

EL CONCURSO NECESARIO*

Angel ROJO
Catedrático de Derecho mercantil
Abogado

SUMARIO.- I. EL CONCURSO NECESARIO.- 1. La distinción entre concurso voluntario y concurso necesario.- 2. El concurso necesario por declaración legal.- II. LOS EFECTOS DEL CONCURSO NECESARIO.- III. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL CONCURSO NECESARIO.- 1. El privilegio del acreedor instante.- 2. La insuficiencia de las medidas de fomento.

I. EL CONCURSO NECESARIO.

1. *La distinción entre concurso voluntario y concurso necesario.*

Los concursos de acreedores, sean de persona natural o de persona jurídica (o de la herencia), se clasifican por la Ley en *concurso voluntarios* y *concurso necesarios*¹. El juez, al declarar el concurso, debe determinar si éste tiene carácter voluntario o si, por el contrario, tiene carácter necesario. Se trata de un pronunciamiento necesario del auto de declaración de concurso (art. 21.1-1º).

El concurso voluntario es el declarado a solicitud del deudor; y el concurso necesario es el declarado a solicitud de cualquier otro legitimado (v. art. 3). En caso de pluralidad de solicitudes (del deudor y de los demás legitimados), para determinar cuál de estas dos categorías procede tomar en consideración, el juez debe atender a

* Publicado en *LA VENIA* (Revista del Colegio de Abogados de Oviedo), junio 2004, págs. 8 a 14.

¹ La clasificación legal del concurso en voluntario y necesario ya existía en el Derecho que deroga la citada Ley 22/2003, de 9 de julio, aunque exclusivamente aplicable al concurso de acreedores propiamente dicho (art. 1.156 LEC 1881). Esta distinción se mantiene ahora en términos sustancialmente idénticos, si bien con algunos importantes matices (art. 22 LC).

El artículo 22 de la Ley Concursal reproduce sustancialmente el artículo 18 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (sobre el cual v., E. BELTRÁN, "Una nueva propuesta de Ley Concursal", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 14 de mayo de 1996, págs. 1 a 4; Id. "Ideas básicas de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el Profesor Angel Rojo", en A. Espina [dir.], *La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica*, Madrid, 199, págs. 309-329; y J. Mª GARRIDO, "La reforma del Derecho concursal español. Reflexiones en torno a la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del Profesor Angel Rojo", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, XV, 1996, págs. 889-943. La única diferencia relevante se refiere al concurso necesario por declaración legal (art. 22.2), en el sentido de que, mientras el texto anterior, al definir el supuesto de hecho, se contentaba con exigir que, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado otra por cualquier legitimado, el actual artículo 22 no sólo exige la presentación de esa solicitud sino, además, que haya sido admitida a trámite.

cuál ha sido la *primera* de las solicitudes que se hubieran presentado. Si la primera de las solicitudes es la del deudor, el concurso será voluntario; y si la primera de las solicitudes es la de cualquiera de los acreedores legítimos (o de cualquiera de los demás legitimados), el concurso será necesario (art. 22.1). La *prioridad de la solicitud* es el criterio legal para la clasificación del concurso en voluntario o necesario y, por consiguiente, el único criterio legal que tiene que ser tenido en cuenta por el juez en el auto de declaración de concurso. No es la fecha de la resolución judicial admitiendo a trámite la solicitud la que debe ser tomada en cuenta para esta clasificación, sino la fecha de la presentación, aunque la propia solicitud o la documentación que la acompañe presente algún defecto. Naturalmente, si no se procede por el interesado a justificar o subsanar el defecto dentro del plazo establecido por la Ley, la solicitud presentada no será admitida a trámite (art. 13.2 II) y, por consiguiente, no podrá ser tomada en consideración para la clasificación del concurso en voluntario o necesario. La primera de las solicitudes presentadas, aunque no haya sido la primera admitida a trámite, será, pues, la que determine el carácter voluntario o necesario del concurso de acreedores. En el caso de que se hubieran presentado solicitudes de declaración de concurso ante dos o más juzgados competentes, la primera de las presentadas determina no sólo la preferencia del juzgado para conocer del concurso (art. 10.2), sino también la clasificación de dicho concurso como voluntario o necesario.

El concurso es voluntario aunque el deudor hubiera solicitado la declaración de concurso transcurridos ya dos meses desde la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia (art. 5.1). El incumplimiento del deber legal de solicitar la declaración de concurso puede tener efectos para la calificación del concurso como culpable, en la medida en que, en caso de incumplimiento de ese deber, se presume la existencia de dolo o culpa grave del deudor, salvo prueba en contrario (art. 165-11 en relación con art. 164.1); pero no afecta al carácter voluntario de ese concurso. Son concursos voluntarios no sólo los declarados a solicitud oportuna del deudor, sino también los “concursos tardíos”, esto es, los que se declaren, a petición del deudor, cuando ya ha incumplido ese deber legal de solicitar la declaración del propio concurso.

En caso de solicitudes conjuntas de concurso de acreedores de distintas personas naturales o jurídicas, presentadas por dos o más deudores², la regla general es que cada uno de estos concursos tenga el carácter de voluntario. Pero también puede suceder que algunos de estos concursos se califiquen como voluntarios y otros como necesarios. Así acontecerá siempre que, presentada solicitud conjunta de concurso de acreedores, persona legitimada distinta de los deudores se hubiera adelantado a solicitar la declaración de concurso de alguno de esos deudores.

La Ley no ha previsto el supuesto de que una misma solicitud primera proceda del deudor y de cualquier otro legitimado. A diferencia de las solicitudes simultáneas presentadas por distintos legitimados, el supuesto que ahora se considera es el de

² Aunque la Ley Concursal únicamente se refiere a la solicitud de declaración conjunta del concurso de varios deudores que presente quien tenga la condición de acreedor de todos ellos (art. 3.5), no existe inconveniente en que varios deudores insten simultáneamente, y en el mismo escrito, la declaración judicial conjunta de concurso. Los problemas se plantean en aquellos casos en los que el Juez competente para declarar el concurso de uno de ellos no lo es para declarar el concurso del otro.

una única solicitud del propio deudor y de un legitimado distinto (actúen o no bajo la misma representación procesal). Así, por ejemplo, en el caso de una sociedad colectiva, cuando el escrito conteniendo la solicitud procede tanto del deudor como de uno o varios socios colectivos; o, en el caso de cualquier persona natural o jurídica, cuando ese escrito procede tanto del deudor como de uno o varios acreedores, sean titulares de créditos preferentes, sean titulares de créditos ordinarios, sean, en fin, titulares de créditos subordinados. En todos estos casos, el hecho de que figure el deudor entre los solicitantes trae como consecuencia necesaria que el concurso de acreedores tenga la consideración de voluntario. El juez, al pronunciarse sobre el carácter voluntario o necesario del concurso de acreedores que hubiera sido solicitado, en el mismo escrito, por deudor y por uno o varios legitimados distintos, tan sólo tendrá que considerar si, entre los solicitantes, figura el deudor. En caso afirmativo, el auto de declaración de concurso declarará el carácter voluntario de éste. No importa que, en la enumeración de las personas de los solicitantes, el deudor no figure en primer lugar. Lo decisivo es que, en la primera de las solicitudes presentadas, figure dicho deudor, cualquiera que sea la posición material del mismo en este escrito inicial³.

2. El concurso necesario por declaración legal.

Al lado del concurso necesario propiamente dicho, existe el concurso necesario *ministerio legis* (o por declaración legal), es decir, un concurso realmente voluntario que la Ley, sin embargo, considera tiene carácter necesario. Se trata del caso de que el concurso se declara a solicitud del propio deudor pero, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, se hubiera presentado y admitido a trámite otra de cualquier legitimado, aunque, con posterioridad a esa admisión a trámite, el solicitante hubiera desistido, no hubiera asistido a la comparecencia prevista por la Ley o, aunque hubiera comparecido, no se hubiera ratificado en la solicitud (art. 22.2). Con esta norma se combaten las posibles maniobras del deudor para evitar una declaración de concurso necesario y conseguir una posterior declaración de concurso voluntario. A los efectos de la determinación del carácter del concurso, la Ley atiende a esa primera y voluntariamente fracasada solicitud de legitimado distinto del deudor, tramitada en autos distintos, ante el mismo o diferente juzgado.

El supuesto de hecho a que se refiere la norma legal requiere la concurrencia de dos requisitos, uno de fondo y otro temporal. El *requisito de fondo* es la presentación y admisión a trámite por juzgado competente de una solicitud de declaración judicial de concurso por persona distinta del deudor (art. 15.1) con posterior desistimiento del solicitante - bien por presentar escrito en este sentido antes del emplazamiento del deudor (art. 20.2 LEC), bien por la falta de concurrencia a la comparecencia previa, conducta omisiva que tiene valor legal de desistimiento (art. 19.3) - o, celebrada la comparecencia previa, con falta de ratificación de la solicitud por el instante de la declaración judicial de concurso (siempre que el juez, en este último caso, bien por la falta de ratificación o por cualquier otra causa, haya desestimado la

³ En caso de concurso de una herencia (que es posible en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente: art. 1.2), el concurso tendrá la consideración de voluntario si la solicitud proviene del administrador de dicha herencia; y será necesario si ha sido instado por los acreedores del deudor fallecido o, incluso, por los herederos de éste (que no hayan aceptado pura y simplemente: v. art. 3.4).

solicitud). El *requisito temporal* es que no hubieran transcurrido tres meses desde la admisión a trámite de la anterior solicitud de declaración de concurso presentada por legitimado distinto del deudor y la posterior solicitud de declaración de concurso presentada por el propio deudor. El *dies a quo* es la fecha de providencia de admisión a trámite de la solicitud presentada por acreedor o por cualquier otro legitimado que no sea el deudor (art. 15), y no la fecha de la solicitud, así como tampoco la fecha del emplazamiento del deudor. Desde la fecha de la admisión a trámite, se computa el período de tres meses a que se refiere la norma: si el deudor presenta la solicitud antes de que transcurran esos tres meses, el concurso se tiene que calificar de necesario aunque la declaración tenga lugar a solicitud del deudor (art. 22.2); si el deudor presenta la solicitud una vez transcurridos esos tres meses, el concurso se calificará de voluntario (art. 22.1).

La anterior primera solicitud se toma en cuenta, así pues, para la calificación del concurso cuando concurren esos requisitos de fondo y temporal señalados. El carácter necesario *ministerio legis* de estos concursos influye (o puede influir) en las facultades patrimoniales del deudor (art. 40.1 a 3); pero no afecta a los demás pronunciamientos del auto de declaración de concurso y tampoco afecta a la tramitación del concurso de acreedores.

Al presentar la propia solicitud de concurso, el deudor, en la memoria expresiva de su historia económica y jurídica, debe mencionar la existencia de esa otra anterior solicitud fracasada presentada por distinto legitimado (art. 6.2-21). Es evidente que, en esa historia, es hecho relevante la presentación y admisión a trámite de una anterior solicitud de concurso. Por ello, el deudor, deberá identificar al legitimado o legitimados que la hubieran presentado, con expresión del juzgado que hubiera conocido de ella, de la fecha de admisión a trámite y de la fecha del auto por el que se hubiera tenido por desistido al solicitante o por el que se hubiera desestimado la solicitud. La falta de referencia a esta anterior solicitud en la memoria supone una *inexactitud grave*, por omisión, que comporta, en todo caso, la calificación del concurso como culpable (art. 164.2-21). Además, si en el momento de la segunda solicitud el estado de insolvencia se hubiera agravado respecto del existente en el momento de la primera, el que hubiera presentado esta primera solicitud e, inmediatamente después, desistido de ella, o no hubiera concurrido a la comparecencia previa o no se hubiera ratificado en la solicitud presentada, corre el riesgo (ciertamente, en unos casos, remoto, pero, en otros, evidente y cierto) de ser calificado como cómplice (siempre que, por medios directos o indirectos, se acredite la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para esta calificación: v. art. 166).

Si el deudor, en la propia solicitud o en la memoria, no hace referencia a la existencia de esa anterior solicitud, es posible que el juez, en el momento de declarar el concurso, no tenga conocimiento de si ha existido o no una solicitud previa de persona legitimada distinta del deudor con desistimiento del instante o con falta de concurrencia a la comparecencia previa o de ratificación de la solicitud. Así sucederá cuando esa primera solicitud se hubiera presentado ante juzgado competente para conocer del concurso distinto del juzgado que conoce de la posterior solicitud del propio deudor. Por supuesto, en tales casos, declarado el concurso como voluntario,

cualquier persona que acredite interés legítimo (art. 20.3) podrá interponer recurso de reposición contra este concreto pronunciamiento del auto (art. 20.2) dentro del plazo de cinco días (art. 452 LEC), a contar desde la notificación del auto, si el recurrente hubiere comparecido en los Autos, o desde la última de las publicaciones de dicho auto, en caso contrario (art. 20.4). Pero puede suceder - y sucederá las más de las veces - que, cuando se descubra la existencia de esa primera solicitud fracasada, haya transcurrido ya el plazo para recurrir en reposición. En tales casos, las personas legitimadas para recurrir podrán denunciar el hecho - esto es, la existencia de esa primera solicitud - ante el juez del concurso, estando éste obligado a dictar nuevo auto en el que, de oficio, rectifique el carácter del concurso asignado en la declaración judicial, con los demás pronunciamientos que en Derecho sean pertinentes (v. especialmente art. 40).

II. LOS EFECTOS DEL CONCURSO NECESARIO.

El efecto fundamental del carácter voluntario o necesario del concurso de acreedores es el relativo a las facultades patrimoniales del deudor. En caso de concurso voluntario el concursado conserva las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa, quedando sometido el ejercicio de estas facultades a la intervención de los administradores concursales (art. 40.1). Por el contrario, la declaración judicial de concurso necesario produce como efecto la suspensión del ejercicio de esas facultades por el concursado, el cual es sustituido en ese ejercicio por la administración concursal (art. 40.2)⁴.

La solución legal en orden a las facultades patrimoniales del deudor - mera intervención en caso de concurso voluntario y sustitución del deudor en caso de concurso necesario - constituye una medida indirecta de fomento de las solicitudes de concurso de acreedores por los propios deudores. El deudor que quiera conservar la administración del patrimonio concursal, con intervención de los administradores concursales, debe anticiparse a la acción de los acreedores, presentando la solicitud del propio concurso.

Ahora bien, la solución legal no tiene carácter absoluto. La Ley autoriza la suspensión del deudor a pesar de que el concurso sea voluntario y, del mismo modo, autoriza la mera intervención a pesar de que el concurso sea necesario. El juez tiene facultades para invertir la regla, conectando al concurso voluntario los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor que son propios del concurso necesario o conectando al concurso necesario los efectos sobre esas facultades que son propios del concurso voluntario. Pero, mientras que la aplicación de la regla general no tiene que ser motivada, sino que opera como consecuencia necesaria del carácter atribuido al concurso de acreedores en función de la persona del solicitante (v. art. 21.1-21 en relación con art. 40.1 y 2), la excepción requiere de expresa motivación. Si el juez decide acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención en caso de concurso necesario, el auto de declaración de concurso debe motivar este

⁴ Por excepción, en el caso de concurso de la herencia, el carácter voluntario o necesario del concurso es intrascendente, ya que corresponde siempre a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda modificarse esta situación (art. 40.5).

acuerdo, señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener (art. 40.3). En todo caso, cualquiera que haya sido el contenido del auto de declaración judicial de concurso respecto de las facultades patrimoniales del deudor, el juez, a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, puede acordar, en cualquier momento del procedimiento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión (art. 40.4).

Por lo demás, el hecho de que el concurso sea calificado como voluntario o como necesario carece de trascendencia⁵. Así, es indiferente para la tramitación del concurso de acreedores: el concurso voluntario o el concurso necesario se tramitan del mismo modo. La distinción entre tramitación ordinaria y tramitación abreviada no se fundamenta en el carácter del concurso sino en el doble criterio concurrente de las condiciones subjetivas del deudor y de la cuantía del pasivo (art. 190), con independencia de si ese concurso de tramitación especialmente simplificada se ha declarado a solicitud del deudor o a solicitud de cualquier otro legitimado. El carácter del concurso es igualmente indiferente para la configuración de la administración concursal (art. 27)⁶. También es indiferente que el concurso sea voluntario o necesario para la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor: la continuidad o el cese (o la suspensión), total o parcial, de la actividad se decreta por el juez con absoluta independencia de que el concurso fuera voluntario o necesario (art. 44). Y, en fin, es indiferente este carácter para la solución del concurso de acreedores: tanto el convenio como la liquidación son soluciones que se ofrecen al concursado voluntario y al concursado necesario. El deudor que hubiera solicitado la propia declaración de concurso puede optar entre formular propuesta de convenio a los acreedores o pedir, incluso con la solicitud (art. 142.1-11), la apertura de la liquidación; y el deudor que hubiera sido declarado en concurso necesario puede optar igualmente por intentar solucionar el estado de insolvencia mediante un convenio con la colectividad de los acreedores o mediante la liquidación de la masa activa. Las mayorías necesarias para la aceptación de la propuesta de convenio son las mismas en los casos de concurso voluntario y en los casos de concurso necesario. No es el carácter del concurso el que determina las mayorías exigibles, sino el

⁵ La importancia de la distinción entre concurso voluntario y concurso necesario era mayor en la Propuesta de 1995 que en la Ley Concursal. En dicha Propuesta, si el concurso era voluntario, el juez limitaba o suspendía la capacidad de obrar del deudor según que de lo actuado resultase que los medios propios eran o no suficientes para satisfacer todas las obligaciones; y, si era necesario, el juez suspendía dicha capacidad de obrar (art. 46.1 y 2), si bien admitía que, con posterioridad, se modificaran estos efectos. De otro lado, si el concurso de acreedores era voluntario, no procedía la formación de la sección de calificación, salvo que el convenio tuviera determinado contenido (art. 208.2). Por el contrario, en la Ley Concursal, el juez, al declarar el concurso, puede acordar que el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, aunque dicho concurso sea necesario, y decretar la suspensión de dicho ejercicio aunque el concurso sea voluntario (art. 39.3); y, de otro lado, el carácter voluntario o necesario del concurso es irrelevante en orden a la formación o no de la sección de calificación (art. 163.1).

⁶ Por el contrario, en el Proyecto de Ley Concursal, en el concurso solicitado por acreedor, el juez debe designar administrador judicial al propio solicitante, siempre que fuera titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no estuviera garantizado (art. 26.1-3º del Proyecto de Ley).

contenido del convenio (art. 124.1 y 2) y la clase de tramitación que se haya seguido (art. 124.3)7.

El hecho de que un concurso tenga la consideración de voluntario y otro de necesario no impide la acumulación de ambos, siempre que sea legalmente procedente (art. 25.1 a 3). Para la acumulación no sólo es indiferente que los concursos hayan sido declarados por distintos juzgados (art. 25.4), sino también es indiferente que uno o varios sean concursos voluntarios y otro u otros necesarios. Al lado de la acumulación de un concurso voluntario a otro voluntario y de la acumulación de un concurso necesario a otro necesario, son admisibles la acumulación de un concurso necesario a otro voluntario y la acumulación de un concurso voluntario a otro necesario.

III. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL CONCURSO NECESARIO.

1. *El privilegio del acreedor instante.*

Para fomentar la presentación de solicitudes de concurso necesario, la Ley Concursal ha introducido entre los privilegios generales el denominado *privilegio del acreedor instante*. Son créditos privilegiados aquellos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso, siempre que no tuvieren el carácter de subordinados, si bien ese privilegio (o, mejor, preferencia). Se trata de créditos dotados de un “privilegio general”, es decir, de un privilegio sobre la totalidad de la masa activa (art. 76.1); pero se trata de un “privilegio limitado”, en la medida en que sólo juega hasta la cuarta parte del importe nominal de cada uno de dichos créditos (art. 91.6)8. Mientras que la Ley ha procedido a una “drástica poda” de los privilegios (especiales y generales) existentes en el Derecho anterior, bien suprimiendo dichos privilegios, bien reduciendo el ámbito objetivo de cada uno de ellos (v., por ejemplo, art. 91-4º), ha considerado oportuno introducir este nuevo privilegio, que tiene un *fundamento* claro. El privilegio del acreedor instante responde a la idea de que la iniciativa de este acreedor favorece a los demás acreedores ordinarios, por cuanto que, como la experiencia enseña, cuanto más se retrase la apertura del juicio universal, menor será la masa activa afecta a la satisfacción de la colectividad crediticia.

La estructura de este privilegio es muy peculiar. Mientras que en los demás casos de privilegios generales, es la naturaleza del crédito la que determina la

7 El carácter voluntario o necesario del concurso de acreedores tampoco afecta al derecho de alimentos, con cargo a la masa activa, del deudor persona natural (v. art. 47.1) y de aquellas personas respecto de las cuales el concursado tenga deber legal (v. art. 47.2). Ese derecho es independiente de que el concurso se hubiera declarado a solicitud del deudor o de cualquier otro legitimado. Se trata de un derecho que existe con independencia del carácter del concurso, y que se extingue por la apertura de la liquidación concursal (art. 145.2).

8 La conveniencia de introducir este privilegio había sido defendida por J. Mª GARRIDO, “El privilegio del acreedor instante de la quiebra”, *Revista de Derecho mercantil*, 1992, pags. 799 a 816. La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 había incluido este privilegio entre los créditos privilegiados generales hasta la mitad del importe del nominal del crédito o créditos del instante (art. 125.1-7º).

concesión del privilegio – y, por consiguiente, el crédito nace ya a la vida del Derecho como privilegiado -, en el caso del privilegio del acreedor instante es la realización de un *acto* (la presentación de la solicitud) por quien ya tenía la condición de acreedor el hecho al que la Ley conecta la atribución del privilegio⁹. Naturalmente, los únicos créditos, ordinarios o ya privilegiados, que se benefician de este privilegio general son aquellos de que fuera titular el acreedor instante del concurso en el momento mismo de la presentación de la solicitud. En el caso de que el instante, con posterioridad a este momento, hubiera adquirido otros créditos concursales, el privilegio no se extiende a estos créditos adquiridos, cualquiera que haya sido el título de adquisición. Así, aunque la adquisición del crédito o de los créditos por parte del acreedor solicitante hubiera tenido lugar, después de la declaración de concurso, a título universal (como sucede en caso de fusión), los créditos adquiridos mantendrán el carácter que tuvieran antes de esa adquisición.

Por razón de la “limitación cuantitativa” con que se configura, el crédito del acreedor instante es parcialmente ordinario (o, en su caso, privilegiado general o especial) y parcialmente privilegiado: será ordinario por el 75% del importe y será privilegiado por el 25% restante. El privilegio no se pierde por el hecho de que el acreedor instante transmita el crédito con posterioridad a la declaración judicial de concurso. Cuando la adquisición hubiera tenido lugar por actos *inter vivos*, el adquirente perderá el derecho de adhesión a la propuesta de convenio y el derecho de voto en la junta de acreedores (art. 122.1-2^o); pero no perderá este privilegio parcial.

2. La insuficiencia de las medidas de fomento.

Pero esta medida directa de fomento de los concursos necesarios y la medida indirecta, antes señalada, relativa a la mayor intensidad de la limitación de las facultades patrimoniales del deudor (art. 40.2) son insuficientes para producir los efectos deseados. Al lado de estas medidas que pretenden incentivar la presentación de solicitudes por los acreedores legítimos, la Ley ha introducido otras medidas claramente desincentivadoras.

La primera de estas medidas desincentivadoras es la propia configuración del presupuesto objetivo del concurso necesario: mientras que, si la solicitud proviene del deudor, es suficiente con acreditar la insolvencia real y efectiva o, incluso, la mera insolvencia inminente (art. 2.2 y 3), si la solicitud fuera presentada por acreedor, la Ley exige acreditar la existencia de una “insolvencia cualificada”, es decir, la concurrencia de un “hecho externo” de particular gravedad, de entre los que enumera con carácter taxativo la propia Ley (art. 4.2); y, acreditada la concurrencia de este “hecho externo”, se invierte la carga de la prueba de la insolvencia (art. 18.2), de modo tal que el deudor deberá acreditar que es solvente. Cabe, pues, que, a pesar de que la instante consiga probar ese “hecho externo”, la solicitud fracase por la contraprueba de la solvencia.

⁹ Si el escrito de solicitud proviniera de varios acreedores, todos ellos gozarán del privilegio. La Ley atribuye este privilegio general al acreedor “que hubiere solicitado la declaración de concurso”, considerando que, en la mayoría de los casos, la solicitud procede de un único acreedor; pero no hay ningún inconveniente en reconocer el privilegio a los primeros solicitantes múltiples.

La segunda de esas medidas es la relativa a las costas en caso de desestimación de la solicitud de concurso necesario. Si la solicitud de concurso presentada por acreedor fuera desestimada, la costas “serán impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho” (art. 20.1, inciso segundo)¹⁰. A la hora de determinar si se presenta o no una solicitud de concurso, el riesgo de que el solicitante sea condenado al pago de las costas si no prospera la solicitud debe ser cuidadosamente valorado.

Y, en fin, también como medida disuasoria, es necesario referirse a la posible indemnización de los daños y perjuicios que se hubieran causado al deudor “como consecuencia de la solicitud de concurso”. La Ley señala que, una vez firme el auto desestimatorio de la solicitud, “se procederá, a petición del deudor, y por los trámites de los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil” a la determinación de esos daños y perjuicios. La referencia expresa a esos concretos artículos de la Ley procesal civil produce cierta perplejidad por cuanto que se trata de una normativa predispuesta para la mera cuantificación de unos daños y perjuicios cuya existencia ya ha sido probada. En realidad, la Ley Concursal ha partido de la *objetivación* de la responsabilidad del solicitante, prescindiendo de la culpa o negligencia en la presentación de la solicitud. Por supuesto, el carácter objetivo de esa responsabilidad no elimina la necesidad de que el deudor acredite la relación de causalidad entre el hecho de la presentación de esa solicitud de concurso y los daños y perjuicios causados por esa presentación; pero, con todo, el rigor legal desaconsejará en buen número de casos que el acreedor solicite la apertura del juicio universal, impidiendo así, una vez más, la oportuna apertura del procedimiento.

¹⁰ La solución legal en materia de costas contrasta drásticamente con la que contenía la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995. En ese texto prelegislativo, si el auto fuera desestimatorio, no tenía lugar la imposición de costas al solicitante, “salvo que se acredite dolo” (art. 16.1).