



*Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho
Mercantil*

2013/79

Noviembre 2013

**CONCLUSIÓN DEL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA Y PASIVO
INSATISFECHO**

Matilde Cuenca Casas

Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail: Matilde Cuenca Casas: m.cuenca@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>

Copyright © 2013 Por la autora

"CONCLUSIÓN DEL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA Y PASIVO INSATISFECHO".

"TERMINATION OF THE INSOLVENCY PROCEEDING AND UNPAID DEBTS"¹.

Matilde Cuenca Casas
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense.

Resumen: En el presente trabajo se analizan algunos aspectos de la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, particularmente, la introducción del régimen de segunda oportunidad o *fresh start* para la persona natural insolvente. Se estudia el régimen jurídico y algunos de los problemas que plantea de esta excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal.

Palabras clave: "Segunda oportunidad", exoneración de deudas, concurso de acreedores, insolvencia, persona física, consumidor, emprendedores, deudor hipotecario, fiadores.

Abstract: This paper analyze some aspects of the reform of the Bankruptcy Act by Law 14/2013, of September 27 Entrepreneurs Support and Internationalization, particularly the introduction of the "second chance" or "fresh start" for the insolvent natural persons. We study the legal status and the problems of this exception to the principle of universal liability..

Keywords: Fresh Start, Discharge, Consumer, entrepreneur, Bankruptcy, insolvency, mortgage, guarantors.

Sumario.- 1. Introducción. 2. Beneficiarios. 3. Deudas no exonerables. Crítica a la delimitación legal. 4. Excepciones: Concurso fortuito y ausencia de condena penal. 5. La posición jurídica de fiadores y coobligados solidarios. 6. El *discharge* hipotecario y su contraste con la reforma concursal.

1. INTRODUCCIÓN.-

La Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización (LE) vio la luz en el BOE de 28 de septiembre de 2013 e incorpora –por fin- el régimen de la segunda oportunidad para la persona física insolvente².

El régimen de la segunda oportunidad o *fresh start* es un instrumento diseñado de manera específica para resolver la insolvencia de la persona física. La

¹ Texto de la ponencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense, sobre "Reestructuración del Sistema Financiero y nuevas estrategias de negociación", celebrado los días 7, 8 y 9 de octubre de 2013 en Harvard Law School/ Real Colegio Complutense con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, Ilustre Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

² Un análisis más detallado en CUENA CASAS, M, "*Ley de emprendedores, exoneración de deudas o fresh start*", que se publicará en el número 30 del Anuario de Derecho Concursal.

extinción de la persona jurídica prevista en el art. 178.3 LC para el supuesto de conclusión del concurso por liquidación provoca que el pasivo pendiente no sea exigible en la medida en que el deudor desaparece como sujeto de derecho tras la disolución y cancelación de la inscripción en los registros públicos, tal y como ordena el mencionado precepto³. Esto no acontece con el deudor persona física que no se extingue jurídicamente y, por obra del art. 1911 CC, sigue obligado al pago del pasivo pendiente y de ahí que hasta la actual reforma, el art. 178.2 LC dispusiera que el deudor queda responsable del pago de créditos restantes.

Efectivamente, hasta la LE el tratamiento general de la insolvencia de la persona física en España presentaba serias las disfunciones⁴, que eran de tal entidad que no sólo no solucionaba los problemas que tal insolvencia provocaba, *sino que los agravaba*. La reforma de la LC operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre no supuso ningún avance en este sentido, a pesar de que se presentaron enmiendas que iban en la buena dirección⁵.

Concluido el concurso por inexistencia de bienes y derechos la situación del deudor concursado era la misma que al iniciar el mismo, pues seguía pesando sobre él todo su pasivo pendiente, sin posibilidad alguna de recuperación, habida cuenta del prolongado plazo de prescripción de las acciones. Expresamente disponía el art. 178.2 LC que *“en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se declare la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso”*, regla que no era sino consecuencia de la vigencia del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 CC.

Como se puede apreciar, tras el concurso, no solo no había mejorado la posición del deudor, sino que se había agravado⁶, ya que los costes del procedimiento

³ Con todo, no es impensable un *fresh start* para personas jurídicas, vigente en otros ordenamientos como USA, lo que evitaría su disolución y con ello la pérdida de puestos de trabajo. De hecho, esta es la tendencia en la UE. Destaca a este respecto el documento “Nuevo informe europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Estrasburgo, 12.12.2012. COM(2012) 742 final. También hay que mencionar el extraordinario dictamen que sobre dicho documento ha hecho el Comité Económico y Social Europeo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:271:0055:0060:ES:PDF> (Consultado el 24 de octubre de 2013).

⁴ CUENACASAS, M, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, Revista Aranzadi doctrinal, nº7, noviembre 2009. <http://eprints.ucm.es/9714/>

⁵ Tales enmiendas son analizadas en mi trabajo, *Familia y concurso de acreedores, Consideraciones generales. Persona física y reforma de la Ley Concursal*, en Tratado de Derecho de la familia, coordinado por Yzquierdo Tolsada, M y Cuenca Casas, M, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2011, pp. 418.

⁶ Buena prueba de la ineficiencia de la regulación hasta ahora vigente es que los concursos de persona física en la actualidad están disminuyendo a pesar de la gravedad de la situación económica y la terrible tasa de paro. En el año 2012, de un total de 8.726 concursos, solo 1.192 lo fueron de persona física (927 de persona física sin actividad empresarial y 267 con actividad empresarial), es decir un 13,6% de los concursos lo fueron de persona física. La tendencia a la baja se consolida en el año 2013. En el segundo trimestre de 2013, de 8726 concursos, solo 262 lo fueron de persona física (206 sin actividad empresarial, 56 con actividad empresarial), lo que supone un 10% del total de concursos. Fuente: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0012.pdf> Ello contrasta con lo que acontece en países de nuestro entorno como es el caso de Francia que resolvió 220.836

concurstal habían aumentado el pasivo del deudor. Pero es que además, tras la reforma 38/2011, se mejoró la situación de los acreedores, pues se añadió un último inciso al art. 178.2 LC que señalaba que “*para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a la sentencia de condena firme*”. Se profundizó en la política “anti-deudor”, facilitando la ejecución por parte de los acreedores que no cobraron en el procedimiento concursal: si no tenían un título ejecutivo, su inclusión en la lista definitiva de acreedores se equipara a sentencia de condena firme.

Ahogar al deudor e impedir su recuperación es, a mi juicio, antieconómico. Algo que ya los países anglosajones como USA descubrieron en el año 1898 instaurando el *fresh start* o la exoneración del pasivo pendiente por virtud del cual, liquidado el patrimonio del deudor de buena fe, los acreedores no pueden iniciar ejecuciones singulares, pues el pasivo pendiente ha sido exonerado.

Con la regulación hasta ahora vigente, en España no existía ningún estímulo para la salida convencional de la crisis, pues los acreedores no eran favorables a la negociación porque no tenían nada que perder. El establecimiento del “*fresh start*” favorece que el procedimiento concluya en convenio y no suceda como hasta ahora que prácticamente todos los concursos terminan en liquidación.

En cuanto el riesgo de aumento de coste crediticio, éste no es real tal y como extensamente he tratado en otro lugar⁷. Precisamente el “*fresh start*” estimula el crédito responsable y provoca una mejor y sosegada valoración del riesgo crediticio por parte del acreedor que es precisamente lo que no se ha hecho y es lo que nos ha conducido a la situación actual. Hemos construido un sistema rígido que solo tutela los derechos del acreedor con la idea de que ello abarata el crédito y favorece la inversión. La excesiva tutela del acreedor le impulsa a conceder crédito sin las cautelas adecuadas porque no tiene límites en la ejecución. Por el contrario, el *fresh start* estimula una adecuada valoración del riesgo crediticio.

El riesgo de colapso judicial o de abuso del consumidor son evitables con una regulación adecuada que establezca mecanismos de control de comportamiento del deudor beneficiario de esta medida y con la instauración de una mediación previa que favorezca un acuerdo entre deudor y acreedores. Éste ha sido el criterio que ha adoptado la LE, aunque de manera muy deficiente, tal y como expondré posteriormente.

Así mismo, el *fresh start* estimula el espíritu emprendedor⁸ y evita que el deudor insolvente acuda a la economía sumergida⁹ para paliar los efectos de la

solicitudes de insolvencia de consumidores (<http://www.banque-france.fr/la-banque-de-france/missions/protection-du-consommateur/surendettement/barometre-du-surendettement.html>, consultado el 15 de octubre de 2013) y de USA que de un total de 1.261,140 casos de insolvencia, 1219,132 lo fueron de consumidores, lo que supone un 96% de los casos <http://news.uscourts.gov/bankruptcy-filings-down-fiscal-year-2012>

⁷ CUENA CASAS, M, *Fresh Start y mercado crediticio*, InDret 2011. http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf y también *El impacto económico del fresh start*, <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/136-el-impacto-economico-del-fresh-start-o-ley-de-segunda-oportunidad-0-48304430626616285>

⁸ En España es bajo si se compara con los países de nuestro entorno. En España los datos sobre el TEA (*Total Entrepreneurial Activity*), que es el porcentaje de personas de la población de 18 a 64 años de un país que se encuentra bien montando una empresa o dirigiendo una que no lleve más de 42 meses de actividad, son reveladores y han experimentado una disminución del 2% en los dos últimos años. Cfr. *Global*

actuación indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal. Éste ha sido el factor que más parece haber influido en el legislador en tanto que establece tal institución a través de una reforma concursal incluida en la ley de emprendedores.

Efectivamente, *condenar al deudor a la exclusión social tras la liquidación de su patrimonio cuando se declara insolvente, desincentiva la toma de riesgos, el consumo y la inversión*. Se había construido un sistema excesivamente *pro creditoris*, obviando la importancia que tiene a nivel macroeconómico una legislación concursal que favorezca la recuperación del deudor. De hecho este cambio de “filosofía concursal” se está preconizando a nivel europeo¹⁰.

Siendo indudables las ventajas que objetivamente presenta el establecimiento de un régimen de exoneración de deudas para la persona física insolvente, procede plantearse si la nueva regulación introducida en la LC por la LE resuelve o no los inconvenientes denunciados.

2. BENEFICIARIOS

La LE modifica el art. 178.2 LC con el fin de que al concluir el concurso de persona física sea posible la liberación de los créditos impagados para conceder una “segunda oportunidad” al deudor: *“La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe*

Entrepreneurship Monitor (GEM 2012) para una comparativa con el resto de países de nuestro entorno. <http://www.gemconsortium.org/> (Consultado el 21 de octubre de 2013)

⁹ El nivel de la economía sumergida en España sistemáticamente se viene situando muy por encima de los de Francia, Reino Unido, Austria o Alemania y que solamente Italia, entre los países grandes europeos, tiene un nivel superior y se sitúa en torno al 20 % del PIB. Cfr. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A y MARTÍNEZ PARDO, R, *La economía sumergida en España*, Fundación de Estudios Financieros, 2013. <http://www.fef.es/new/images/IEAF/pdf/DOCUMENTO%20DE%20TRABAJO%20Nº%204%202as.pdf> (Consultado el 21 de octubre de 2013).

¹⁰ Destaca a este respecto el documento “Nuevo informe europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Estrasburgo, 12.12.2012. COM(2012) 742 final, en el que se pone de relieve la importancia de la regulación en materia de insolvencia para la generación de crecimiento económico: “una de las acciones fundamentales para mejorar el funcionamiento del mercado interior es la modernización de la normativa de la Unión en materia de insolvencia a fin de facilitar la supervivencia de las empresas y ofrecer una segunda oportunidad a los emprendedores” (...) “Conceder a los emprendedores una segunda oportunidad para que vuelvan a poner en marcha negocios viables y salvaguardar el empleo son elementos clave del nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. Este enfoque aspira a dar un impulso sólido a las empresas europeas en el mercado interior”. Existe plena consciencia a nivel europeo de la relevancia de la normativa concursal para la recuperación económica, sugiriéndose un impulso a la unificación legislativa europea en este terreno.

de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”.

El primer aspecto que merece ser resaltado es que a pesar de que aparentemente pudiera parecer que la instauración de la exoneración del pasivo pendiente solo iba dirigido a empresarios, es claro que la opción ha sido conceder este remedio a todo “deudor persona natural”, al margen de que realice o no actividad empresarial y ello merece un juicio positivo, pues no hay razones de peso que justifiquen una discriminación negativa al consumidor. Si aplicamos el *fresh start* o régimen de segunda oportunidad al consumidor, recuperamos al sujeto como consumidor potencial y se evita su exclusión social. Si se aplica al empresario, se recupera al sujeto para que realice funciones económicas activas. Ambos objetivos tienen un impacto económico positivo.

Pero esta coherencia con el ámbito subjetivo de la Ley Concursal, se rompe cuando el último inciso del art. 178.2 LC establece un régimen especial para “*el deudor que hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos*” para el que la exoneración es más amplia, no debiendo abonarse siquiera el 25% del pasivo ordinario.

La LE prevé un “acuerdo extrajudicial de pagos” de deudas de empresarios¹¹ (arts. 231 y ss LC), ya sean personas físicas o jurídicas y *al que no puede acceder un consumidor*. Se veta la posibilidad (favorecida por el contrario en los países de nuestro entorno) de que el consumidor pueda solucionar su situación de insolvencia al margen del procedimiento concursal¹².

El legislador ha optado por diferenciar el régimen de segunda oportunidad a los empresarios persona natural frente a los consumidores, pues el pasivo exonerable es diferente para el deudor que haya intentado un acuerdo extrajudicial, lo cual sólo es factible para aquellos sujetos a los

¹¹ *Dispone el párrafo segundo del art. 231.1 LC: “A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos”.* A estos efectos, hay que tener presente el concepto de empresario a que se refiere el art. 10 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

¹² También se muestra crítico con esta restricción RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E, *Limitación de responsabilidad, remisión de deuda y acuerdo extrajudicial de pagos en el anteproyecto de ley de Apoyo a los emprendedores*, Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2013. BIB 2013\1659, p. 7. El Grupo Parlamentario socialista presentó en el Senado una enmienda (nº 72) al art. 231 que posibilitara al consumidor alcanzar un acuerdo extrajudicial, proponiéndose el siguiente texto BOCG. Senado, apartado I, núm. 228-1724, de 05/09/2013.

que la LE permite acudir a tal procedimiento previo, al que –insisto- no puede acceder el consumidor.

Además de la mención que se hace en el último inciso del art. 178.2 LC, el art. 242.2.5º LC también regula la exoneración de deudas del empresario en caso de “concurso consecutivo”: “*En el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados*”.

A tenor de lo dispuesto en el art. 178.2 LC y 242.2.5º LC, el régimen de la exoneración del pasivo pendiente varía en función de *criterios subjetivos*. El consumidor, así como el empresario que no acuda al procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial, pueden exonerar el crédito público, pero deberán abonar el 75% del pasivo ordinario, el crédito privilegiado y los créditos contra la masa.

Por el contrario, el empresario persona natural que decida acudir al procedimiento extrajudicial por reunir tal condición y cumplir los requisitos señalados en el art. 231.3 LC, en el caso de que el acuerdo fracase, bien porque el deudor lo incumpla o incluso porque se impugne (art. 239 LC), se declarará el concurso consecutivo regulado en el art. 242 LC, en el que se abrirá directamente la fase de liquidación (art. 242.2 LE) y podrá ser solicitado por el mediador concursal, el deudor o por los acreedores (art. 242.1 LC).

El fracaso del acuerdo e incluso el incumplimiento *está premiado*, en la medida en que el deudor podrá beneficiarse de la exoneración de todo el pasivo ordinario siempre que satisfaga en su integridad los créditos contra la masa, el *crédito público* y los créditos privilegiados. No me atrevo a afirmar que su posición sea en todos los casos necesariamente mejor que la del consumidor, ya que el crédito público (especificado en la disposición adicional séptima) suele ser de importante entidad en caso de deudor empresario y éste no se ve exonerado, a diferencia de lo que acontece con el consumidor insolvente o con el empresario que no intenta el acuerdo extrajudicial. Lo que sí es cierto, es que las exigencias de abono del *pasivo ordinario* son más favorables en caso de deudor empresario que intenta el acuerdo que en caso de deudor consumidor y, a mi juicio, esta discriminación de régimen jurídico no está justificada.

Declarado el concurso consecutivo, la única solución es la liquidación en tanto que queda impedida la posibilidad de un convenio, algo que me parece sumamente criticable. La nueva regulación, en contra de lo que aparentemente pudiera pensarse, *no favorece la salida convencional de la crisis*, pues pone límites de acceso a la consecución de un acuerdo extrajudicial a cuyo procedimiento no puede acudir cualquier deudor persona física, y, además, fracasado o incumplido éste y declarado el concurso posterior, se abre directamente la fase de liquidación. En realidad, parece que es la fase común del concurso la que se ha desjudicializado.

No me parecen razonables las restricciones que se imponen al acceso al procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos, señaladas

en el art. 231.3 LC¹³, las cuales, a mi juicio, son excesivamente exigentes. También me parece poco justificado que se impida alcanzar un acuerdo extrajudicial al deudor que ya hubiera concluido alguno dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud y, sin embargo, no haya límite temporal alguno para alcanzar una exoneración del pasivo pendiente, a diferencia de la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno que prohíben la exoneración cuando el deudor se benefició de otra en un periodo de tiempo anterior que suele ser de 8 años¹⁴.

Creo que el legislador no debería poner impedimentos a la consecución de un acuerdo extrajudicial y sí ser muy estricto desde el punto de vista del comportamiento del deudor a la hora de merecer la exoneración de deudas.

3. Deudas no exonerables. Crítica a la delimitación legal.

La LE ha optado por un sistema que permite la exoneración del pasivo pendiente solo para los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, dejando fuera la hipótesis, frecuente en la práctica, del *concurso por insuficiencia de masa*, y ello tanto cuando se trata de consumidor como cuando se trata de empresario. En este punto no hay diferencias. En ambos supuestos el deudor beneficiario de la exoneración debe tener patrimonio suficiente para satisfacer los créditos contra la masa. Queda fuera la hipótesis contemplada en el art. 176 bis LC de forma que el deudor en este supuesto, seguirá debiendo todo el pasivo pendiente pudiendo los acreedores reiniciar las ejecuciones singulares contra el deudor. Este deudor sigue condenado a la exclusión social tras la reforma.

Pero además de satisfacer los créditos contra la masa, el deudor debe tener recursos para abonar todo el pasivo privilegiado y, como regla general, el 25% del pasivo ordinario. Por lo tanto, solo puede exonerarse el 75% del pasivo ordinario y los subordinados. Si no se abona este pasivo señalado por la LC, no habrá exoneración y hay que entender, aunque ya no lo diga expresamente el art. 178.2 LC que, concluido el concurso, los acreedores podrán reclamar al deudor el importe de sus créditos por obra de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC).

Efectivamente, el legislador se ha olvidado mantener en el art. 178.2 LC, la mención que se hacía con carácter general antes de la reforma cuando,

¹³ En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA, J, *Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad*, Diario La Ley, Nº 8141, 4 Sep. 2013, p. 14 para quien las prohibiciones para acudir al procedimiento extrajudicial responden a una concepción decimonónica concibiendo los acuerdos extrajudiciales como si fueran institutos de «favor debitoris», y a su juicio conculcan el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Entiendo que más que conculcación del principio de autonomía de la voluntad, éste se limita legalmente tal y como autoriza el art. 1255 CC, si bien coincido con la autora en que se trata de una limitación injustificada.

¹⁴ Así lo establece la Ley italiana de 17 de diciembre de 2012 n. 221 que introduce la *esdebitazione* en el procedimiento para la *Composizione della crisi da sovraindebitamento*. Art. 142 *Legge Fallimentare* italiana, art. 237 *Código da insolvência* portugués, L 331-7.1 *Code de la consommation* francés. Para Estados Unidos, el límite temporal para acudir al *discharge* es de 8 años. Title 11, Chapter 7, Subchapter II § 727. A) 8). USCode.

concluido el concurso por liquidación de la masa activa o por insuficiencia de masa, se establecía que “*el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme*”. Obvio es que tras la reforma, éste debería ser el régimen para aquellos supuestos en que no opere la exoneración de deudas por no cumplirse los requisitos legales, pero al legislador se le ha olvidado añadirlo, algo que ya le recordó el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto LE¹⁵. Que por obra del principio general de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) tal ejecución será posible no me cabe duda, pero no creo que los créditos contenidos en la lista de acreedores se puedan equiparar a sentencia de condena firme con la nueva redacción que ha recibido el art. 178.2 LC

El umbral mínimo de pasivo satisfecho que se exige para obtener la exoneración o fresh start es extraordinariamente alto, lo que dejará fuera del ámbito de protección de la norma a muchos deudores que no tendrán activo suficiente para abonar todos los créditos contra la masa, privilegiados y 25% pasivo ordinario.

A mi juicio, un error grave de planteamiento es haber determinado los créditos no exonerables en función de su clasificación en el concurso. Los criterios de la clasificación de un crédito como subordinado o privilegiado se sustentan en razones que sirviendo para determinada finalidad, pueden no ser aptos para justificar una exoneración de deudas. *Fallos cometidos por el legislador en la calificación de un crédito se propagan al régimen de la exoneración*. Tal es lo que acontece con la configuración como subordinados de los créditos del concursado con personas especialmente relacionadas con él, a que se refiere 92.5º LC y que son enumeradas en el art. 93 LC (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos etc..). En España la condición de persona especialmente relacionada con el deudor provoca la subordinación de los créditos que ostente con el concursado, de manera automática, prescindiéndose de la naturaleza del crédito que tales personas ostenten contra el deudor.

Los créditos subordinados pueden ser objeto de exoneración por el mero hecho de ser subordinados y de ahí que se produzcan situaciones “dantescas”: así, por ejemplo, en España las *pensiones por alimentos debidas y no pagadas* antes de la declaración de concurso son créditos subordinados (aunque su impago en algunos supuestos pueda constituir un ilícito penal) y por tanto exonerables (salvo que tal ilícito penal se considere que es un delito relacionado con el concurso); la *indemnización de daños y perjuicios que el concursado debe a un tercero* es crédito privilegiado (art. 91.5º LC) y no será exonerable, pero si el concursado, por ejemplo, a quien causó daños es a su mujer o a su padre, el crédito es subordinado y por tanto, podrá ser remitido con base en el art. 178.2 LC, algo que no sucede en ningún país civilizado.

¹⁵ En este sentido, se señala en el informe del CGPJ que “en la redacción dada por el Anteproyecto desaparece cualquier referencia a los supuestos en que no sea procedente la remisión de las deudas insatisfechas tras la conclusión del concurso, ya que nada se dice, para esos casos, de la posibilidad de iniciar ejecuciones singulares ni sobre la equiparación de la inclusión en la lista definitiva de acreedores a una sentencia de condena firme. Tal omisión debería subsanarse, de cara a mantener la regulación vigente para aquellos casos en que no concurren los requisitos exigidos para exoneración de las deudas pendientes de pago” (p.17).

En la mayoría de los países que acogen el *fresh start*, se excluyen determinadas deudas de la exoneración¹⁶, singularmente las obligaciones indemnizatorias derivadas de la responsabilidad civil o las deudas de alimentos. En España, las multas penales tienen la consideración de crédito subordinado (art. 92.3 LC) y serían exonerables, y como ya advirtiera el CGPJ en su informe al Anteproyecto, “la remisión de la deuda que recoge el artículo 178.2 LC supondría la eliminación de la pena de multa, al margen de las causas de extinción de las penas que contempla el Código Penal que, por otra parte, es una ley orgánica¹⁷”. De ahí que la mayoría de los países eliminen expresamente de la exoneración las multas penales, cosa que aquí tampoco ha sucedido. *Determinar las deudas no exonerables en función de su clasificación en el concurso conduce a situaciones lamentables como las descritas.*

Por otro lado, la exoneración prevista en el art. 242.2.5º LC no distingue hipótesis, por lo que de su tenor literal cabría concluir que puede beneficiarse de la exoneración un deudor en los casos de incumplimiento imputable del acuerdo, dado que la excepción solo opera para el concurso culpable, pero no para el incumplimiento culpable del acuerdo. Este es un fallo clamoroso de la ley y que es contrario al fundamento de la condonación del pasivo pendiente que se basa en la buena fe del deudor merecedor de esta medida. En ningún caso puede concederse un *fresh start* a un deudor que lo que hace es incumplir premeditadamente el acuerdo. Urge una interpretación correctora de la norma que excluya el incumplimiento imputable del acuerdo como caso en el que opera la exoneración del pasivo pendiente, interpretación difícil de anudar si se tiene en cuenta que la buena fe del deudor no aparece como requisito de la liberación de deudas, aspecto del que me ocuparé más adelante.

4. Excepciones: Concurso fortuito y ausencia de condena penal.

El art. 178.2 LC supedita la exoneración de deudas al hecho de que el concurso se haya declarado fortuito y que el deudor no haya sido condenado penalmente por el delito contemplado en el art. 260 CP “o por cualquier otro singularmente relacionado con el concurso”. Por su parte, el art. 242.2.5ª LC referido al deudor empresario persona natural, solo exige que el concurso sea declarado fortuito, sin hacer referencia a condena penal lo que se justifica, como he señalado, en los requisitos que se exigen para formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial (art. 231.3 LE), estando excluidos “*quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores*”. Especificación de tipos penales mucho más detallada que la llevada a cabo en art. 178.2 LC.

La referencia a los tipos penales en el art. 178.2 LC no estaba presente en el Anteproyecto de Ley de Emprendedores (ALE) y fue introducida en el Proyecto

¹⁶ Vid la referencia a las deudas no exonerables que se realiza en el *Draft Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, Septiembre 2012. Banco Mundial. (KILBOR, J, GARRIDO, JM, BOOTH, CH, NIEMI, J, IAIN D. RAMSAY, C). <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>, p. 118.

¹⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, p. 21. www.poderjudicial.es

de ley finalmente aprobado, acogiéndose la sugerencia que respecto a esta cuestión hizo el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el ALE¹⁸, que señaló que en la medida en que según lo dispuesto en el art. 163.2 LC (al igual que el art. 260.4 CP), la calificación del concurso no vincula a los jueces penales, se pretende evitar cualquier resquicio que posibilite que aquél cuya culpabilidad haya sido reconocida en sede penal pueda, no obstante, beneficiarse de la exoneración de deudas tras la conclusión del concurso caso de que éste se haya configurado como fortuito.

Si bien es claro que la condena por el tipo contenido en el art. 260 CP excluirá la exoneración, la mención a cualquier otro tipo penal “singularmente relacionado con el concurso” a que alude el art. 178.2 LC, me parece criticable por la indefinición que genera. En principio, cabría pensar que se refiere a los tipos penales englobados en el Capítulo VII del Título XIII del Código Penal, dedicado a las “insolvencias punibles”. Sin embargo, creo que para que el deudor pueda ser exonerado no basta que no sea un delincuente “concurzal”, máxime cuando el legislador español no ha añadido otras causas de exclusión de la exoneración al margen del carácter fortuito del concurso y la ausencia de condenas penales. A mi juicio, todo deudor condenado por delitos contemplados en el Título XIII del Código Penal (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), debería tener vetado el acceso al *fresh start*. Es más, entiendo que atendiendo a un criterio de interpretación lógico y sistemático, cabría entender incluidos en la mención del art. 178.2 LC, los tipos penales a que se hace referencia en el art. 231.3 LC. Como he dicho, no es razonable que haya más obstáculos para lograr un acuerdo extrajudicial que una exoneración de deudas.

Cabría incluso plantear la posibilidad de incluir tipos penales relacionados con particulares deudas del concursado en el caso concreto¹⁹, como por ejemplo el impago de prestaciones económicas en favor del cónyuge e hijos del concursado (art. 227 CP). Con todo, no se pueden obviar las dificultades que plantea mantener una interpretación amplia de normas restrictivas de derechos, pero lo que no tiene sentido que el legislador sea excesivamente laxo en la valoración de la conducta del deudor, favoreciendo falsos positivos: que se conceda la exoneración a quien no lo merece, lo cual no ayuda nada a estimular el buen comportamiento crediticio.

Los supuestos de hecho de los tipos penales²⁰ de insolvencia punible no son totalmente coincidentes con los que permiten la calificación culpable del

¹⁸ http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_sobre_el_anteproyecto_de_la_Ley_de_apoyo_a_los_emprendedores_y_su_internacionalizacion

¹⁹ Esta es la interpretación que se mantiene en el documento que recoge las conclusiones de la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid celebrada el 11 de octubre de 2013. <http://www.otrosi.net/sites/default/files/CriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf>

²⁰ Hay que tener en cuenta que el Proyecto de reforma del Código Penal da una nueva redacción al art. 260 CP que se distancia de la normativa concursal en materia de concurso culpable. “1. Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto

concurso, hecho éste que posibilita que pueda haber condena penal y, no obstante, el concurso sea declarado fortuito algo que, a mi juicio, constituye una disfunción del sistema. Existe un déficit de regulación en las relaciones entre el proceso concursal y el penal, cuyas consecuencias negativas se van a hacer notar cuando algún efecto concursal se supedita a un pronunciamiento procedente de la jurisdicción penal, como es el caso de la exoneración de deudas.

Como he señalado, no hay prejudicialidad penal en el ámbito concursal, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 189 LC que señala que “*la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste*”, norma coherente con el art. 260.3 CP. Del régimen citado resulta que la acción penal puede incoarse antes de que concluya el proceso concursal y su eventual calificación.

En el caso de que se dé la hipótesis de calificación fortuita del concurso, el juez mercantil no podrá decretar la exoneración hasta que concluya el proceso penal, sin que pueda mantenerse la idea de que al exigirse “condena”, pueda darse el supuesto de procederse a la exoneración antes de que se pronuncie el juez penal. Esta interpretación desnaturaliza la esencia de la exoneración de deudas, institución que nace y se justifica como un beneficio para un deudor que ha presentado un buen comportamiento y no es un derecho que deba concederse en todo caso. Esta es una consecuencia lógica, coherente con la finalidad de la norma, máxime si se tiene en cuenta que el nuevo art. 178.2 LC no prevé supuestos de *revocación de la exoneración* por el hecho de que el deudor incurra en conductas inaceptables o por incumplimiento de deberes de colaboración, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos como, por ejemplo, Italia o Alemania²¹. La ausencia de pautas procesales en los supuestos en que se vincula simultáneamente un proceso concursal y uno penal por insolvencia punible provoca el problema denunciado cuando, como hace el nuevo art. 178.2 LC, se supedita un efecto concursal a la condena penal.

de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.

2. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con
posposición del resto.”

<http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/ConsejodeMinistros/nuevo-2013/news23sept-2013-ReformaPenal.pdf>

²¹ En este sentido, por ejemplo, el art. 14.5 terdecies de la Ley de 17 de diciembre de 2012, de *Composizione delle crisi da sovraindebitamento del consumatore* que introduce la exoneración del pasivo pendiente (*esdebitazione*), prevé causas de revocación de exoneración de deudas a instancia de los acreedores. Vid. También en Alemania los §296, 297, 298 y 300 *InsO* prevén supuestos de revocación de la exoneración cuando se incumple el plan de pagos previo a la misma y, particularmente, el §297 señala que “*el juzgado de la insolvencia denegará la exoneración de las deudas residuales a petición de un acreedor de la insolvencia cuando el deudor, en el periodo de tiempo que media entre la vista final y la clausura del procedimiento de insolvencia o durante la vigencia de la declaración de cesión, sea condenado mediante sentencia firme por un delito previsto en los §§ 283 a 283c del Código Penal*”.

A mi juicio, no todo el que no es un delincuente merece que le perdonen las deudas. Concurso fortuito y ausencia de condena penal no es sinónimo de buena fe a los efectos de ser el deudor merecedor de la exoneración de deudas. La buena fe en este terreno, no puede equivaler a ausencia de dolo o culpa grave (que es lo que se exige para el concurso culpable), pues hay una *zona gris*, un comportamiento imprudente que si bien no nos conduce al concurso culpable sí nos debe llevar a denegar la exoneración.

En España se permite la exoneración “directa” tras la liquidación del patrimonio del deudor, sin un adecuado control de su comportamiento, lo que convierte a nuestra regulación en un “coladero”, ya que deudores que pueden no merecerlo por haber actuado de manera irresponsable, podrán beneficiarse de esta medida. Muy diferente de la ley española, es la recientemente aprobada en Italia ley de sobreendeudamiento de los consumidores²² que regula la exoneración de deudas (*esdebitazione*) también para consumidores, excluyéndola “cuando el sobreendeudamiento del deudor es imputable a un recurso culposo al crédito y desproporcionado respecto de su capacidad patrimonial”, circunstancia que será valorada por el juez. El legislador español debería haber incluido una cláusula de cierre que permitiera al juez valorar en el caso concreto la actuación del deudor en aras a determinar si es o no merecedor de la exoneración. Ni siquiera se establece un requisito común en la mayoría de los países de nuestro entorno y es que haya transcurrido un determinado período de tiempo desde que se obtuvo una exoneración y que suele fijarse en 8 años (L 331-7—1 Código de consumo francés) o 10 años (art. 238 Código de Insolvencia portugués, § 290 InsO alemana). En cambio y, sorprendentemente, el art. 231.4 LC impide acudir al procedimiento extrajudicial al deudor que hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial en los tres años anteriores a la solicitud. *Como ya he señalado, se ponen más obstáculos al acuerdo que a la exoneración de deudas, lo que es ciertamente insólito.*

No ha sido ésta la opción escogida por el legislador en la LE para quien es equivalente la buena fe a ausencia de concurso culpable. No todo el que no debe ser sancionado debe ser merecedor de la exoneración del pasivo pendiente. Éste es, a mi juicio, un defecto grave de la ley.

5. La posición jurídica de fiadores y coobligados solidarios.

Resulta relevante plantear lo que acontece con los *fiadores, avalistas y coobligados solidarios del concursado*. Si éste se beneficia de una exoneración de deudas ¿podrá el acreedor dirigirse contra los sujetos que garantizaban el crédito precisamente en caso de insolvencia del deudor?

La lógica aconsejaría que sí. De hecho en la mayoría de los países de nuestro entorno así se establece expresamente: el acreedor no podrá reclamar la deuda pendiente al concursado, pero sí a los garantes. El legislador español no ha hecho referencia a este extremo al modificar el art. 178.2 LC. Sí se acordó de hacerlo cuando reguló el efecto de las quitas y esperas del convenio concursal (art. 135 LC) y también en el nuevo art. 240 LC cuando trata del efecto del acuerdo extrajudicial de pagos, permitiendo a los acreedores que puedan dirigirse contra los garantes a los que no les afectaban las quitas y esperas. Pero

²² Ley de 17 de diciembre de 2012 n. 221 que introduce un procedimiento para la *Composizione della crisi da sovraindebitamento*.

¿qué pasa con los fiadores y coobligados solidarios si hay una exoneración de deudas decretada judicialmente por imperativo legal?

Si no dice nada expresamente el legislador, según los principios generales contenidos en el Código Civil, extinguida la obligación del deudor principal cae la del fiador (art. 1847 CC) y lo mismo para la propagación de efectos de la quita de la totalidad de la deuda hecha a uno de los codeudores solidarios (art. 1143 CC). El acreedor no podrá reclamar su crédito exonerado al deudor principal ni a los garantes, y esto sí que es un auténtico despropósito que desnaturaliza las garantías personales y que puede tener un impacto extraordinariamente negativo en el mercado crediticio.

6. El *discharge* hipotecario y su contraste con la reforma concursal.

Aunque se pretende dar una segunda oportunidad a la persona física insolvente, lo cierto es que la nueva regulación no aporta novedades que traten de paliar el problema del *sobreendeudamiento hipotecario*. Sigue sin poderse paralizar la ejecución de la hipoteca que grava la vivienda habitual del deudor a diferencia de lo que sucede con bienes afectos a la actividad empresarial del deudor. No es exonerable la deuda hipotecaria (ni aquí ni en ningún país), en tanto que es deuda garantizada, pero ejecutada la hipoteca antes o durante el proceso concursal, si queda pasivo pendiente, será crédito ordinario y podrá exonerarse. A estos efectos, hay que tener en cuenta el art. 579.2 LEC²³ que establece otra exoneración para la deuda pendiente tras la ejecución de la hipoteca (si el deudor en 5 años paga el 65% de la deuda, se le exonerará el 35% y si en 10 años paga el 80% de la deuda, se le exonera el 20%), que nada tiene que ver

²³ Dispone el art. 579.2 LEC que *“sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades*

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior

con la recogida en el art. 178.2 LC. El art. 579.2 LEC no exige buena fe, ni incapacidad económica....., norma que será difícil de conciliar con la segunda oportunidad concursal, sobre todo cuando se inicie una ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual del deudor, mientras se tramita el concurso.

En suma, excepcionar el principio de responsabilidad patrimonial universal para la persona física insolvente provoca efectos en “todo el sistema” y por ello esta regulación se tenía que haber realizado con extraordinaria cautela y teniendo a la vista lo que acontece en otros países en los que esta medida está vigente desde hace mucho tiempo. El legislador español parece que afronta el problema de la insolvencia de la persona física (y hay que aplaudirlo), pero lo hace de manera inadecuada: *no habrá segunda oportunidad para el que realmente la necesita y la tendrán los deudores que no la merecen.*