. 32 del E.T –más beneficiosas para el trabajador- para dar paso a las establecidas en la Lcon.

---

22 Ley 26 de Julio 1922. Suspensión de pagos

23 FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”, en ROJO, A. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Edit. Marcial Pons (Madrid, 2003), pág.20 y ss.

24 CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho concursal internacional*, Edit. Colex (Madrid, 2004), pág.14. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”, cit., pág. 23.

25 Vid art. 59 Lcon.

6.- Y, en cuanto que concurso voluntario – esto es: solicitado por el deudor-, no hay sustitución, sino simple intervención en la gestión (art. 40 Lcon).

Teóricamente también se producirán beneficios para el acreedor: con la anticipación del concurso se pretende una preservación del patrimonio que todavía es suficiente para la satisfacción de los acreedores. Sin embargo, y a pesar de la suficiencia patrimonial, en el mejor de los casos –ya que puede desembocar en una liquidación; piénsese por ejemplo, en el caso de que se incumpla el convenio-, los créditos se verán reducidos o diferidos como consecuencia de las operaciones de quita y espera propias del convenio. Parece que el procedimiento concursal no será – cuando menos en este caso- del todo ventajoso para el acreedor que, por el contrario, sí podría hacer efectivo la totalidad de su crédito acudiendo a una ejecución individual.

Por lo que hace a los trabajadores, esta nueva ley nos muestra, como carta de presentación, sus bondades respecto a los mismos en cuanto que se hallan integrados en la comunidad de personas de la empresa que tratan de conservar. La E.M. de la Lcon nos dice que *“Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses”*.

En efecto, con la previsión legal del convenio como fórmula normal del concurso, se trata de conservar y sanear, en la medida de lo posible, empresas viables en situación de crisis económicas<sup>26</sup>, de tal modo que el proceso no suponga una liquidación definitiva, sino que, permita llegar a un acuerdo con los acreedores que solucione dicha situación y posibilite la continuación de la empresa, con la consiguiente continuación de sus trabajadores<sup>27</sup>; llegándose a prever la continuación de la empresa por otro titular. En este sentido el art. 100.2 párrafo. 2 de la Lcon establece que:

*“También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a la actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.”*

Podemos comprobar cómo, con este artículo, la Lcon ha tratado de hacer más atractiva la sucesión de la empresa para el nuevo adquirente, en la medida en que no tiene que subrogarse en las mismas condiciones y en la misma posición que tenía el cedente, como se exige en el art. 44 del E.T., sino que lo hará en los términos del convenio.

Ahora bien, lo cierto es que dicho convenio también permite al deudor –aunque esta solicitud pueda partir igualmente de la administración concursal o de los representantes de los trabajadores- llevar a cabo una reestructuración laboral, en aras de *la via-*

---

<sup>26</sup> La nueva Ley concursal combina el instituto conservatorio (fase de convenio) y el liquidativo (fase de liquidación) que, anteriormente, en nuestro C. Com, aparecían como procedimientos separados: la quiebra (liquidativo) y la suspensión de pagos (conservatorio). Y este último fue concebido, en un primer momento, como convenio preventivo al procedimiento de la quiebra.

<sup>27</sup> Sobre la conveniencia del convenio para los intereses de los trabajadores en la legislación anterior a la nueva Lcon Vid. ALTÉS TÁRREGA, J.A., *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral*, Edit. Tirant lo Blanch (Valencia, 1998), pág. 190 y ss.



*bilidad futura de la empresa*<sup>28</sup> que, si bien tendría sentido en una situación de insolvencia, a lo mejor, no lo tiene tanto en caso de simple inminencia de la misma. De este modo, podría darse el caso de que el deudor<sup>29</sup> adujese una insolvencia inminente –basada en una simple iliquidez– con la única finalidad de realizar tal reestructuración<sup>30</sup>. En este caso, tendremos que recordar que la solicitud de concurso inminente no podrá realizarse en fraude de ley o con abuso del derecho<sup>31</sup> y que tal reestructuración ha de ser aprobada por el Juez de lo Mercantil en los términos establecidos en el art. 64 de la Lcon.

Es más, la intención conservativa del legislador concursal trata de llegar incluso a la fase de liquidación. En este sentido, dice procurar la continuidad de la empresa, a través de la venta de unidades productivas que puedan ser consideradas como un todo. En este sentido resulta interesante la previsión del art. 149.3. 2ª de la Lcon, en virtud de la cual el Juez de lo Mercantil podrá liberar al comprador de tener que afrontar las deudas salariales del concurso de tal modo que pasan a ser asumidas por el Fondo de Garantía Salarial en los términos del art. 33 del E.T. Aunque, lo cierto y verdad, es que esta finalidad conservatoria estará siempre supeditada –como dice la ley– a los intereses del concurso<sup>32</sup>.

### C.- La insolvencia en el concurso necesario.

Como señalábamos al comienzo del epígrafe, el concurso además de voluntario puede ser necesario; esto es, también los acreedores están legitimados para solicitar la declaración del concurso<sup>33</sup>, incluso contra la voluntad del deudor. Ahora bien, como el acreedor no conoce la situación patrimonial del deudor<sup>34</sup>, dicha solicitud debe fundarse en una serie de presunciones; a saber: en un título por el cual se haya despachado eje-

---

28 Vid art. 64. 4 Lcon.

29 Hemos de señalar que la solicitud de la modificación de las condiciones de trabajo o de la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo, en virtud del art. 64.2, podrá realizarse por el deudor, por la administración concursal o por los representantes de los trabajadores. Ahora bien, la que resulta interesante analizar, a efectos de ser más perjudicial para los trabajadores, es la que se lleve a cabo por el empresario.

30 El art. 51.1 y el art. 52.c del E.T. contemplan la posibilidad del despido basado en causas económicas, técnicas, organizativas de producción. No hay unanimidad en la doctrina a la hora de señalar cuál ha de ser la magnitud de las que genéricamente se conocen como causas económicas. Así, mientras que para autores como MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Edit. Tecnos (Madrid, 1999), pág. 483, se trata de un concepto amplio que trata de posibilitar el juego del despido, para otros como PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Edit. Centro de estudios Ramón Areces (Madrid, 2001), pág. 1021, la causa económica tiene que ver con la situación de pérdidas, de inviabilidad económica en que se encuentra la empresa, de tal modo que sólo en este caso estaría justificado el despido y no sería suficiente una simple iliquidez como elemento causal del despido.

31 PALOMAR OLMEDA, P., (Coord.), *Comentarios a la legislación concursal*, pág.254, quien expresamente recuerda que “de no apreciarse o inferirse tal previsión (de insolvencia inminente), la admisión del concurso debería denegarse por no concurrir este presupuesto, pudiendo estar buscando el deudor obtener la declaración de concurso voluntario con fines espurios contrarios a los pretendidos por el legislador.” Pero no sólo la solicitud de apertura tiene estos límites, sino que también se recogen en el art. 64.7 Lcon, que establece lo siguiente: “Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”.

32 Vid E. M. de la Lcon. Ap. VII.

33 Vid art. 3 Lcon

34 Es lo que ROJO, A., “La reforma del derecho concursal español”, cit., pág. 114 llama “situación de asimetría de información”, mientras el deudor conoce perfectamente el estado de sus finanzas, el acreedor no suele poseer información fiable sobre el estado financiero, y cuando dispone de estos medios la insolvencia del deudor suele ser ya notoria, absoluta e irreversible.

cución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres para el pago, en cuyo caso estamos hablando de una presunción *iuris et de iure*; o bien, en alguno de los siguientes hechos que presuponen la existencia de un estado de insolvencia y que constituyen presunción *iuris tantum* (es decir, que pueden ser destruidas por prueba en contrario, de manera que el deudor se puede oponer a la solicitud del acreedor probando su solvencia):

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

La simple concurrencia de los supuestos 1º, 2º, 3º y 4º del art. 2.4 de la Lcon permite la solicitud de iniciación del procedimiento; sin embargo - como se deduce del carácter de presunción *iuris tantum* que poseen-, no provocarán, sin más, la continuación del concurso. No podemos olvidar que el verdadero presupuesto de apertura es la insolvencia –sin perjuicio de lo establecido en relación con la insolvencia inminente- y que si esos hechos externos, a los que aluden los cuatro últimos apartados del art. 2.4, no son reveladores de una auténtica situación de insolvencia, el deudor se podrá oponer al concurso<sup>35</sup>. En este caso, el deudor deberá probar su solvencia y, en el supuesto de que efectivamente así lo haga, el Juez, practicadas las pruebas pertinentes, dictará auto desestimando la solicitud y, por lo tanto, no cabrá declaración de concurso<sup>36</sup>.

Ahora bien, como ha señalado ROJO<sup>37</sup>, estamos ante hechos externos de extraordinaria gravedad, que ponen de manifiesto la existencia de una insolvencia cualificada, en tanto que, normalmente, cuando aparecen estos síntomas externos la situación suele revestir una extrema gravedad: no se trata de una insolvencia incipiente, sino de una situación de crisis agonizante.

### III.- LA INSOLVENCIA EN EL LEGISLACIÓN LABORAL.

El término “insolvencia” que utiliza el Derecho del Trabajo posee el mismo significado que el que le atribuye la nueva Lcon: ambos hacen referencia a su acepción jurídica que designa la insuficiencia patrimonial del deudor para poder hacer frente a sus deudas. Sin embargo, ambos conceptos –que parten del mismo significado- se perfilan desde una perspectiva subjetiva diferente, sirven a una finalidad diversa y cobran

---

35 Vid art. 18.2 Lcon.

36 Vid art. 20 Lcon.

37 ROJO. A., “La reforma del derecho concursal español”, cit., pág. 114.

relevancia en distintos momentos, según se trate de una u otra rama del ordenamiento jurídico.

Una primera diferencia reseñable que presenta la insolvencia en el ámbito laboral es de naturaleza subjetiva; es decir: el sujeto afectado por la misma es un empresario, entendido éste –claro está– desde una óptica laboral<sup>38</sup>. Sin embargo, en la nueva Lcon la naturaleza del sujeto es irrelevante, pues todos los institutos concursales anteriores, tanto civiles como mercantiles, se refunden en un único procedimiento. Lo determinante es la insolvencia –actual o inminente– con independencia del carácter empresarial, o no, del deudor.

La segunda diferencia es de índole funcional, puesto que tiene que ver con el hecho de que el concepto “concursal” y el concepto “laboral” de insolvencia, sirven a fines distintos. El art. 33.6 del E.T.<sup>39</sup> define la insolvencia, en relación con la forma de proceder establecida en la Ley de Procedimiento Laboral, en los siguientes términos:

*“a los efectos de este artículo se entiende que existe insolvencia del empresario cuando instada la ejecución en la forma establecida por la Ley de Procedimiento Laboral no se consiga satisfacción de los créditos laborales.”*

El artículo transcrito se está refiriendo a que el empresario no puede hacer frente a sus deudas laborales porque no tiene bienes libres para atender al pago. Como podemos comprobar, el término insolvencia tiene el mismo significado que el empleado en la Lcon. Ahora bien, la finalidad perseguida por los artículos 274 y 275 de la LPL diverge de la pretendida por la Lcon. La verdadera finalidad del auto de insolvencia, al que se refieren los artículos citados de la LPL, es permitir la entrada del Fondo de Garantía Salarial a los efectos de que se haga cargo de las deudas salariales pendientes.

Por lo que hace al momento de apreciación, hemos de decir que la “*insolvencia empresarial*” a la que se refiere la LPL (arts. 274 y 275) es lo que podíamos denominar “*insolvencia ex post*” o “*constatada*”; esto es: se trata de una insolvencia efectiva, que se acredita como un hecho prácticamente constatado. Como consecuencia de la ejecución de una sentencia previa, se han embargado y tasado los bienes del deudor –en el caso de que exista alguno– y se llega a la conclusión –tras el avalúo– de que estos bienes no son suficientes para el pago de los créditos salariales pendientes. En este momento es en el que se dicta el auto de insolvencia que justifica y posibilita que el Fondo de Garantía Salarial se haga cargo de las deudas laborales correspondientes –esta última es la verdadera finalidad perseguida por la insolvencia en el seno laboral–. Sin embargo, en el caso de la Lcon, la insolvencia se podía configurar como *ex ante*, en la medida en que la insuficiencia patrimonial para hacer frente al cumplimiento regular de las obligaciones exigibles, se deduce de la comparación o análisis de las distintas partidas patrimoniales, sin necesidad de llegar a la fase de embargo, avalúo o realización del patrimonio<sup>40</sup>.

38 El concepto empresario en Derecho del Trabajo es sinónimo de empleador, así pues, no coincide plenamente con el concepto de empresario del Derecho Mercantil.

39 En este mismo sentido el art. 15 del RD 505/1985, de 6 de Marzo, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, señala que “*Se entenderá que existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución en la forma establecida en la LPL, no se consiga satisfacción de los créditos laborales*”.

40 ORDUÑA MORENO, F.J., *La insolvencia*, cit, pág. 84, diferencia entre insolvencia analítica y sintética. La primera supone –desde la esencia o creencia del término– principalmente el perjuicio del derecho de crédito, es decir, la pérdida de su efectividad o valor, representada en la satisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito. Desde la perspectiva sintética, que colorea la anterior faceta analítica del concepto, la constatación de la insolvencia como perjuicio del derecho de crédito se proyectó a través de las notas de ejecución e insolvencia patrimonial. Siguiendo esta distinción, podríamos decir que la insolvencia concursal es una insolvencia analítica, mientras que la que se emplea en la LPL es una insolvencia sintética.

Como resulta de las consideraciones que hemos hecho al referirnos al aspecto de las distintas circunstancias, vinculadas a la diversa naturaleza de los dos procedimientos judiciales en cuestión, cabe señalar que en el procedimiento concursal la primera pretensión es declarativa: revelar una situación de insolvencia que permite la apertura del procedimiento; y la segunda pretensión es ejecutiva: ejecución colectiva del patrimonio del deudor. Sin embargo, tal como aparece expuesto el fenómeno en los art 274 y 275 de la LPL, parece que el orden es el inverso, lo cual no debe entenderse en el sentido -absurdo- de que una pretensión ejecutiva precede a una pretensión declarativa, sino en el sentido de que, resultando imposible satisfacer la pretensión ejecutiva, el proceso de ejecución llega a un punto en que el Juez constata un hecho, declarando la insuficiencia de los bienes para atender a la totalidad de las débitos que pesan sobre el deudor.

Así las cosas, es de suponer que el proceso concursal sería una solución que debería haber tenido lugar en un momento anterior y que no se debería llegar a la insolvencia empresarial sin -previamente- haber sido declarado el concurso. Parece lógico que antes de llegar a constatar la insolvencia empresarial a la que hace referencia el Derecho laboral, deberían haber saltado los sistemas de alarma de la insolvencia, como hecho indefectiblemente desencadenante del concurso. En este sentido, el art. 5 de la Lcon señala que el deudor deberá solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses a contar desde la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Se presume, salvo prueba en contrario, que el deudor es conocedor de tal situación cuando se produce alguno de los síntomas externos contemplados en el art.2.4. Pues bien, uno de esos signos externos es precisamente el impago de *salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades*.

De este modo, cuando realmente exista una situación de insolvencia de fondo, que sea la causante del impago de los créditos laborales, el deudor está obligado a solicitar la apertura del concurso so pena de que se inicie a instancias de sus acreedores y pierda las posibles ventajas legales que se le confieren en el supuesto de concurso voluntario<sup>41</sup>. Esta iniciación del procedimiento impedirá<sup>42</sup> tanto la interposición de nuevas acciones judiciales (como es el caso de las derivadas del art. 50. b) del E.T) como nuevas ejecuciones singulares -judiciales y extrajudiciales-. Por lo tanto, al no haber la posibilidad de interponer demandas del orden social, de las que -como señala el art. 50 de la Lcon- debe conocer el juez del concurso, ni tampoco las ejecuciones iniciadas con posterioridad a la declaración del concurso, no se producirá el estado de insolvencia empresarial (arts. 274 y 275) de la LPL porque, como ya dijimos, ésta es el resultado de la ejecución individual infructuosa de una sentencia condenatoria de pago.

## **A.- La intervención del Fondo de Garantía salarial sin declaración de concurso**

Como señalábamos anteriormente, otra de las diferencias -en el campo de la insolvencia- que media entre el Derecho laboral y el Derecho concursal, es la finalidad. En este sentido, la insolvencia es relevante, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, a los efectos de que entre en juego el Fondo de Garantía

---

41 Vid art. 5 y art. 40 de la Lcon.

42 Vid. arts. 50 y 51 de la Lcon

Salarial<sup>43</sup>. Más concretamente: como consecuencia de la incapacidad patrimonial del empresario, y sobre la base de la declaración de insolvencia<sup>44</sup>, ha de entrar en escena el Fondo de Garantía Salarial que, como se señala en los arts. 33.1 del E.T. 2.1 del RD 505/1985, de 6 de Marzo<sup>45</sup>, será el que tenga pagar los salarios pendientes en caso de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores<sup>46</sup>. Se trata de una obligación subsidiaria y, por eso, el art. 33.6 del E.T. prevé que “*La resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial*”. Dicha audiencia se hará a los efectos de que el Fondo de Garantía Salarial designe posibles bienes disponibles del deudor y que, por lo tanto, no se tenga que hacer cargo de los pagos señalados.

Una vez practicadas las diligencias por el Fondo de Garantía Salarial, a los efectos de designar bienes libres del deudor, el órgano judicial declarará -mediante auto- la insolvencia empresarial calificándola de total o parcial. Será insolvencia total cuando el embargo es infructuoso por no existir bienes del deudor o cuando están sujetos a gravámenes preferentes o cuando ha fracasado la realización forzosa del bien. Por su parte, será insolvencia parcial cuando la cantidad obtenida por el bien embargado se prevea insuficiente -tras el avalúo del art. 259 de la LPL- para la satisfacción total de los créditos salariales pendientes<sup>47</sup>.

Pero ésta no es la única clasificación de insolvencia que realiza la LPL, pues también habla de una Insolvencia provisional. Pues bien, cuando el art. 274.3 de la LPL nos habla de insolvencia provisional, no lo hace en los mismos términos que empleaba la antigua ley de suspensión de pagos de 1922; es decir, no se hace referencia a que “*el activo sea superior al pasivo*”<sup>48</sup>; ni tampoco se refiere, como muchas veces ha hecho la doctrina, a situaciones de iliquidez, sino que es provisional porque todavía no se conocen todos los bienes del ejecutado o porque, conociéndolos, todavía no se ha producido la realización de los bienes embargados. Como podemos comprobar, cuando se habla de insolvencia no provisional, se alude a una situación de insolvencia efectiva. Y cuando se habla de insolvencia provisional, se alude -también- a una insolvencia definitiva, pero *aparente*; es decir, se alude a una situación en la que, sin perjuicio de ulteriores datos, son conocidos -aunque de forma no plena y definitiva- todos los activos y pasivos del deudor, y por lo tanto se trata de una verdadera insolvencia “*stricto sensu*”. Por otra parte, no podemos olvidar que la insolvencia, en cierta medida, es siempre pro-

43 MONTERO AROCA, J., IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M., y SAMPEDRO CORRAL, M., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, II, Edit. Civitas (Madrid, 1993), pág. 1531 y ss. MORENEO PÉREZ, J.L., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, T.II, Edit. Comares, (Granada, 2001), pág. 1684. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, ed. 25, Edit. MacGraw Hill (Madrid, 2003), pág. 453. ORDUÑA MORENO, F., *La configuración jurídica de la insolvencia*, Edit. Tirant lo Blanch (Valencia, 1994), pág.308.

44 MONTERO AROCA, J., IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M., y SAMPEDRO CORRAL, M., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 1533 y ss. MORENEO PÉREZ, J.L., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 1684.

45 El artículo 33.1 del E.T dice que “*El Fondo de Garantía Salarial... abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios.*” En este mismo sentido se expresa el art. 2.1 del RD505/1985, de 6 de Marzo, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, cuando señala que “*Corresponde al Fondo de Garantía Salarial hacer efectivos, previa instrucción de expediente para la comprobación de su procedencia, los salarios, incluidos los de tramitación, pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, en la cuantía, forma y con los límites previstos en el art. 33 del E.T.*”

46 Vid. art. 33.1 del E. T.

47 MONTERO AROCA, J., IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M., y SAMPEDRO CORRAL, M., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 1534. MORENEO PÉREZ, J.L., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 1685.

48 Art. 8 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

visional; el art. 1911 del C.Civ nos habla de una responsabilidad universal, con bienes presentes y futuros, de tal modo que si aparecen nuevos bienes estos estarán comprometidos al pago de las deudas pendientes<sup>49</sup>.

Pero además, la LPL contempla otro tipo de insolvencia, diferente de las anteriores, a la que suele denominarse “insolvencia técnica”<sup>50</sup>. La finalidad de la misma es la de tratar de salvaguardar las relaciones laborales trabadas con el empresario deudor. No podemos olvidar que el interés de los trabajadores en esta situación es doble y contrapuesto. Por un lado, está el de cobrar las cantidades que le corresponden y no han sido abonadas por el empresario y, por el otro, está su interés en la continuación de la empresa, ya que supone la continuidad de sus puestos de trabajo. Ante esta contradicción, en ocasiones resulta recomendable hacer primar la continuidad o la viabilidad de la empresa –y, por tanto, la de sus puestos de trabajo- sobre el cobro de los salarios pendientes.

Pues bien, una fórmula menos traumática de hacer primar la continuidad de las relaciones laborales será haciendo entrar en el juego al Fondo de Garantía Salarial, quien asumirá el pago de los salarios pendientes hasta el límite legalmente establecido y se subrogará en la posición de los trabajadores frente al empresario deudor.

El art. 275 de la LPL hace referencia a dicha posibilidad en los siguientes términos: una vez comprobado por el Fondo de Garantía Salarial que los bienes embargados para el pago de los salarios pendientes están afectos al proceso productivo y que su realización traerá consigo la destrucción de puestos de trabajo, solicitará la declaración de insolvencia a los efectos de reconocimiento de la garantía salarial. Esto es, la declaración de insolvencia técnica no responde a la insuficiencia de bienes para responder del pago de las deudas, sino a la insuficiencia de bienes no afectos al proceso productivo. Así pues, en este caso la insolvencia técnica puede no referirse a una auténtica situación de insolvencia –en los términos ya analizados-, sino a una situación de iliquidez<sup>51</sup>; y por eso, decíamos que se trataba de un tipo de insolvencia diferente a las otras que hemos expuesto. Ahora bien, como señala MONTERO AROCA<sup>52</sup>, esta insolvencia técnica tiene una eficacia limitada, ya que puede suceder que, como consecuencia de un proceso civil –distinto del concursal- se realicen los bienes y, por lo tanto, desaparezcan igualmente los puestos de trabajo. Pero además, no podemos olvidar que serán los trabajadores los que, en última instancia, decidan si tal medida tendrá efectividad, porque dependerá de ellos aceptar, o no, el pago de las prestaciones ofrecidas por el Fondo de Garantía Salarial.

---

49 MONTERO AROCA, J. , IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M., y SAMPEDRO CORRAL, M., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 1535.

50 MONTERO AROCA, J. , IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M., y SAMPEDRO CORRAL, M., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral...*, cit., pág.1537, quienes prefieren hablar de insolvencia *ficta* en vez de insolvencia técnica, porque entienden acertadamente que se hace referencia a una empresa ejecutada no insolvente. MORENEO PÉREZ, J.L., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág.1691, quien nos ofrece una definición de la insolvencia técnica en los siguientes términos: “...aquella que, a instancias del FGS, es declarada por el órgano jurisdiccional, pese a la existencia de bienes del empresario, con objeto de que los trabajadores perciban las prestaciones de este organismo.”

51 MONTERO AROCA, J. , IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M., y SAMPEDRO CORRAL, M., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág.1539 quienes nos dicen que “La petición ha de consistir en que, a pesar de que la empresa ejecutada es solvente (y lo será siempre en este supuesto, por lo menos parcial), se dicte auto de insolvencia, si bien a los efectos de reconocimiento de las prestaciones de garantía salarial”

52 MONTERO AROCA, J. , IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M., y SAMPEDRO CORRAL, M., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., pág.1540

## B.- La intervención del Fondo de Garantía Salarial tras la declaración de concurso.

Con carácter previo al análisis de la intervención de Fondo de Garantía Salarial tras la declaración del concurso, hemos de poner de manifiesto que el art. 274 contiene dos referencias de gran trascendencia a efectos concursales. La primera, la encontramos en su apartado tercero, en el que se señala que, una vez que se declara judicialmente la insolvencia de una empresa, esta declaración será suficiente para dictar auto de insolvencia en otras ejecuciones, sin necesidad de realizar otras averiguaciones, aunque siempre habrá que dar audiencia al Fondo de Garantía Salarial para que pueda designar nuevos bienes del deudor. Así pues, esta declaración judicial constituirá el “título suficiente”, al que se refiere el art. 2.4 de la Lcon –“título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes bastantes para el pago”- para que los acreedores soliciten la apertura del procedimiento concursal sin que quepa ningún tipo de oposición<sup>53</sup> toda vez que el deudor no podrá cuestionar o discutir su propio estado de insolvencia, porque ésta ya es efectiva.<sup>54</sup>

La otra referencia importante a la que aludíamos, es introducida en la LPL por la propia Lcon. La Disposición Final 15<sup>a</sup>, añade un apartado 5º al art. 274 de la LPL, que reza de la siguiente manera:

*“La declaración de insolvencia del ejecutado se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”.*

Con esta nueva incorporación, se pretende dar una mayor difusión a una situación crítica que es el estado de insolvencia efectiva en el que se encuentra el empresario-deudor, de tal modo que esta información pueda servir de base a posibles acreedores para instar el procedimiento concursal *ex* art. 2.4 párrafo primero de la Lcon. Pero, además –y esta sería, quizá, la función más interesante en este caso-, esta información puede resultar útil para disuadir –y, por lo tanto, evitar el peligro de nuevos créditos insatisfechos- a eventuales proveedores o trabajadores que pretendan trabar ulteriores relaciones con el empresario que se encuentra en dicha situación. Como señala ROJO<sup>55</sup>, la mejor prevención para la insolvencia es la información, aunque en este caso la información también llega tarde porque la empresa ya se encuentra vacía de patrimonio, por lo que no parece tener mucho sentido la iniciación de un procedimiento concursal, que trata de satisfacer –en la medida de lo posible- los créditos de los acreedores, cuando no existen bienes en el patrimonio del deudor con los que, ni siquiera, pagar una parte de esos créditos.

Volviendo al papel que desempeña el Fondo de Garantía Salarial, hemos de referirnos ahora a las diferentes situaciones en las que, según el Derecho laboral, éste cobra relevancia. En este sentido, tanto el art. 33.1 del E.T, como el art. 2.1 del RD 505/1985, diferencian, a los efectos de que el Fondo de Garantía Salarial se haga cargo de los salarios pendientes de pago, entre los supuestos de: *insolvencia, suspensión de pagos, quiebra y concurso de acreedores del empresario*. Esta matización –que ha sido

53 Vid. art. 18 Lcon.

54 Estamos ante un hecho externo revelador de la insolvencia contra el que no cabe prueba en contrario; se trata de una presunción *iuris et de iure*, porque la insolvencia ya está constatada.

55 ROJO, A., “La reforma del derecho concursal español”, en ROJO, A., (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, cit., pág. 108, quien nos recuerda que en el Derecho español sería necesario ofrecer una mayor información al mercado del estado financiero y económico de los operadores jurídicos. Pero como él mismo señala prevención por la información no es suficiente, y, en este caso mucho menos, porque la insolvencia se encuentra en un estado tan avanzado que ya no hay bienes libres del deudor. Empleando la misma terminología de este autor, estaríamos enterrando un cadáver y no curando un enfermo.

parcialmente modificada por la Disposición Adicional 1ª de la Lcon<sup>56</sup>- no supone una distinción entre lo que estos artículos denominan “insolvencia”, y la insolvencia que sirve de presupuesto objetivo para la apertura de estos –ya antiguos- procedimientos concursales, sino que simplemente trata de poner de relieve la diferencia entre la insolvencia concursal y la insolvencia de hecho declarada en el ámbito laboral. Así, el Fondo de Garantía Salarial tendrá que hacerse cargo del pago de los salarios pendientes siempre que exista insolvencia, ya sea ésta apreciada en el ámbito laboral o en el concursal.

Pero es más. Cuando la insolvencia es apreciada en el ámbito concursal, también puede llevar implícita una insolvencia laboral: cuando existan créditos laborales insatisfechos. En este caso, no es preciso que se dicte un auto de insolvencia *ad hoc* en el ámbito laboral para que el Fondo de Garantía Salarial pase a ser parte del concurso y se responsabilice de las deudas salariales pendientes – dicho auto sí que es preceptivo en los casos de insolvencia laboral previstos en los arts.274 y 275 de la LPL-. El art. 33.3 del E.T. y el art. 16 del RD 505/1985 establecen que desde el momento en el que en el procedimiento concursal se tenga conocimiento de la posible existencia de créditos laborales se llamará al Fondo de Garantía Salarial para que comparezca como responsable subsidiario del empresario<sup>57</sup>; si el Fondo no es llamado, no se hará cargo de las obligaciones correspondientes<sup>58</sup>.

Las prestaciones que ofrece el Fondo de Garantía Salarial pueden ser solicitadas en cualquier momento desde que exista resolución judicial en la que se tenga por solicitada la apertura del concurso. Incluso se podrá solicitar una vez aprobado el convenio con los acreedores. Ahora bien, se exige como requisito para el reconocimiento de dichas las prestaciones (el art 16.3 del RD 505/1985) que los créditos salariales aparezcan recogidos en la lista de acreedores o como deudas de la masa, en cuantía igual o superior a la que se solicita al Fondo de Garantía Salarial.

Teniendo en cuenta el espíritu de la nueva Lcon, según el cual el juez mercantil tendrá competencia *exclusiva y excluyente en aquellas materias que tengan especial trascendencia para el patrimonio del deudor; aunque sean de naturaleza social*<sup>59</sup>, parece que habrá de ser este juez mercantil el que tenga que realizar el trámite procesal de llamada a juicio del Fondo de Garantía Salarial para que se haga cargo del pago de los posibles salarios e indemnizaciones pendientes, y lo hará sobre el mismo presupuesto que ha servido de base para la apertura del proceso concursal: la insolvencia concursal; sin que sea necesario –como ya dijimos- un auto de insolvencia declarado en el orden social.

---

56 La Disposición Adicional Primera de la Lcon establece lo siguiente: “1ª.- Todas las referencias a la suspensión de pagos o al procedimiento de quita y espera contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación. 2ª.- Todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificadas por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación.”

57 En relación con este tema, el art. 23.2 de la LPL establece que “En supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, así como de las ya declaradas insolventes o desaparecidas, el Juez de oficio o a instancia de parte, citará como parte al Fondo de Garantía Salarial, dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que le convenga en derecho”.

58 Art. 33.3 E.T “.....sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los apartados anteriores.”

59 *Vid* la LO 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial y el ap. IV de la E.M de la Lcon.



### III. C.- Intervención del Fondo de garantía Salarial en el caso especial del art. 55. de la Lcon..

El art. 55 de la Lcon. contempla un supuesto en el que también cabría la intervención del Fondo de Garantía salarial:

*“Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.*

*Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.”*

Como quedó señalado anteriormente, en aquellos casos en los –sin haber un procedimiento concursal- la ejecución de sentencia individual afecta a bienes vinculados a la actividad empresarial, se dictará auto de insolvencia a los efectos de que el Fondo de Garantía Salarial se haga cargo de las deudas pendientes. Se trata de la “insolvencia técnica” del art. 275 LPL, en el que –como ya vimos- no se requiere un auténtico estado de insolvencia

Ahora bien, si durante ese procedimiento de ejecución individual de sentencias laborales sobre bienes necesarios para la actividad empresarial se inicia un procedimiento concursal, la ejecución ha de quedar paralizada en virtud del art. 55 de la Lcon. Esta paralización supone la entrada en un nuevo procedimiento, esto es, supone que los créditos que se trataban de hacer efectivos a través del procedimiento ejecutivo, entran en el procedimiento concursal, por lo que pasan a ser créditos concursales, dentro de la categoría que legalmente les corresponda<sup>60</sup>.

Pues bien, de esos créditos laborales integrados en el concurso también se puede hacer cargo el Fondo de Garantía Salarial cuando así se le solicite. En este caso, no será preciso dictar un auto de insolvencia en el ámbito laboral como sucede en el caso del art. 275 de la LPL (insolvencia técnica), ya que la propia insolvencia que determina la apertura del procedimiento concursal será suficiente.

Una vez iniciado el procedimiento concursal, el Juez de lo mercantil ha de llamar al Fondo de Garantía Salarial para que haga frente a los citados créditos. Esta asunción de los créditos se producirá siempre y cuando los trabajadores-acreedores no opten por continuar ellos mismos, en el proceso concursal, con la titularidad de sus créditos sin que se subrogue en su lugar el Fondo de Garantía Salarial .

De lo hasta aquí expuesto se deduce que los distintos supuestos en los que actúa el Fondo de Garantía Salarial son, por un lado, la insolvencia constatada del empresario como consecuencia de un procedimiento ejecutivo singular y, por el otro, las situaciones empresariales de insolvencia concursales en las que existan créditos laborales.

---

60 Vid art. 89 y ss de la Lcon.