

La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad. FERNÁNDEZ SEIJO, José María. 2^a edición, Bosch, Barcelona, 2015. 337 páginas. Monografía.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO
Juez

El autor es Magistrado especialista de lo Mercantil y actualmente está destinado, en comisión de servicios, en la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, a la que corresponde el conocimiento exclusivo de las apelaciones de los Juzgados de lo Mercantil. FERNÁNDEZ SEIJO es conocido por haber planteado la cuestión prejudicial que dio lugar a la trascendente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa) relativa a las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. Pese a que la segunda edición de la monografía es de octubre del año 2015, no ha sido reformada la ley concursal desde entonces.

La obra se divide en tres capítulos que examinan la secuencia que puede seguir un concurso de persona natural, con especialidades cuando esta no sea empresaria: el acuerdo extrajudicial de pagos, el concurso consecutivo y el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. En cada capítulo se sigue, a nuestro parecer, el mismo esquema: ámbito subjetivo o legitimación, efectos de la pendencia del procedimiento sobre los acreedores y sobre los créditos, la tramitación —distinguiendo entre si es o no empresaria la persona natural— y las consecuencias de la finalización.

Con carácter previo a los tres capítulos en que se divide la monografía, el autor explica en la *introducción* la diacronía legislativa que ha dado lugar a la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. El autor destaca que la finalidad de la reforma es que el deudor persona física pueda ver reducidas la totalidad o parte de sus deudas tras el proceso de venta de todo su patrimonio. En las personas jurídicas, a diferencia de las físicas, la extinción de las deudas no satisfechas tiene lugar —*ipso iure*— después de la fase de liquidación, por acarrear esta la extinción de la persona jurídica. Opina FERNÁNDEZ SEIJO que el sistema implantado es un tanto tortuoso porque exige, en primer lugar, un intento de acuerdo extrajudicial y, en caso de que este fracase, obliga al deudor a iniciar un procedimiento judicial para liquidar todo su patrimonio. Finalmente, critica que la reforma no incluya mecanismos procesales para la tutela de los consumidores.

El capítulo primero versa sobre el *acuerdo extrajudicial de pagos*, que se define como un trámite no judicial de mediación destinado a que el deudor pueda

alcanzar un acuerdo con una parte de sus acreedores, distintos a los públicos y a los que gocen de garantía real, mediante quitas, esperas y daciones en pago. La Ley 2/2015 permite a los notarios asumir la posición de mediador y puede solicitarse la mediación ante los notarios —si el deudor no es empresario— y ante los registradores mercantiles o las cámaras de comercio si el deudor es empresario.

Puede instar el acuerdo extrajudicial, regulado en el título X de la Ley Concursal, cualquier persona física o jurídica, siempre que su pasivo no supere los cinco millones de euros, y que acredite la concurrencia de una pluralidad de acreedores. Por el contrario, no pueden solicitarlo quienes hayan sido condenados por determinados delitos patrimoniales, quienes hubiesen alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos dentro de los últimos cinco años y mientras esté pendiente un acuerdo de refinanciación u otro concurso. El organismo o entidad receptora debe examinar los requisitos formales y la legitimación y, una vez comprobados, nombrará un mediador concursal.

El mediador concursal tiene que estar inscrito en el Registro de mediadores del Ministerio de Justicia y debe reunir las mismas condiciones subjetivas que un administrador concursal. Su función es —en opinión del autor— la de convocar, presidir y redactar el acta de la reunión que tendrá lugar con los acreedores dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo. Además, el mediador debe remitir a cada acreedor veinte días antes de la reunión, con consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo sobre los créditos pendientes de pago.

Como en cualquier concurso, la tramitación del acuerdo produce efectos tanto para el deudor como para los acreedores, pero los mismos tienen lugar —para evitar un uso fraudulento— desde la aceptación del cargo del mediador y no desde la solicitud o nombramiento. Advierte el autor que en el acuerdo extrajudicial el mediador no puede impugnar los actos de disposición y administración efectuados por el deudor durante la pendencia del procedimiento, a diferencia del régimen general del artículo 40.7 de la Ley Concursal. El efecto inmediato de la aceptación del mediador es, tras la comunicación del artículo 5 bis LC por el órgano receptor, la suspensión de las ejecuciones, si bien se prevén especialidades para las ejecuciones hipotecarias y para la vivienda habitual del deudor. Esta mediación, que no podrá superar los tres meses, también evita que los acreedores inicien o continúen ejecuciones judiciales o extrajudiciales o intenten mejorar su situación respecto del deudor común. Los acreedores públicos no quedan afectados ni vinculados por este acuerdo.

En el epígrafe relativo a la tramitación del expediente el autor analiza todos los pasos, ordenados cronológicamente, y no cabe duda de que será una guía útil para cualquier mediador concursal, notario o registrador mercantil. Se identifican las siguientes ocho fases: solicitud de nombramiento de mediador, aceptación por parte del mediador, comprobación de hechos por el mediador, convocatoria de la reunión, proposición del acuerdo, posicionamiento de los acreedores antes de la celebración de la reunión, desarrollo de la reunión y votación del acuerdo y, en último lugar, formalización del acuerdo.

Desde la solicitud hasta la formalización del acuerdo, distingue el Magistrado tanto las funciones de los profesionales implicados como la intervención del deudor y de los acreedores. Insiste en que el deudor puede instar la mediación después de los dos meses de la situación de insolvencia, sin perjuicio de la presunción de culpabilidad en la eventual calificación del concurso, y que el cómputo de los plazos será procesal. A la propuesta de acuerdo debe acompañarse un plan de pagos y un plan de viabilidad porque no basta —afirma el autor— con querer pagar las deudas sino que es necesario justificar cómo se van a pagar, cómo se

van a generar los recursos económicos que permitan convencer a los acreedores de la preferencia del acuerdo sobre la liquidación.

La última parte del capítulo del acuerdo extrajudicial está dedicado a las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, su formalización, sus efectos y las consecuencias del incumplimiento. Los acreedores con garantías reales que acepten someterse al acuerdo computarán para las mayorías necesarias.

En caso de que se alcance el acuerdo con los acreedores, que no podrá ser objeto de rescisión en otro concurso, deberá formalizarse siempre en escritura pública y se publicará un extracto en el Registro público concursal. El mediador supervisará el cumplimiento del acuerdo. Si no hay acuerdo, o este se incumple, el mediador concursal deberá instar inmediatamente el concurso consecutivo.

En el segundo capítulo se examina *el concurso consecutivo*, que es aquel que se tramita por los cauces del procedimiento concursal abreviado, y que tiene lugar a instancia del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por no haberse alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos, por su incumplimiento o su anulación. El concurso consecutivo es una especialidad del procedimiento abreviado y el artículo 242 LC enumera los documentos y fija los plazos que deben aplicarse al concurso de persona física.

La declaración del concurso consecutivo de persona natural que no sea empresaria corresponde a los juzgados de primera instancia en virtud del artículo 85.6 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, que entró en vigor el 1 de octubre de 2015. Por nuestra parte cabe valorar negativamente la modificación de la competencia objetiva, dado que la inexperiencia y dispersión de estos juzgados, la mayoría con funciones penales de instrucción, conllevará demoras y disparidad de criterio. Los juzgados de lo mercantil, si se ampliara su planta judicial, son los más adecuados para conocer de toda la materia concursal, con independencia de la naturaleza del deudor.

Se designará como administrador del concurso al mediador concursal, salvo si hubiese asumido dicha posición el notario, por no concurrir en él las condiciones subjetivas de los administradores concursales. En el propio auto de declaración podrá declararse la conclusión del concurso por insuficiencia del patrimonio para hacer frente a los créditos contra la masa y siempre que no sean viables las acciones de reintegración (art. 176 bis LC).

Como en el resto de la monografía, se distingue entre el concurso consecutivo del deudor empresario y del que no ostenta esta condición. En ambos casos, el concurso se inicia directamente con la liquidación —previa insinuación de los créditos— y, en consecuencia, debe acompañarse a la solicitud de concurso la propuesta de inventario. Como ya se ha dicho, el notario no podrá ser nombrado administrador y el informe que tendrá que remitir al juzgado se limitará a recoger los antecedentes, los documentos y las decisiones tomadas en el fallido acuerdo extrajudicial de pagos. Cuando el concurso concluya con la liquidación, el administrador concursal rendirá las cuentas y el deudor podrá solicitar el beneficio de exoneración de los pasivos no satisfechos.

El tercer y último capítulo trata la novedad principal de la reforma, *el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*. Sin duda esta es la verdadera finalidad de la reforma y los dos procedimientos anteriores van dirigidos a obtener esta exoneración, que constituye la auténtica segunda oportunidad para la persona natural, sobretodo para la que no sea empresaria. Pese a los términos en que aparece redactado el artículo 178 bis LC, el autor defiende que la exoneración puede solicitarla el deudor que no haya intentado previamente el acuerdo extra-

judicial, pero deberá satisfacer al menos el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios.

Analiza el Magistrado de forma minuciosa los requisitos de la buena fe que ha de reunir el deudor para conseguir la exoneración: que el concurso no haya sido declarado culpable; que el deudor no haya sido condenado por determinados delitos; que haya pagado los créditos contra la masa y los privilegiados o, en caso de no poder pagar estos, se someta a un plan de pagos.

Cuando en el auto que declara el concurso consecutivo, el juez acuerda la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa para pagar los créditos contra la masa —que FERNÁNDEZ SEIJO califica como «archivo exprés»— no se abre la pieza de calificación, pero el administrador concursal debe valorar cómo se hubiese calificado el concurso y cuáles hubiesen sido sus consecuencias.

Con la reforma de la Ley Concursal el legislador ha potenciado el uso de procesos de mediación entre deudor y acreedores. Si ha habido acuerdo extrajudicial de pagos se presume la buena fe del deudor y no tendrá que someterse a un plan de pagos en caso de no abonar el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios. Cuando el deudor se ha sometido al acuerdo extrajudicial, debe pagar el crédito contra la masa y el crédito privilegiado para optar al beneficio de la exoneración.

Destaca el autor que en los concursos de persona natural no empresaria lo normal es que el único o principal crédito con privilegio especial sea el de la garantía hipotecaria constituida sobre la vivienda habitual. Aunque no se aplique en el procedimiento concursal, podría haberse advertido en la obra la exoneración de deuda que prevé el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción dada por la Ley 1/2013, ya que el acreedor que goce de la garantía real podrá instar la ejecución separada durante la tramitación del acuerdo extrajudicial.

Respecto de la tramitación, el deudor podrá solicitar la concesión de la exoneración —tras finalizar la fase de liquidación— dentro de los quince días del plazo otorgado a los acreedores para la oposición de la rendición final de cuentas del administrador concursal. Presentada la solicitud, se dará traslado al administrador concursal y a los acreedores para que puedan oponerse en el plazo de cinco días. La oposición se tramita por los trámites del incidente concursal. Si no hay oposición el juez dictará auto —contra el que solo cabe recurso de reposición— concediendo la exoneración provisional por el plazo de cinco años.

La concesión provisional del beneficio produce como efecto la imposibilidad de que los acreedores —salvo los públicos— inicien cualquier acción de cobro contra el deudor, pero podrán dirigirla contra los obligados solidarios, fiadores o avalistas.

Por último, cabe la revocación de la exoneración en caso de que concurran algunas causas, entre las que cabe destacar el incumplimiento del plan de pagos o la mejora sustancial de la situación económica del deudor.

En la última parte de la obra se acompañan tres formularios para el deudor persona natural no empresaria: 1º) la solicitud de procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos; 2º) inventario de bienes y derechos para acompañar a la solicitud de procedimiento extrajudicial; y, 3º) solicitud de reconocimiento del beneficio de exoneración del pasivo concursal no satisfecho.

Podemos afirmar, por su calidad y exhaustividad, que la presente monografía constituye una guía práctica sobre los mecanismos de la exoneración de las deudas de la persona física, sea o no empresaria. En futuras ediciones casi seguro se incorporará la jurisprudencia recaída en la aplicación de la norma, y

cabrá valorar la experiencia sobre la atribución de la competencia objetiva a los juzgados de primera instancia. Por nuestra parte, atendida la complejidad de todo procedimiento de insolvencia, resultaría aconsejable que alguna institución pública acompañase al deudor —en el sentido de asesorar— tanto antes como después de los mecanismos encaminados a aligerar su insolvencia.

Daños punitivos: el «patito feo» de la responsabilidad civil. MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, Pablo. Editorial Fe de erratas, 67 páginas.

por

DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO

Registrador de la Propiedad

Con una imagen literaria sumamente clarificadora (la del patito feo del cuento de Andersen), Pablo MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, desentraña lo fundamental que se debe conocer sobre la categoría de los daños punitivos, vistos desde el Derecho español.

Se trata de una sencilla y breve monografía que puede aportar mucho a los estudiosos del Derecho de daños en particular, y del Derecho de obligaciones en general. En efecto, la categoría de los daños punitivos, que cumple la función de sancionar con multa privada cierta conducta dañosa, cumple la finalidad doble de resarcir y prevenir; cuando el Derecho de daños únicamente pretende resarcir. Viendo ese reverso inexistente en el Derecho español de daños, se comprende mejor su función meramente resarcitoria, comprendiendo bien las diferencias en nuestro sistema entre el Derecho sancionador (penal o administrativo), y el Derecho (civil) de daños.

Además (y he aquí en mi opinión el interés para un civilista no dedicado al Derecho de daños, pero si al de obligaciones en general), a través de la categoría de los daños punitivos se puede alcanzar una visión más clara de cómo actúan en nuestro sistema la culpa, la responsabilidad, el enriquecimiento sin causa, los contornos del daño moral o de la cláusula penal.

El trabajo, que en origen fue un trabajo fin de grado (TFG: ese maravilloso invento del plan Bolonia, del cual conviene empezar a destacar lo positivo), profundiza en un tema que escapa al contenido básico del Grado con una gran brillantez que hunde sus raíces en la calidad del autor y el desarrollo de la misma propiciado por la aportación de su Profesor de Derecho de daños (a la sazón director del trabajo y autor del prólogo), Mariano YZQUIERDO TOLSADA, uno de los grandes de la Responsabilidad civil en España.

El libro se distribuye en ocho apartados (introducción, seis capítulos, conclusiones y bibliografía). Tras analizar el concepto y la naturaleza jurídica de la figura (capítulo 2), sus antecedentes históricos (capítulo 3), entra en los aspectos fundamentales del tema, analizando las controversias doctrinales acerca de las funciones, casos en que procede la condena, la evolución jurisprudencial en USA sobre la cuantía de la multa por daños punitivos, y la posibilidad de imponerlos aun sin causar daño (capítulo 4).

Realizado el completo dibujo, profundiza el libro sobre el encaje de la figura en el Derecho español, para lo cual primero recorre (capítulo 5) las figuras próximas en el Derecho español (enriquecimiento sin causa, daño moral, cláusula