

1.7. Concursal Civil

El *fresh start* introducido en el Derecho español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

The fresh start introduced into the Spanish legal system by Law 14/2013 of 27 September, on support for entrepreneurs and their internationalization

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza la reforma introducida en la Ley concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, Ley que trae su origen del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. Este Auto ha sido seguido por otras resoluciones judiciales, que incluso aplican retroactivamente el mecanismo exoneratorio de deudas introducido por la citada ley en el artículo 178.2 LC. La juventud de esta norma impide que exista todavía una jurisprudencia consolidada que precise muchos extremos dudosos que se plantean en su interpretación. De ahí que se recurra al análisis de la más reciente doctrina producida en torno a la norma y particularmente del documento «Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales», haciendo un comentario crítico y razonado del mismo. El artículo analiza los presupuestos subjetivo, objetivos y formales para la aplicación del “*fresh start*” y las consecuencias que tiene la exoneración ex lege de deudas, haciendo también un comentario crítico de las escasas resoluciones judiciales que aplican retroactivamente el “*fresh start*”.

ABSTRACT: In this article, the author examines the reform of the Insolvency Law with the passage of Law 14/2013 of 27 September, on support for entrepreneurs and their internationalization, which originates from the Order of Commercial Court no. 3 of Barcelona, of 26 October 2010. This Order has been followed by other judicial rulings, which have even gone so far as to retroactively apply the mechanism for the write-off of debts introduced by this Law into artículo 178.2 of the Insolvency Law. The newness of this rule means that as yet there is no consolidated caselaw to clarify many of the uncertainties that arise with regard to its interpretation. As such, there follows an examination of the most recent learned opinion generated in connection with this rule, and in particular the document ‘Conclusions of the meeting of the commercial judges of Madrid concerning the criteria for the application of the reform introduced by the Law on Support for Entrepreneurs, with regard to insolvency matters’, with a critical and reasoned commentary on this document. The article examines the subjective, objective, and formal premises for the application of the fresh start and the consequences that the ex lege write-off of debts has, also providing a critical commentary on the small number of judicial decisions that have applied the fresh start retroactively.

PALABRAS CLAVE: Sobreendeudamiento. Consumidor. Emprendedor. *fresh start*

KEYWORDS: *Excess borrowing. Consumer. Entrepreneur. fresh start*

SUMARIO: I.— INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL *FRESH START* REGULADO EN EL ARTÍCULO 178.2 LC. 1. PRESUPUESTO SUBJETIVO. 2. PRESUPUESTOS OBJETIVOS. 3. PRESUPUESTOS FORMALES.—III. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL *FRESH START*.—IV. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL *FRESH START* POR LA JURISPRUDENCIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN¹

En fechas relativamente recientes (29 de septiembre de 2013), entró en vigor la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Dicha Ley introduce una serie de reformas en el ordenamiento jurídico español que afectan al ámbito concursal. Concretamente, la figura del *Emprendedor de Responsabilidad Limitada* (arts. 7 a 11 y 14), el *acuerdo preconcursal extrajudicial de pagos* (art. 21, que añade un Título X a la Ley Concursal, artículos 231 a 242, y una nueva Disposición adicional séptima, sobre el tratamiento de los créditos de derecho público en el acuerdo extrajudicial de pagos y una Disposición adicional octava sobre remuneración de los mediadores concursales y que también modifica los artículos 3.1, 5 bis. 1, 3 y 4, 15.3, 71.6.2.º, 178.2, y 198.1 de la LC) y *finalmente, en el artículo 178.2 LC modificado, la figura del fresh start o segunda oportunidad*. Esta figura estaba presente en otros ordenamientos jurídicos europeos y en el Derecho norteamericano y había sido acogida, de manera condicionada y por vía interpretativa, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010^{2, 3}.

Inicialmente el texto del artículo 178.2 y 3 (referente a los efectos de la conclusión del concurso) señalaba: «2. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. 3. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme⁴».

Posteriormente, con motivo de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dicho precepto quedó redactado del siguiente modo: «2. En los casos de conclusión del concurso por *liquidación o insuficiencia de masa activa*⁵, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. *Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme*. 3. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por *liquidación o por insuficiencia de la*

masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

Finalmente, tras la reforma operada por la Ley 14/2013, el artículo 178.2 señala: «2. 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 CP ⁶ o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concursado 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 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». Es con esta nueva redacción que se incorpora en el ordenamiento jurídico español la figura del *fresh start* o segunda oportunidad para el deudor persona natural concursado.

Es relevante para el estudio de esta materia el artículo 231 LC, introducido por la Ley 14/2013⁷, así como la regulación general relativa al acuerdo extrajudicial de pagos⁸.

II. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL *FRESH START* REGULADO EN EL ARTÍCULO 178.2 LC

1. PRESUPUESTO SUBJETIVO

La primera cuestión que se plantea es a qué deudores prevé la ley que se aplique la remisión de las deudas pendientes tras la liquidación concursal. La Ley 14/2013 habría introducido dos sistemas de *fresh start* diferentes, uno aplicable a todo deudor persona natural (sea consumidor o empresario), artículo 178.2 en su primera parte, y otro más amplio, artículo 178.2 *in fine* aplicable a los empresarios personas físicas (pero no a los consumidores). Esto sería así porque *para la aplicación del fresh start amplio, sería preciso que el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, y la celebración de este estaría reservada a las personas indicadas en el artículo 231.1 párrafos primero y segundo, siendo excluido el consumidor*^{9, 10}.

Sentado lo anterior hay que determinar qué se entiende por intentar sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos. Los jueces de lo mercantil de Madrid, por unanimidad, consideran que se trata de expediente que termina sin acuerdo, o cuyo acuerdo es impugnado. No sería el caso, si el Notario o el Registrador Mercantil hubieran rechazado de plano la solicitud (art. 232.3 LC)¹¹ o bien el deudor hubiera incumplido el acuerdo logrado, salvo, en este último caso, cuando se acreditase que tal incumplimiento no es imputable al deudor¹². Por otro lado, consideran que la remisión de deudas del artículo 178.2 LC opera exclusivamente para personas naturales, por lo que, si bien es cierto que personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las condiciones del artículo 231.2 LC, salvo que se trate de entidades aseguradoras y reaseguradoras (art. 231.5.3.º LC), pueden solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos, caso de abrirse para ellas concurso consecutivo y concluir por liquidación, se regirán por el artículo 178.3 LC. Ahora bien, si el deudor persona física fuese empresario y no intentase el

acuerdo extrajudicial de pagos, se le aplicaría el *fresh start* restringido del artículo 178.2, primera parte.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 242 LC, como el concurso que concluye tras liquidación, en el caso de haber intentado el deudor sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, es un concurso consecutivo (art. 242.1 LC), *se exceptúa de la liberación de deudas, a las deudas de Derecho público que no hayan quedado satisfechas mediante el pago de los créditos concursales privilegiados*¹³. Rigiendo, pues, respecto de tales deudas el artículo 1911 CC. Parecería que el legislador ha dado un tratamiento jurídico distinto a las deudas de Derecho público, «dependiendo de que se aplique *el régimen de exoneración de deudas no precedido de un acuerdo extrajudicial de pagos*, en cuyo caso dichas deudas (si derivan de créditos ordinarios o subordinados) quedan remitidas o extinguidas (ex art. 178.2 LC [primera parte]), o *el de la exoneración de deudas en el seno de un concurso consecutivo precedido de un intento de lograr un acuerdo extrajudicial de pagos*, en cuyo caso esta clase de deudas quedan al margen de la exoneración (ex art. 242 y Disp. Adic. 7.^a LC)» (cva. ntra.)¹⁴. La misma opinión sustentan por unanimidad los Jueces de lo Mercantil de Madrid¹⁵. Sin embargo, esta posición es discutible. En la medida en que el “*fresh start*” *excepciona el artículo 1911 CC, y en la medida en que la Ley 14/2013 da un tratamiento especial a los créditos de Derecho Público, una interpretación finalista de aquella norma y restrictiva del artículo 178.2 primera parte, parece imponerse, de manera que la excepción a la excepción (los créditos de Derecho público no son remitidos) se imponga también a todo deudor persona natural, y no solo al deudor empresario, pues no tendría sentido considerar que el ciudadano no empresario es de mejor condición frente al fisco que el empresario. Si los créditos de Derecho Público merecen particular protección lo son por su naturaleza objetiva y no por la condición subjetiva del deudor que debe abonarlos*¹⁶.

2. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

La Ley exige para la aplicación de ambos *fresh start* que el concurso concluya por liquidación, no haya sido declarado culpable, ni el deudor haya sido condenado por el delito tipificado en el artículo 260 CP o por otro singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido pagados todos los créditos contra la masa (art. 84 LC), todos los créditos privilegiados (arts. 90 y 91 LC) y el 25% de los créditos concursales ordinarios, exigencia esta que no se aplica en el caso del *fresh start* amplio, que se conceptúa precisamente así, por suponer la remisión de *todos* los créditos ordinarios y subordinados.

El primero de los presupuestos objetivos excluye la remisión de deudas en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176.1.3.º y 176 bis LC).

Una segunda cuestión que plantean estos requisitos es la de determinar si en el caso de créditos privilegiados especiales, la ley exige abonar la totalidad del crédito al que la ley anuda el privilegio especial (p.e., el total crédito garantizado con la hipoteca) o solo la parte de crédito que puede satisfacerse con el valor de realización del bien dado en garantía. Los Jueces de lo Mercantil de Madrid consideran que «de acuerdo con las normas generales concursales para el pago de dichos créditos, artículo 157.2 LC, el resto del crédito no cubierto por el valor del bien pasa a recibir el tratamiento de crédito ordinario. Por tanto, para gozar de la exoneración, bastará con la satisfacción del crédito hasta la cuantía cubierta

por el bien sobre el que recae dicha garantía. El resto del crédito, ya como ordinario, será tratado como dispone el artículo 178.2 LC, en orden a determinar si se debe aplicar la exoneración de pasivo o no¹⁷.

Otra cuestión se referiría a la interpretación de la expresión «delitos singularmente relacionados con el concurso». Aquí surge la duda de si el legislador se refiere a delitos cuyo bien jurídico protegido esté relacionado de algún modo con los concursos de acreedores, según su tipificación legal, o a delitos especialmente relacionados con el concurso concreto que se tramita. La mayoría de los Jueces Mercantiles de Madrid opta por esta segunda alternativa, pero indican que no será preciso que el delito esté tipificado dentro de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, sino que bastaría que por su contenido antijurídico quedase relacionado con la concreta insolvencia tramitada en el concurso (v.gr. delitos contra las relaciones familiares, por impago de pensiones y alimentos)¹⁸. Desde mi punto de vista, cualquier delito, específicamente relacionado con el concurso de que se trata, o relacionado de algún modo con los concursos de acreedores, según su tipificación legal, impediría la aplicación de este beneficio, que se cifra como un privilegio que el legislador concede a ciudadanos, particularmente honrados en la llevanza de su vida patrimonial, pero infortunados. De manera que si en el momento de decidirse sobre la exoneración del pasivo se estuviera incluso instruyendo o juzgando al deudor concursado por uno de esos delitos, debería otorgarse una exoneración *condicionada* al archivo de la causa penal, o a la sentencia absolutoria, en la medida en que la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de este, *ni por lo tanto, suspendería su conclusión hasta el pronunciamiento de la sentencia penal* (art. 189.1 LC).

Finalmente, en lo relativo a que el concurso no haya sido declarado culpable sino fortuito, se ha señalado que «llama la atención la solución acogida por el legislador español por sus diferencias con la que proporciona el Derecho comparado en la materia. Y es que la exigencia de que el concurso no haya sido declarado culpable sino fortuito no puede equipararse al denominado *test de discharge* presente en otros ordenamientos, *por cuanto que la calificación fortuita del concurso no equivale a la concurrencia de buena fe en el deudor*. En rigor, en la sección de calificación lo que se analiza es únicamente en qué medida el deudor ha contribuido con dolo o culpa grave a la generación o el agravamiento de la insolvencia. Pero una cosa es esto y otra bien distinta acreditar que el concursado ha procedido de buena fe ante la aparición en su vida de circunstancias extraordinarias (paro, enfermedad, etc.) que justifiquen mitigar el alcance y la intensidad del principio de responsabilidad patrimonial universal. Además la solución española se distancia también de otras como la alemana, que establecen controles *a posteriori*, a través de la fijación de un período de prueba a lo largo del cual el deudor habrá de demostrar que su comportamiento es en todo momento honesto y conforme con la buena fe» (cva. ntra.)¹⁹. Entre otros requisitos, para calificar el concurso como fortuito se encuentra, según el artículo 165 LC, la presentación en plazo del concurso.

3. PRESUPUESTOS FORMALES

Verificado el cumplimiento de los presupuestos subjetivos y objetivos, la LC permite que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa le remita (o imponga

forzosamente a los acreedores la condonación) del 75 % (*fresh start* restringido) o del 100 % (*fresh start* amplio) del pasivo ordinario y la totalidad del pasivo subordinado. Ello tiene el efecto de que si en el futuro el concursado llega a adquirir nuevos bienes (bienes futuros) estos no se destinarán al pago de tales créditos (como exigiría el art. 1911 CC), pues han sido extinguidos, sino que se emplearán en celebrar contratos de consumo o en el inicio de una nueva actividad empresarial²⁰. Con esta regulación el deudor que actúe conforme a las previsiones de la legislación vigente podrá seguir operando en el tráfico jurídico sin que se produzcan así situaciones de economía sumergida o el recurso a testaferros para el desarrollo de una actividad (opaca a los acreedores)²¹.

En este punto es importante determinar quién, y a través de qué cauces debe verificar el cumplimiento de los presupuestos subjetivos y objetivos. Los Jueces de lo Mercantil de Madrid han señalado que «no se ha previsto de forma especial en la reforma. Se ha de entender que como la exoneración es un efecto de la conclusión del concurso, el informe de la administración concursal donde esta inste la conclusión del mismo, deberá razonar y exponer lo pertinente sobre la exoneración de pasivo, y contener una propuesta de pronunciamiento al respecto. En cuanto al requisito de la condena penal, no rehabilitada, el Juzgado de oficio incorporará al concurso el certificado de antecedentes penales. De la petición de la administración concursal, tanto de la conclusión del concurso como de si debe o no proceder la exoneración de pasivo, se dará a los personados el traslado previsto en el artículo 152.3 LC, que podrán oponerse a ello, con la subsiguiente tramitación de incidente concursal, donde en su caso, se discutirá conjuntamente las cuestiones relativas a la conclusión del concurso y a la exoneración de pasivo. En cuanto a la exoneración podrán oponerse los acreedores a su aplicación, o el propio deudor a su no aplicación, con las justificaciones precisas sobre la ausencia o presencia de los requisitos previstos en la norma»²².

III. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL *FRESH START*

La aplicación del *fresh start* conlleva la exoneración del pago de una serie de créditos (los ordinarios en su totalidad o en un 75 % y los subordinados). La profesora CUENA CASAS considera «un grave error de planteamiento... 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...*». «En la mayoría de los países que acogen el *fresh start*, se excluyen determinadas deudas de la exoneración, 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. 92.4.º 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 orgánica [Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, pág. 21²³ www.poderjudicial.es]²⁴». De ahí que la mayoría de los países eliminan 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*»²⁵.

Concedido el *fresh start* o remisión del pasivo insatisfecho tras la liquidación, en los términos del artículo 178.2.º LC, los acreedores han de soportar esta condonación *ex lege* o forzosa, en la que no se cuenta con su voluntad (a diferencia de lo que ocurre en el acuerdo extrajudicial de pagos o en el convenio que se alcanza en el seno del concurso de acreedores), de modo que vienen a padecer una suerte de expropiación de su crédito sin compensación alguna, lo que presenta numerosos inconvenientes de los que ya advertimos en JIMÉNEZ PARÍS, 2013, (1), al socializar las deudas, pues en definitiva la insolvencia del deudor se hace repercutir sobre el conjunto de la sociedad, en especial, otras personas físicas y pequeñas y medianas empresas (pues la gran empresa, financiera o de otra clase, repercutirá sus pérdidas fácilmente en su comercialización de bienes y servicios). Como la remisión o condonación forzosa extingue los créditos a que afecte, no podrán ejercitarse tras el archivo del concurso, acciones individuales derivadas de tales créditos extinguidos. Por otro lado, aun cuando tuviere lugar una declaración de concurso de deudor persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por liquidación y con otorgamiento de *fresh start*, el nuevo concurso no tendrá la consideración de reapertura del anterior (pues este se cerró definitivamente) y se referirá exclusivamente a nuevos acreedores y bienes adquiridos tras la conclusión del concurso anterior, a salvo la aparición de bienes que *en fecha anterior a la conclusión del primer concurso, debieron formar parte de aquel, por pertenecer en tal fecha al deudor y deber haber formado parte de su masa activa*. Así por ejemplo, si se tiene noticia de una herencia deferida a favor del concursado en fecha anterior a la conclusión del primer concurso. En este sentido, los magistrados de lo Mercantil de Madrid han indicado que «tales bienes eran del patrimonio del deudor al momento de la conclusión del concurso, y debieron estar integrados formalmente en el concurso. Por ello, ha de procederse a la reapertura del mismo para su realización. Al reabrir el concurso, para la liquidación de esos bienes, y respecto de ellos, los acreedores afectados por la exoneración deben encontrarse en la situación patrimonial de la que gozaban antes de la conclusión, por lo que a dicho reparto del bien realizado concurrirán como si no hubiera existido exoneración. Una vez terminado ello, volverá a operar entonces la exoneración». Pero aun así, aunque haya reapertura del concurso, parece que no podrá procederse en cuanto a la lista de acreedores a indicar la cuantía actual de los créditos insatisfechos y demás modificaciones acaecidas en cuanto a los mismos, como señala el artículo 180 LC, pues tales créditos se extinguieron por resolución de fecha anterior que puso fin al primer concurso, y solo «reviven» *tal y como se encontraban en dicha fecha, a efectos de hacerse valer sobre bienes que en su día formaban formalmente parte de la masa activa, aunque no materialmente*. La reapertura del concurso, pues, tras una concesión de *fresh start*, solo es una reapertura limitada a los meros efectos expresados. Los titulares de los créditos extinguidos por la exoneración ya no tienen legitimación, sobre la base de dichos créditos, para instar una declaración de nuevo concurso del deudor (art. 3 en relación con el art. 179 LC), a salvo la reapertura de efectos limitados explicada.

Un importante problema a dilucidar es el tratamiento de los fiadores y avalistas en caso de concesión de *fresh start* al deudor principal, lo que puede plantear importantes problemas de justicia material²⁶. En el documento «Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales (11 de octubre de 2013)», se aborda esta cuestión, una de las más discutidas, mostrando dos posturas. Según una primera postura, «al tratarse la exoneración

de un efecto *ex lege*, imperativo, cuando concurren los requisitos para su aplicación, no de una concesión o pacto voluntario, ni aun extensivo (*v.gr.*, el convenio, lo que justifica ese diferente trato) entre acreedor y deudor, y cuyo efecto es la extinción del débito, la obligación del fiador u obligados solidarios aparece remitida en el mismo sentido. Además esta conclusión deriva de (i). la esencial naturaleza accesoria de la fianza respecto del crédito garantizado, (ii). no hay modificación convencional del débito, como ocurre en el artículo 135 LC²⁷, sino un efecto *ex lege* que dispone la remisión misma de las deudas; (iii). la disposición del artículo 1853 CC señala que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que sean inherentes a la deuda, es decir, las que con carácter objetivo afecten al débito, y este resulta remitido por imperativo legal, (iv). el artículo 1847 CC dispone que la fianza se extingue al mismo tiempo que el débito del deudor fiado y por las mismas causas que las demás obligaciones, entre ellas, lógicamente la previsión legal del artículo 178.2 LC; (v). siempre es una opción de política legislativa introducir una salvedad a la exoneración respecto a los fiadores, como hace el Derecho comparado, pero si el legislador no realiza dicha opción, jurídicamente no queda otra posibilidad que aplicar las reglas generales del Derecho, que conducen a la solución apuntada». En contra de lo anterior, la segunda postura analizada por los Jueces de lo mercantil señala que «no parece que aquí sea de aplicación la teoría general de las obligaciones, sino que lo más parecido sería el caso del artículo 135 LC en cuanto al mantenimiento de las acciones para el acreedor que no vota el convenio respecto de fiadores o avalistas. La finalidad de la exoneración de deudas no es extinguir la obligación sino liberar a un deudor concreto en atención a sus especiales circunstancias para recuperarlo para la vida económica, pero si hay otra persona que puede o debe cumplir la obligación el acreedor podrá dirigirse contra él, esto mismo se prevé para los acuerdos extrajudiciales (art. 240 LC)²⁸ y es la regla general del derecho comparado. Otra cosa es que en vía de regreso sí que pueda oponer el deudor concursado la remisión de la deuda ya que la norma no quiere hacer de mejor condición al fiador que al acreedor principal».

En vista de los argumentos esgrimidos por una y otra posición, me decanto por la primera. El supuesto de exoneración del pasivo insatisfecho no es comparable a las quitas concedidas en convenio concursal o en el acuerdo extrajudicial de pagos, en la medida en que si bien en tales casos quedan vigentes las acciones contra fiadores y obligados solidarios, estos sujetos, *en caso de pago al acreedor, cuentan con una vía de regreso, en el caso del fiador, o unas relaciones internas entre obligados solidarios, en la medida en que «el contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos», pero no vincula a fiadores y obligados solidarios*. Por lo tanto, siempre el fiador o el obligado solidario tendrá la posibilidad de ejercitar acciones personales (fuera del concurso) frente al deudor principal que cumplió con el convenio o (dentro del propio concurso) incluso si no cumplió²⁹. Pero en el caso de la remisión de deudas, la vía de regreso estaría cerrada para el fiador, de modo que la deuda habría sido pagada en realidad por un tercero, lo que es ajeno a la esencia de la fianza y a la naturaleza del vínculo obligatorio. Podría pensarse que si la fianza es solidaria, de acuerdo con la jurisprudencia, como apuntan los magistrados de lo Mercantil de Madrid, se equipara *de facto* a la constitución de un vínculo de solidaridad obligacional, por lo que la exoneración de uno de los deudores no debería favorecer a los demás obligados solidarios. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1143 CC «la novación, compensación, confusión o *remisión*

de la deuda hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1146 CC. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación». Queda claro, pues, que en el régimen jurídico de las obligaciones solidarias la remisión de la deuda hecha a cualquier codeudor solidario extingue la obligación (para todos los deudores solidarios), lo que también es predicable en el caso de la remisión *ex lege*, que surge así como nueva forma de extinción de las obligaciones. No se trata de que otra persona pueda cumplir la obligación, sino de que la identidad en el pago exigiría también que este en definitiva recayera exclusivamente sobre el sujeto pasivo del vínculo obligacional. En efecto, si bien el artículo 1158 del CC señala que «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor», señala a continuación que «el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago». De este precepto legal, se deduciría, pues, que aunque sea posible el pago de la obligación principal por persona distinta del sujeto pasivo, sí que económicamente tal pago debe terminar recayendo en el deudor, salvo caso de que se hubiese pagado en contra de su voluntad (por ejemplo, porque él podía oponer al acreedor la excepción de compensación y en tal sentido no le interesaba que un tercero realizase el pago). Aun así, si en algo fue útil el pago al deudor, ello puede ser repetido por el tercero frente a él (por ejemplo, la parte de crédito no compensable, siguiendo con el ejemplo anterior). Otra manifestación de que el principio de identidad del pago se extendería también al sujeto sobre el que este debe repercutir, se desprendería del artículo 1161 CC, según el cual, «en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

Por otro lado, si en caso de existir una hipoteca constituida por un tercero sobre sus bienes propios a favor de una deuda ajena, exonerada por aplicación del artículo 178.2 LC, la remisión legal del débito ajeno implicaría la desaparición de la garantía prestada al desaparecer la obligación principal, careciendo ya la garantía real de justificación, la misma solución debería aplicarse en el caso de la fianza y en el caso de la deuda solidaria (pues tanto la fianza como el vínculo solidario constituyen, en definitiva, una *garantía* adicional para el acreedor que ve vinculados dos o más patrimonios personales a la satisfacción íntegra del débito).

Si al deudor no se le hubiera concedido la exoneración del pasivo, por no concurrir los presupuestos para ello, la cuestión que se plantea es si cabrán acciones individuales de los acreedores, en el supuesto de adquisición futura de bienes, pues el artículo 178.2 LC ya no habla de que «en los casos de conclusión del concurso por *liquidación o insuficiencia de masa activa*, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme» (redacción dada por la Ley 38/2011). A estos efectos, los Jueces mercantiles de Madrid, por mayoría, consideran que la finalidad de la reforma no es impedir el ejercicio de las acciones individuales por la mera circunstancia de decaer aquellas referencias en el texto de la nueva norma. «Por lo tanto, venido el deudor a mejor fortuna, conforme a las reglas generales de Derecho (art. 1911 CC, art. 60

LC), se debe entender posible que por los acreedores insatisfechos puedan en el futuro ejercitarse acciones individuales contra el deudor». Ahora bien, si se tratase de constancia de bienes ya pertenecientes al deudor durante el concurso, pero no conocidos ni incluidos en la masa activa de dicho concurso, procederá la reapertura de dicho concurso, y no el ejercicio de acciones individuales³⁰.

Otro problema que puede plantearse, y que han apuntado los Jueces de lo Mercantil de Madrid, es que pueda optarse por la conclusión anticipada del concurso por falta de masa activa (art. 176 bis LC), pero durante la realización de los bienes, se obtuviese inesperadamente un mayor producto de su enajenación, que permitiese alcanzar la cobertura de pasivo exigida en el artículo 178.2 LC para la exoneración. «En tales casos, aun no tratándose de la vía de conclusión al término de la liquidación, artículo 152 LC, a la que se refiere el artículo 178.2 LC, sino del cauce del artículo 176 bis, también sería aplicable esta institución de exoneración de pasivo insatisfecho, siempre que se den los requisitos materiales del artículo 178.2 LC para obtenerla»³¹. La cuestión es si en este caso, debe abrirse previamente la sección de calificación, dado que el artículo 178.2 LC indica que la exoneración procederá *«siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable»*. No bastaría, pues, como señala el artículo 176 bis.3, que una vez distribuida la masa activa, la administración concursal presentase al juez del concurso un informe justificativo que afirmase y razonase inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable. La exoneración de deudas, parece que exigiría mayores garantías, en cuanto a la comprobación de la conducta del deudor, a diferencia de una mera conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, que deja en vigor todos los créditos insatisfechos y las acciones derivadas de los mismos.

Aplicada una exoneración de deudas tras la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, de acuerdo con el artículo 179.3 LC podría ocurrir que en el año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión de concurso, los acreedores solicitasen la reapertura del concurso con la finalidad de ejercitar acciones de reintegración, o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación del concurso como culpable. Según los magistrados de lo Mercantil de Madrid, «el caso de la reintegración se equipararía al ya antes señalado de aparición de nuevos bienes, a cuya liquidación concurrirían los acreedores que sufrieron la exoneración como si la misma no hubiera tenido lugar, *ya que eran bienes que de Derecho deberían haberse integrado en la masa activa antes de acordar la exoneración del pasivo restante*. Tras esa liquidación de esos bienes ganados por reintegración, se aplicaría de nuevo la exoneración del pasivo finalmente insatisfecho». En cuanto al segundo supuesto (aportación de hechos relevantes que pudieran conducir a una calificación de concurso culpable), parte de la consideración de que no habrá sido necesario abrir la sección de calificación para aplicar la exoneración de deudas en el caso del artículo 176 bis, cuestión de la que discrepamos. Por ello indican que «de obtenerse una declaración de concurso culpable, *fundada en hechos que debieron tenerse en cuenta antes de la conclusión de aquel concurso, pero que han sido ahora revelados por los acreedores, determinaría que el deudor no debió nunca favorecerse de la exoneración. En tal supuesto, la exoneración se dejará definitivamente sin efecto, y los créditos sometidos a ella quedarán rehabilitados*».

IV. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL *FRESH START* POR LA JURISPRUDENCIA

El Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, en sentencia de 22 de enero de 2014, acuerda la conclusión del concurso de dos personas físicas con

liberación de todo el pasivo pendiente tras la liquidación. La administración concursal puso de manifiesto las operaciones llevadas a cabo en la liquidación, mediante las cuales se había adjudicado a los acreedores privilegiados las fincas propiedad de los concursados por mitades indivisas resultando satisfechos los créditos contra la masa y prácticamente el 50 % de los créditos privilegiados (aplicando el importe de la adjudicación). Igualmente puso de manifiesto que no existían acciones de reintegración viables y que habían sido archivadas las respectivas piezas de calificación, por haber solicitado tanto la Administración concursal como el Ministerio Fiscal que los concursos fueran declarados fortuitos. Por todo ello, la Administración concursal solicitó que se declarase la extinción de los créditos que subsistiesen tras la liquidación. El Juzgado señala que, si bien la Disposición Transitoria de la Ley 14/2013 prevé que los concursos *declarados antes de la fecha de entrada en vigor [19 de octubre de 2013] —en cuanto a las normas establecidas en el Capítulo V del Título I— seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley, tal Ley serviría como interpretación de cuándo debe considerarse que el deudor ha hecho todo el esfuerzo económico posible para considerar canceladas sus deudas y evitar así una indefinida reapertura del concurso. A estos efectos el Juzgado cita el AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010 (cuya resolución, sin embargo, no comparte plenamente). Cfr.: JIMÉNEZ PARÍS, 2012). Igualmente, cita el AJM núm. 10 de Barcelona de 13 de febrero de 2013, según el cual:*

«Adicionalmente y como ha quedado indicado, nos encontramos, en definitiva, ante una situación que la doctrina viene a llamar de «sobreendeudamiento pasivo», en la cual el consumidor actúa responsablemente, pero se ve desbordado por contingencias inesperadas e imprevisibles, habiendo actuado siempre con buena fe, por lo que el Ordenamiento Jurídico no puede penalizar, a los que han solicitado su amparo a través, en este caso, del mecanismo del concurso de acreedores.

Dicha protección es un imperativo constitucional, ya que el artículo 51 de la Carta Magna impone a los poderes públicos el mandato de garantizar la defensa de los consumidores, protegiendo sus intereses económicos mediante procedimientos eficaces.

Además, es sabido que en el Derecho Comparado más avanzado se regulan mecanismos de exención del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso. Es paradigmático, en este sentido, el modelo norteamericano que, a pesar de las correcciones, sigue concediendo el *discharge* al consumidor de buena fe que cumple determinados requisitos, a fin de darle una *second chance* o *fresh start*. El derecho francés abordó la cuestión hace muchas décadas, haciendo hincapié en mecanismos preventivos de sobreendeudamiento. El Derecho alemán y el Derecho portugués también regulan la liberación de deudas, exigiendo al consumidor, además del cumplimiento de requisitos previos, que se tengan en cuenta otros posteriores, para evitar los llamados planes cero o comportamientos irresponsables con efecto llamada. El Derecho italiano, finalmente, también se ha incorporado recientemente a esta tendencia.

Debemos citar también la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de UNCITRAL [Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional] de 25 de junio de 2004, que recomienda incorporar a las distintas legislaciones concursales el mecanismo de la *discharge* anglosajona, a fin de “incentivar las solicitudes de procedimientos concursales, al menos voluntarios, y favorecer la recuperación patrimonial del deudor una vez concluido el procedimiento” (capítulo VI A Exoneración).

Dicha necesidad de protección del consumidor ha encontrado también eco en la mejor doctrina española, la cual solicita incorporar al Derecho concursal español mecanismos de liberación de deudas...

Si bien la actual Ley Concursal no prevé explícitamente mecanismos de exoneración del pasivo, dejando formalmente inalterado el principio de responsabilidad universal por deudas del artículo 1911 CC, de acuerdo con el artículo 178.2 LC, es evidente que es necesario dar “un paso más” en este aspecto.

Así, el hecho de que la LC no habilite mecanismos de liberación de deudas para los consumidores no implica que los prohíba tajantemente, si partimos de una interpretación flexible de la misma. *Entiendo que dichos mecanismos son posibles, caso por caso, a la vista de las amplias facultades que la Ley concede al juez del concurso*».

Partiendo de estas premisas, «teniendo en cuenta la vocación del concurso de persona física y el intento en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, de prever una salida a la persona física que haya presentado el concurso y realizado todo el sacrificio patrimonial posible, *en atención a las resoluciones dictadas en otros Juzgados de esta ciudad en supuestos de persona física*» el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, en la resolución que comentamos, pasa a examinar si se encuentra ante un supuesto que merezca una remisión total o parcial de las deudas pendientes.

En el presente caso se han satisfecho 383.251 euros de crédito con privilegio especial y la suma de 70.546,06 euros en concepto de créditos contra la masa. Según consta en autos D. Victoriano tiene un salario variable de 1500 a 1600 euros y D^a Eugenia un subsidio de 416,98 euros, de los que 1.200 euros se han destinado a alimentos lo que determina que cada uno de ellos, una vez concluidas las operaciones de liquidación, no dispongan de otros activos realizables. La Administración concursal ha cumplido con los requisitos del artículo 176.4 LC en cuanto a la información al juzgado respecto de posibles acciones de reintegración —que descarta—, el concurso se calificó como fortuito, y dado traslado a los acreedores personados no consta oposición a la conclusión del concurso.

«Pues bien, habiéndose realizado por la unidad familiar todo el sacrificio patrimonial realizable, siendo el resultado de la liquidación económica el pago de los créditos contra la masa y casi la mitad de los créditos privilegiados, debemos matizar respecto a los créditos privilegiados que las entidades bancarias con crédito privilegiado no optaron por la dación en pago —ni consecuencia del convenio propuesto ni del plan de liquidación aprobado— y se adjudicaron cada una de las entidades que ostentaban dichos créditos —a través de sus correspondientes filiales inmobiliarias— en subasta por precio muy inferior [al] ... que constaba en el inventario de bienes así como por el que fueron tasadas en su día, a saber:»

Finca A, precio de adjudicación en subasta (140.130 euros), en inventario de bienes (326.000 euros), precio de tasación (415.334 euros); en garantía (332.030,88).

Finca B, precio de remate (243.121,01 €), en inventario de bienes (446.000 euros), precio de tasación (639.000 euros), en garantía (458.974,98 euros)».

«Hay que enfatizar que de haberse optado, por las entidades crediticias, por la dación en pago, se habría satisfecho el 100 % de los créditos privilegiados».

«Pues bien, en el presente supuesto; dado que el origen del sobreendeudamiento es ajeno a la voluntad de los concursados, habiendo sido su comportamiento conforme a la buena fe y a pesar de las dificultades económicas, en fase de liquidación, los concursados, han conseguido hacer pago de parte de su pasivo en la forma que hemos señalado lo que, por otro lado, ha comportado un sacrificio indudable —ha provocado que los concursados hayan perdido todo: su

vivienda habitual y el escaso patrimonio inmobiliario adicional que poseían—; no habiéndose opuesto los acreedores afectados por la medida solicitada y teniendo en cuenta las amplias facultades reconocidas al juez del concurso, así como el merecimiento objetivo que debe reconocerse a los concursados, *la conclusión del concurso debe conllevar la liberación del 100% de las deudas pendientes de pago tras la fase de liquidación*». Esta resolución supone la aplicación del fresh start a supuestos no previstos por el régimen transitorio de la Ley 14/2013, pero sobre la base de los siguientes tres argumentos. El primero, la de amplitud de facultades con que la LC inviste al Juez del Concurso; el segundo, sobre la base de que una dación en pago de los inmuebles (por su valor de tasación inicial o por el valor actual con el que se les incluyó en el inventario) hubiese permitido extinguir todo el crédito privilegiado, esto es, el total crédito garantizado con las hipotecas que recaían sobre los inmuebles (pareciendo que no existen otros créditos ordinarios pendientes). Además, se cuenta con la aceptación de los acreedores, conformes en que se conceda la condonación de deudas, que realmente en este caso es voluntaria, y no *ex lege* o judicial. La resolución judicial, fue, pues correcta, pues los acreedores hipotecarios hicieron renuncia expresa al uso del artículo 157.2 LC en el seno del concurso, y por lo tanto, al uso, una vez concluido el concurso, de las ejecuciones ordinarias individuales a las que se refiere el artículo 579 LEC.

Con distinta apoyatura jurídica se pronuncia el AJM núm. 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2014. Señala esta resolución, que de acuerdo con la Disposición Transitoria que regula el momento de aplicación de la reforma de la Ley 14/2013 (Capítulo V del Título I), el concurso del Sr. V, que se solicitó en 2009, no podría verse beneficiado por el nuevo régimen legal introducido en el artículo 178.2 LC. El deudor ha pagado el 37,70% del crédito ordinario, el crédito con privilegio general y los créditos contra la masa. No hay acreedores con privilegio especial. El único activo de que dispone el Sr. V es su sueldo de 2.171,15 euros al mes, pues el resto de su patrimonio embargable ha sido realizado. De ese sueldo, 1509,86 euros configurarían conforme a la LEC el patrimonio inembargable, por lo que serían necesarios por lo menos cinco años largos (se llevan ya tres de situación concursal) durante los cuales habría que prolongar la liquidación, para poder terminar de satisfacer el crédito pendiente ordinario, llegando prácticamente el deudor a la edad de la jubilación. Aparte de haberse superado con creces el plazo máximo de duración de la liquidación (un año con arreglo al artículo 153 de la LC), «tanto en la legislación penal como en la legislación laboral se ha permitido la aplicación, con carácter retroactivo, de aquellas disposiciones que resultan más favorables para la parte más débil en los procedimientos judiciales. En el caso de la reforma de la LC el régimen transitorio impide a los deudores acogerse a las novedades de la reforma, hay una remisión genérica a todo el capítulo V del Título I de la Ley de Emprendedores, que parece razonable respecto del nuevo título X de la LC —el acuerdo extrajudicial de pagos— pero no parece tan razonable respecto de otros preceptos ajenos al título X.

Si se da por concluido el concurso y se aprueba la rendición de cuentas que realiza el administrador concursal, el deudor, el Sr. V., se verá sometido de nuevo a las ejecuciones singulares y, como consecuencia de estas (art. 2.4.2.º LC), volverá a quedar en situación de insolvencia actual —cuando se inicien las ejecuciones—, o inminente, por ello el Sr. V podría solicitar de nuevo la declaración de concurso al día siguiente de archivar los presentes autos. *Si solicitara nueva declaración de concurso podría acogerse a los mecanismos de remisión de deudas concursales del artículo 178.2 LC, le bastaría con satisfacer un 25% del crédito ordinario... (pendiente tras el concurso anterior)*

¿Tiene sentido someter al Sr. V a un nuevo proceso concursal para que puedan aplicarse los criterios del nuevo régimen legal?; ¿ha de solicitar de nuevo el concurso asumiendo los gastos de abogado y procurador, someterse a la fase común, a la evaluación de su patrimonio para constatar que percibe un sueldo que apenas supera los 2.000 euros al mes, habilitar una fase de convenio en la que los mismos acreedores que en su día frustraron el convenio concursal tengan la oportunidad de aceptar nuevo convenio, someterle a la capituldiminución de la intervención de la administración concursal, a la asunción de los gastos de justicia como créditos contra la masa, para reencontrarnos con la misma situación dentro de unos meses y poder, entonces, aplicar el nuevo artículo 178.2 LC?

Con estos datos no parece razonable privar al deudor del derecho a ver remitidas sus deudas si ha cumplido con los umbrales del artículo 178.2 LC, si se ha constatado que su concurso no es culpable, que carece de patrimonio realizable en términos y plazos razonables, si no ha sido condenado por el delito previsto por el artículo 260 del CP o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso.

Por ello considero que el régimen transitorio de la Ley 14/2013 impide al deudor poder acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos de los del nuevo título X de la LC, pero no impide aplicar la remisión de deudas en los términos que prevé el artículo 178.2 LC».

En vista de la argumentación expuesta el Juzgado dispone la aprobación de la rendición de cuentas presentada por la Administración concursal, ordenando la conclusión del concurso y la remisión de los créditos concursales ordinarios y subordinados pendientes de pago. En este caso, es la resolución judicial la que concede la exoneración de deudas, sin contar con la voluntad de los acreedores ordinarios, haciendo una aplicación retroactiva del *fresh start*, por la vía de excluir el artículo 178.2 LC de lo dispuesto en el régimen transitorio de la Ley 14/2013. Ciertamente, razones de equidad, que apunta el juzgador pueden conducir a esta solución, pero no contándose con la aprobación de los acreedores ordinarios y teniendo presentes las desventajas que ocasiona el *fresh start* y a las que hicimos alusión anteriormente, nosotros nos inclinábamos por hacer una interpretación del artículo 178.2 LC y de la Disposición Transitoria de la Ley 14/2013, en sus más estrictos términos, en términos generales, no aplicando, el artículo 178.2 LC a supuestos que no estén previstos por la norma.

V. CONCLUSIONES

1. La Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, da nueva redacción al artículo 178.2 LC, incorporando un *fresh start* o *mecanismo exoneratorio de deudas*, redacción que, en principio, no puede ser aplicada retroactivamente, dados los inconvenientes que presenta para los pequeños acreedores excepcionar el artículo 1911 CC.

2. La primera resolución judicial que habló de la condonación de deudas tras la liquidación concursal fue el AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. Este Auto ha sido seguido por otras resoluciones judiciales, alguna de las cuales aplica retroactivamente el *fresh start*.

3. En la nueva redacción del artículo 178.2 LC se incorpora a la LC un mecanismo de exoneración de las deudas pendientes tras la liquidación (no tras la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa), amplio o restringido, según que el deudor persona natural haya intentado sin éxito o no, un acuerdo extrajudicial de pagos, el cual está reservado para los emprendedores.

4. En dicho *fresh start*, han de recibir tratamiento especial las deudas de Derecho público y las multas penales, *quedando excluidas de la exoneración, ya provenga la liquidación de un concurso ordinario o consecutivo*.

5. La deuda condonada no podría ser exigida por los acreedores ni al fiador ni a otros deudores solidarios, pues lo contrario alteraría la naturaleza del vínculo jurídico obligacional, al carecer aquellos de vía de regreso o de acciones frente al deudor concursado, en las relaciones internas del vínculo solidario, quedando responsable final del pago un tercero *que no es el sujeto pasivo*, lo que afectaría incluso al principio de identidad en el pago.

6. El legislador no exige la concurrencia de buena fe en el deudor, sino simplemente que no haya sido declarado culpable el concurso y carezca de antecedentes penales por delitos relacionados con las situaciones de insolvencia. Lo cual es considerado por la doctrina como un fallo importante del sistema, convirtiendo el mecanismo exoneratorio español en el más laxo de los existentes en el entorno europeo y norteamericano.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- SAP de Barcelona (Sección 17.^a), de 22 de enero de 2014
- SJM núm. 9 de Barcelona, de 22 de enero de 2014
- AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010
- AJM núm. 10 de Barcelona de 13 de febrero de 2013
- AJM núm. 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2014.

Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G. (2014). «Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos». *Diario La Ley*, núm. 8327, 6 de junio de 2014.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2013). «De leyes perversas y legisladores bondadosos». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 51, págs. 6-9.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2010). «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma». En: *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*. Cizur Menor: Aranzadi (págs. 160-162).
- BRANCÓS, E. (2013). «El emprendedor de responsabilidad limitada en la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización». *El Notario del siglo XXI*, núm. 52, págs. 44-48.
- CABANAS TREJO, R. (2014). «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos». *Diario La Ley*, núm. 8285, 3 abril 2014.
- CUENA CASAS, M. (2011). «*Fresh Start* y mercado crediticio». *InDret* [En línea], núm. 3, disponible en www.indret.com

- (2011). «“Fresh start” y mercado crediticio español y estadounidense». *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, págs. 565-593.
- (2012). «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente». *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 125, págs. 289-320.
- (2012). «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: «intentos» de regulación y ninguna solución». *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 17, págs. 97-110.
- (2013). «Son necesarios cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Concursal». *Escritura pública*, núm. 80, pág. 13.
- (2013). «¿Una segunda oportunidad para los emprendedores?» *El Notario del Siglo XXI*, núm. 52, págs. 40-43.
- (2014). «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*». *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, págs. 123-159.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2010). «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal». *Diario*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.
- (2012). «El *fresh start*, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, págs. 516-557.
- (2013). «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?» En: CUENA CASAS, Matilde (Coord.). *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. Madrid, Dykinson, págs. 543-558.
- (2013). «La reforma del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo “anti-desahucios”» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, págs. 3522-3565.
- (2013). «La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, págs. 4253-4279.
- (2014). «La derogación tácita del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (suspensión de los lanzamientos) de la Ley “Anti-desahucios”». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, págs. 748-764.
- MIRANDA SERRANO, L. (2014). «¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de persona física?» *Diario La Ley*, núm. 8276, 21 de marzo de 2014.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2013). «Ley de emprendedores y segunda oportunidad». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 51, págs. 14-21.
- ORTIZ HERNÁNDEZ, A. (2013). «Concurso de acreedores de persona física, *fresh start*, y mediación concursal. La rehabilitación del deudor». *Diario La Ley*, núm. 8172, 17 de octubre de 2013.
- RUBIO VICENTE, P. (2011). «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, págs. 229-250.
- Serrano Gómez, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (2010): «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física». En: M. CUENA CASAS (coord.). *Familia y Concurso de Acreedores*. Cizur Menor: Aranzadi (págs. 23-96).

NOTAS

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la UCM «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Catedrático Emérito Dr. D. Joaquín José RAMS ALBESA.

² Se llama sobreendeudamiento a la situación en que se encuentra el consumidor motivada por una asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo) o bien desencadenada por eventos imprevistos y sobrevenidos (desempleo, precariedad del trabajo, muerte del cónyuge, problemas de salud, aumento de los tipos de interés...). Una economía basada en el consumo excesivo, así como en la concesión fácil de créditos, incrementan las posibilidades de sobreendeudamiento del consumidor, cuya acuciante situación se hace más patente en situaciones de crisis económica. Para aliviar al consumidor sobreendeudado de buena fe, cuya situación de dificultad financiera tiene cierta permanencia, parte de la doctrina ha venido postulando la concesión al mismo de un *fresh start* o segunda oportunidad. Casos claramente reversibles no podrían activar mecanismos específicos de protección del deudor que excepcionasen la aplicación de los principios generales sobre cumplimiento de las obligaciones (1911 CC) (ÁLVAREZ LATA, 2010, págs. 160-162). En efecto, se entiende por *fresh start*, o concesión de una segunda oportunidad al deudor sobreendeudado de buena fe, la liberación o exoneración de las deudas pendientes, tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia, lo que supone una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC). España, a diferencia de otros países como EEUU, Francia, Alemania o Portugal carecía de una regulación de este tipo. No obstante, en fechas relativamente recientes una resolución judicial, por vía interpretativa, acogió en cierta manera la figura del *fresh start* en España. Se trata del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. Vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2012). «El *fresh start*, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010.» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, págs 516-557. RUBIO VICENTE, P. (2011). «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, págs. 229-250. «Básicamente existen dos modelos respecto al tratamiento concursal de la persona física insolvente. El modelo anglosajón “volver a empezar” (*fresh start* o *discharge*), adoptado también en algunos países europeos, se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de las deudas no pagadas, a excepción de las deudas jurídicamente no condonables... Una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe el pasivo restante queda exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Aunque el deudor obtenga en el futuro nuevos ingresos, estos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso... El otro modelo vigente es el modelo de la rehabilitación [p.e. Alemania], que prevalece en algunos países europeos y se basa en la idea de que el deudor ha cometido una falta y merece ser ayudado, pero no por ello debe ser exonerado pura y simplemente del deber de cumplir con sus obligaciones (*pacta sunt servanda*). Este modelo, que se fundamenta en la idea de sobreendeudamiento “culpable”, ya sea por falta de previsión o simple negligencia, se centra en torno a la renegociación de las deudas con los acreedores con vistas a la aprobación de un plan global de reembolso. Este plan puede negociarse en los tribunales o por vía extrajudicial, y es importante el papel que desempeñan los servicios de asesoramiento y mediación en materia de deudas. La condonación de deudas no es nunca automática como en la ley americana. El deudor tendrá que pasar por un período de prueba, durante el que destinará una parte de su renta al reembolso de la deuda restante. Solo después de eso, y a condición de que haya tenido un comportamiento honesto y de buena fe, podrá beneficiarse de la condonación» [CUENA CASAS, 2011, (1)]. Este último sistema se denomina de *earned start*. Un estudio sobre los modelos americano, francés y alemán, es el realizado por SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUIA VILLANUEVA, L. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (2010): «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física». En: M. CUENA CASAS (coord.). *Familia y Concurso de Acreedores*. Cizur Menor: Aranzadi (págs. 23-96). Para el estudio del

Derecho norteamericano, *vid.* el trabajo ya citado de CUENA CASAS, M. (2011). «Fresh Start y mercado crediticio». *Indret* [En línea], núm. 3, disponible en www.indret.com. Asimismo *vid.*: CUENA CASAS, M. (2011). «“Fresh start” y mercado crediticio español y estadounidense». *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, págs. 565-593. CUENA CASAS, M. (2012). «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente». *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 125, págs. 289-320. CUENA CASAS, M. (2012). «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución». *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 17, págs. 97-110. CUENA CASAS, M. (2013). «Son necesarios cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Concursal». *Escritura pública*, núm. 80, pág. 13.

³ La Ley 14/2013 contiene también una Disposición adicional primera relativa a las deudas de derecho público del emprendedor de responsabilidad limitada; una Disposición adicional décima relativa a los aranceles registrales para las inscripciones del Emprendedor de Responsabilidad Limitada en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad y una Disposición Transitoria según la cual los concursos declarados antes de la entrada en vigor del Capítulo V del Título I (19 de octubre de 2013, según lo previsto en la Disposición final decimotercera), *que es el que contiene todas las modificaciones de la LC, continuarán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley, lo que significaría que en tales concursos no cabría la aplicación del fresh start de modo retroactivo, aunque como veremos, no es así como lo está interpretando la Jurisprudencia.* En la Disposición final quinta se introduce una modificación importante en el artículo 10.5 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que queda redactado del siguiente modo: «5. A efectos de la satisfacción y cobro de las deudas de naturaleza tributaria y cualquier tipo de deuda que sea objeto de la gestión recaudatoria del Sistema de la Seguridad Social, embargado administrativamente un bien inmueble, *si el trabajador autónomo acreditara fehacientemente que se trata de una vivienda que constituye su residencia habitual, la ejecución del embargo quedará condicionada, en primer lugar, a que no resulten conocidos otros bienes del deudor suficientes susceptibles de realización inmediata en el procedimiento ejecutivo, y en segundo lugar, a que entre la notificación de la primera diligencia de embargo y la realización material de la subasta, el concurso o cualquier otro medio administrativo de enajenación, medie el plazo mínimo de dos años. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales.*». La Ley introduce también, ante el fracaso del borrador del Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros, la necesidad de llevanza de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en formato electrónico mediante un sistema informático único, en la forma que reglamentariamente se determine (art. 19), previendo la Disposición final décima que en el plazo de 6 meses a contar desde la entrada en vigor (esto es, para el 29 de marzo de 2014), el Gobierno tendría aprobado un nuevo Reglamento del Registro Mercantil y la modificación necesaria del Reglamento Hipotecario. Con posterioridad a la Ley 14/2013, se ha dictado el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, que regula el Registro Público concursal y desarrolla el artículo 198 LC (modificado por Ley 14/2013). Igualmente se ha dictado el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que modifica la regulación de los acuerdos de refinanciación así como el artículo 56 LC (ejecución de garantías reales durante el concurso) y el artículo 568 LEC, relativo a la suspensión de ejecuciones en caso de situaciones concursales o pre-concursales, así como otros preceptos concursales. La norma entró en vigor el 8 de marzo de 2014, determinando como régimen transitorio para los acuerdos de refinanciación, *que aquellos que a la entrada en vigor del RD-Ley se estuviesen negociando al amparo del artículo 71.6 LC, se regirían por el régimen anterior a dicha entrada en vigor, si el deudor ya hubiese solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por el RD-Ley 4/2014.* Estas normas junto con la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (fruto de la STJUE de 14 de marzo de 2013), constituyen el nuevo panorama legislativo regulador de la insolvencia de la persona física

(consumidora, empresaria o profesional) y jurídica. Cabe añadir a estas normas, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, aprobado por el RD-Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, la cual pretende transponer al Derecho interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (por la que se modifica, entre otras, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, con la finalidad de modificar la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). La Ley 3/2014 procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012 del TJUE, que entendía que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en el artículo 83 del Texto Refundido de la LGDCU, pues se atribuía al juez nacional facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figurasen en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva, lo que contradecía el tenor del artículo 6.1 de la Directiva que hablaba de eliminación, sin integración, de las cláusulas abusivas. A tal efecto, se modifica el artículo 83 del TRLGDCU quedando redactado con el siguiente tenor: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas». Si bien el régimen transitorio prevé que las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con consumidores celebrados a partir del 13 de junio de 2014. Esta Ley entró en vigor el 29 de marzo de 2014.

⁴ Aplica esta redacción del precepto legal la SAP de Barcelona (Sección 17.ª), de 22 de enero de 2014. Gabinete Lesseps, S.L. interpuso demanda de juicio ordinario, derivada de una reclamación monitoria precedente contra D. José Enrique, reclamándole la suma de 7.621,96 euros más los intereses pactados al tipo del 30 % anual. Con carácter previo a este procedimiento el demandado había sido declarado en concurso voluntario por auto de 16 de octubre de 2008, pero una vez tramitado y concluido el mismo, quedó pendiente de pago la deuda reclamada en este presente procedimiento. El demandado se opuso alegando la excepción de cosa juzgada material y subsidiariamente, para el caso de no ser apreciada, el carácter abusivo de los intereses pactados en el préstamo de que derivaba la deuda. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta. Desestimó la excepción de cosa juzgada por entender que tal efecto no podía derivarse del auto por el que se declaraba concluido el concurso y consideró que dicho auto no acordaba la remisión de la deuda subsistente, que en consecuencia, no podía considerarse extinguida al no concurrir ninguna de las causas del artículo 1156 CC. Sin embargo, acogió la alegación relativa al carácter abusivo de los intereses moratorios pactados, procediendo a su moderación (interés legal del dinero a partir de la interpelación judicial). El demandado interpuso recurso de apelación. Insistió en la excepción de cosa juzgada y pretendió que se considerase extinguido el crédito reclamado, invocando la existencia de resoluciones judiciales, que al concluir el concurso por falta de activo, cancelaban los créditos subsistentes allí reconocidos, para evitar con ello inútiles reaperturas de la situación concursal. La Audiencia señala primeramente que resulta de aplicación la LC en su redacción vigente desde el 5 de mayo de 2010 hasta el 10 de junio de 2011, porque la demanda se presentó el 11 de enero de 2011. A continuación indica que la resolución por la que se declaró concluso el concurso por falta de activo no adoptó pronunciamiento alguno de extinción de los créditos subsistentes, por lo que de acuerdo con el artículo 178.2 LC («En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso»), «la literalidad de este precepto impide la apreciación ... de la excepción de cosa juzgada material, y, del mismo modo, en cuanto responde a una previsión legal, no puede acogerse la alegación de extinción del crédito subsistente; de hecho, esa remisión del crédito ni siquiera es posible de modo automático en la redacción actual de la norma, en su modificación dada por Ley 14/2013 ... que si bien permite la remisión de deudas insatisfechas, lo hace sujetando dicha posibilidad a la concurrencia de una serie de condiciones». De haber sido de aplicación la redacción

dada al artículo 178.2 LC por la Ley 38/2011, podría argumentarse que, como quiera que la inclusión de un crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia firme, no hubiera sido necesario un nuevo procedimiento que lo declarase así, pudiendo apreciarse un supuesto de cosa juzgada en vertiente negativa. Todo ello, bien entendido que la consecuencia que se derivaba de tal precepto no era ... la extinción del crédito subsistente, sino la posibilidad de que la lista definitiva de acreedores constituyera un título válido para iniciar la ejecución singular posterior, *que en todo caso se permite, no siendo adecuado la producción de un nuevo título mediante un proceso declarativo. «Pero, en suma, conforme al derecho aplicable en este litigio, es claro que, tras la conclusión del concurso por falta de activo, se mantiene la responsabilidad del deudor en relación con los créditos restantes pudiendo interesar los acreedores su reclamación, disponiéndose expresamente que ello es así en tanto “no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso”, con independencia de la utilidad o no de esta última vía»*. La Audiencia concluye desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia de instancia.

⁵ Lo que era congruente con la modificación que la Ley 38/2011 hacía del artículo 176 LC, distinguiendo la conclusión del concurso por finalización de la fase de liquidación, de la conclusión por insuficiencia de masa activa, regulada especialmente en el nuevo artículo 176 bis LC. De acuerdo con la disposición transitoria undécima de la Ley 38/2011 «el artículo 176 y el 176 bis —con la salvedad de su apartado 4 [relativo a la posibilidad de acordar la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso, que se aplicaría a los concursos que se declarasen a partir de la entrada en vigor de la norma [Disposición Transitoria primera.1)]— así como los artículos 178 y 179 de la Ley Concursal, modificados por esta ley, comenzarán a aplicarse a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor» (1 de enero de 2012, Disposición final tercera.1).

⁶ Artículo 260 CP: «1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. 2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. 3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa. 4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal».

⁷ Artículo 231.1 LC: «El empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo [preconcurso] extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que aportando el correspondiente balance, justifique que su pasivo no supera los cinco millones de euros.

A los efectos de este Título [Título X de la LC relativo al acuerdo extrajudicial de pagos] 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». Parece, pues que el artículo 231 LC se refiere a todo aquél que no sea simple consumidor y trabajador por cuenta ajena, sino que tenga la categoría de persona natural emprendedora, sea o no emprendedor de responsabilidad limitada (art. 7 Ley 14/2013). De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 14/2013, «se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica o profesional en los términos establecidos en esta Ley».

⁸ El deudor que, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 231 LC, pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará el nombramiento de un mediador concursal, mediante instancia suscrita por el deudor en los términos del artículo 232.2 LC. Si el deudor es empresario o entidad inscribible solicitará la designación de mediador al Registrador Mercantil correspondiente a su domicilio. En los demás casos se solicitará la designación al Notario del domicilio del deudor. Se nombra mediador a la

persona que de forma secuencial corresponda de entre las que figuran en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del BOE, suministrada por el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia. El Registrador Mercantil o el Notario procederá al nombramiento y comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso, ordenando la publicación de tal apertura en el Registro Público Concursal. En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará la existencia y cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor con la solicitud inicial, siempre que puedan resultar afectados por el acuerdo, a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Se excluirá en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público. La reunión tiene por finalidad alcanzar un acuerdo de pago. Con una antelación mínima de 20 días naturales a la fecha prevista para celebrar la reunión, el mediador remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud inicial, en el que la espera no podrá superar los 3 años y en el que la quita no podrá superar el 25 % del importe de los créditos. La propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas. Dentro de los diez días posteriores al envío de la propuesta de acuerdo, los acreedores podrán presentar propuestas alternativas o de modificación. Transcurrido dicho plazo, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos aceptado por el deudor. Si dentro del plazo de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo, los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pueda verse afectado por el acuerdo, decidieran no continuar con las negociaciones, el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso (art. 236.4 LC). Los acreedores convocados a la reunión deben asistir, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición en los diez días naturales anteriores a la reunión. El plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido. Para que el plan de pagos se considere aceptado, será necesario que voten a favor del mismo acreedores que sean titulares, al menos, del 60 % del pasivo o del 75 % del pasivo si el plan consiste en la cesión de bienes del deudor en pago, siendo preciso contar en este último caso también con la aprobación de los acreedores que tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes. El acuerdo no afecta a los titulares de créditos con garantía real, salvo que hubieren consentido expresamente en ello (art. 234.4). Si el plan de pagos es aceptado el acuerdo se eleva a escritura pública, lo que cierra el expediente notarial. Para los expedientes abiertos por el Registrador Mercantil, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el Registrador pueda cerrar el expediente. Si el plan de pagos no fuera aceptado y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso. En su caso, instará también la conclusión del mismo por insuficiencia de masa activa en los términos del artículo 176 bis LC. Dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo adoptado (art. 238.2), este podrá ser impugnado por acreedores que no hubieran sido convocados; no hubieran votado a favor o hubieran comunicado su oposición con carácter previo a la reunión, ante el juzgado competente para conocer del concurso del deudor. Solo puede fundarse la impugnación en falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, en la superación de los límites que el artículo 236.1 LC pone al acuerdo, o en la desproporción de la quita o moratoria exigidas. La anulación del acuerdo, como consecuencia de la impugnación, dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242 LC. En caso de que el acuerdo extrajudicial de pagos no fuera cumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia. Por lo tanto, procederá el concurso consecutivo, en caso de anulación del acuerdo (art. 239.6), incumplimiento del mismo o en caso de no conseguir alcanzarse el acuerdo extrajudicial de pagos, antes o durante la reunión celebrada al efecto (art. 242.1). En el concurso consecutivo, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación con una serie de especialidades (art. 242.2), entre las cuales se encuentra la de

que «en el caso de deudor empresario persona natural [art. 231.1.1º y 2º], 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». (Los créditos de Derecho público reciben un tratamiento especial en el acuerdo extrajudicial de pagos, pues no pueden verse afectados por el acuerdo (art. 231.5), en el fresh start, y en la limitación de responsabilidad del Emprendedor de Responsabilidad Limitada (Disp. Adic. 1.ª de la Ley 14/2003, que señala: «1. Lo dispuesto en el Capítulo II del Título I [relativo a la inembargabilidad de la vivienda habitual del Emprendedor de Responsabilidad Limitada, que cumpla determinados requisitos] no resultará de aplicación respecto de las deudas de derecho público de las que resulte titular el emprendedor de responsabilidad limitada para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y en el Real Decreto-legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. 2. En el caso de las deudas de derecho público a las que se refiere el apartado anterior, la Administración Pública competente podrá desarrollar las actuaciones de cobro establecidas en la normativa en el mismo indicada, con las especialidades reguladas en el siguiente apartado. 3. Cuando entre los bienes embargados se encontrase la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada en los términos del apartado 2 del artículo 8 de esta Ley, su ejecución será posible cuando: a) No se conozcan otros bienes del deudor con valoración conjunta suficiente susceptibles de realización inmediata en el procedimiento de apremio. b) Entre la notificación de la primera diligencia de embargo del bien y la realización material del procedimiento de enajenación del mismo medie un plazo mínimo de dos años. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales»).

⁹ Como señala ALCOVER GARAU, 2014, 6, solo puede acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos un pequeño o mediano empresario persona natural, o profesional o trabajador autónomo, pero no un particular (pese a que este procedimiento pre-concursal podría ser especialmente útil a los particulares). De manera que como el consumidor normalmente queda excluido del ámbito del concurso sobre la base del artículo 176.bis.4 por insuficiencia de su masa activa, las insolvencias de los particulares quedarían muchas veces sin tratamiento concursal. El consumidor quedaría normalmente sujeto a un procedimiento de ejecución hipotecaria (a salvo la posibilidad de hacer uso de las medidas del Código de Buenas Prácticas) y a las previsiones, al término del mismo, del artículo 579 LEC, se produjera o no el lanzamiento del deudor de su vivienda. Vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013). «La reforma del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo “anti-desahucios”» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, págs. 3522-3565. JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013). «La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, págs. 4253-4279. JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2014). «La derogación tácita del Real-Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (suspensión de los lanzamientos) de la Ley “anti-desahucios”». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, págs. 748-764. Si tuviese lugar un concurso de persona física consumidora, con ejecución hipotecaria separada de su vivienda familiar, el crédito garantizado con hipoteca, no satisfecho totalmente en la ejecución hipotecaria separada, devendría crédito ordinario (art. 157.2 LC), que podría entenderse solo sería exigible en la liquidación concursal en los términos del artículo 579 de la LEC. Pero como el artículo 178.2 LC es aplicable al consumidor y regla especial en el ámbito concursal, debiera aplicarse este precepto (dándose su presupuesto) y su *fresh start*. En todo caso, siendo dos vías (la del art. 579 LEC y la del art. 178.2 LC) de las que dispone el deudor para ver moderada su responsabilidad patrimonial universal, en el ámbito del concurso se aplicarían cumulativamente ambas (primero la del art. 579, y dando como resultado la aplicación de dicho precepto el pago del 25 % del crédito concursal ordinario, seguidamente la del art. 178.2 LC). CUENA CASAS, desde otra perspectiva, considera:

«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 artículo 579 LEC 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 con la recogida en el artículo 178.2 LC. El artículo 579 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 mientras se tramita el concurso ...*». CUENA CASAS, 2013, (2), págs. 42-43.

¹⁰ Para acudir al acuerdo extrajudicial de pagos «se exige ser empresario, aunque en un sentido muy amplio, que desvirtúa su genuina acepción técnico/mercantil, un poco como ocurre también con la nueva noción de «emprendedor» (art. 3 Ley 14/2013). Por eso a los efectos del AEP se considerarán empresarios personas naturales, no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil (únicos sujetos a inscripción —voluntaria— y deber de contabilidad, ...), también quienes ejerzan actividades profesionales (tradicionalmente excluidas del ámbito mercantil) o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la S.S., así como los trabajadores autónomos, siempre que el pasivo no supere los cinco millones de euros. Ciertos sujetos como los agricultores o los artesanos entran por estas últimas vías, lo que nos conduce a una noción de empresario muy amplia, identificable con cualquier forma de participación en el mercado en nombre propio, con independencia de que la actividad sea mercantil en sentido estricto, o pueda considerarse como civil. El sujeto parece solaparse así con el que puede acceder a la condición de Empresario de Responsabilidad Limitada ..., aunque no se emplea en este título el término emprendedor (art. 7 Ley 14/2013). En todo caso, queda fuera el consumidor que solo sea trabajador por cuenta ajena o funcionario, que sí se beneficia del nuevo régimen de exoneración de las deudas en la liquidación (art. 178.2 LC), pero dentro del Concurso Ordinario ... por el que ha de pasar inexorablemente». CÁBANAS TREJO, 2014, págs. 2-3.

¹¹ Artículo 232.3 LC: «... La solicitud se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial [presupuestos del art. 231 LC], cuando el deudor se encuentre en alguna situación de las previstas en los apartados 3 ó 4 [ó 5] del art. 231 de esta Ley y cuando faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos [art. 232.1 y 2]».

¹² Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales.

¹³ «Conviene recordar que los créditos de Derecho público pueden ser privilegiados generales (art. 91.2º y 4º LC), ordinarios (en cuanto excedan del 50 % a que se refiere el art. 91.4º LC) e incluso subordinados (así, recargos). El pago de los primeros constituye en todo caso requisito *sine qua non* para que pueda producirse la remisión judicial de deudas». MIRANDA SERRANO, 2014, 18.

¹⁴ MIRANDA SERRANO, 2014, 18.

¹⁵ Lo que también podría apoyarse en que en el texto del Proyecto de Ley de Emprendedores, de 3 de julio de 2013, contemplaba como deudas que quedaban fuera del mecanismo exoneratorio, ya fuera por la vía del concurso consecutivo o por la vía del artículo 178.2, primera parte, únicamente las deudas de naturaleza pública. Sin embargo, «en el artículo 178.2 LC, en su nueva redacción, se establece que 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, habiéndose suprimido la excepción a dicha remisión referida a las deudas de naturaleza pública contenida en la redacción de dicho precepto en el Proyecto de Ley de Emprendedores, en que se añadía *«salvo las deudas de derecho público a que se refiere el artículo 91.4º de esta Ley»*». PULGAR EZQUERRA, 2013, 19.

¹⁶ La profesora PULGAR EZQUERRA pone de relieve cómo no se excluyen de la exoneración, deudas alimenticias, deudas derivadas de obligaciones extracontractuales [o de actos u omisiones ilícitos penados por la Ley, salvo lo indicado en el artículo 91.5º.2, «créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», que tienen la consideración de créditos con privilegio general] y señala

que ello junto con la ausencia de cautelas en los presupuestos *ex ante* y *ex post* de la exoneración, hace del modelo español de exoneración un modelo con nuevos requisitos para lograr aquella (en relación a los que son exigidos en ordenamientos jurídicos del entorno) y en el que la remisión de deudas se obtiene de un modo más laxo y amplio de lo que acontece en otros modelos de Derecho comparado, concluyendo que tras la aprobación de la Ley de Emprendedores constituimos «el ordenamiento de Derecho comparado más liberal en el acceso a mecanismos exoneratorios de responsabilidad». PULGAR EZQUERRA, 2013, págs. 20-21. La profesora CUENA CASAS considera, desde otra perspectiva que «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. Los casos de concurso por insuficiencia de masa quedan fuera de la exoneración de deudas: concluido el concurso, los acreedores podrán reiniciar las ejecuciones singulares y el deudor seguirá condenado a la exclusión social». CUENA CASAS, 2013, (2), 41.

¹⁷ Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid, *cit*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ MIRANDA SERRANO, 2014, 12. De forma similar señala PULGAR EZQUERRA: «En relación a ambos mecanismos exoneratorios y no obstante las diferencias señaladas, sorprende la falta de exigencia del denominado “*test de discharge*” que filtra generalmente en el marco del Derecho Comparado con requisitos previos y a veces también *a posteriori*, el acceso a los mecanismos exoneratorios. Es cierto que en ambos casos se condiciona la exoneración a la calificación fortuita del concurso, pero ello en modo alguno es equivalente al “*test de discharge*” contemplado en otros modelos, pues dicha calificación fortuita en modo alguno equivale a la concurrencia de buena fe en el deudor [Art. 1104.2 CC: Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia]. En efecto, en la sección de calificación se analiza tan solo en qué medida el deudor ha contribuido con dolo o culpa grave a la generación o agravamiento de la insolvencia, pero ¿conlleva ello un merecimiento de la exoneración? ¿cómo se valora la buena fe exigida en otros modelos de Derecho Comparado? En efecto, en otros modelos se exige superar un test en el que el acaecimiento de circunstancias “extraordinarias” ... justifiquen la conculcación de un principio básico del derecho de obligaciones *ex artículo 1091 CC* [«las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»]... justificándose la exoneración en el marco de prestaciones de un estado de bienestar solo cuando concurren circunstancias extraordinarias. Tampoco se exigen requisitos *a posteriori*, como en el modelo alemán actualmente en proceso de revisión en esta materia, en el que, sobre la base de un perdón progresivo, también se recogen controles *a posteriori* (temporales, cuantitativos y de obligación de desarrollar una actividad económica), a los que se condiciona la exoneración». PULGAR EZQUERRA, 2013, 19. En la misma línea señala CUENA CASAS que «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 consumidores [Ley de 17 de diciembre de 2012 n. 221 que introduce un procedimiento para la *Composizione della crisi da sovraindebitamento*] 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». CUENA CASAS, 2013, (2), 42.

²⁰ *Cfr.*: MIRANDA SERRANO, 2014, 11.

²¹ ORTIZ HERNÁNDEZ, 2013, 6. Pero en cuanto a los inconvenientes que presenta el *fresh start* vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T. A. «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?» En: CUENA CASAS, Matilde (Coord.). *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. Madrid, Dykinson, págs. 543-558.

²² Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid, *cit*.

²³ Esta última consideración hace impensable la remisión de la pena de multa por la vía del artículo 178.2 LC, en la medida en que una Ley ordinaria no puede modificar una Ley Orgánica, como el CP, que enumera de forma taxativa en el artículo 130 las causas por las que se extingue la responsabilidad criminal. De manera que sería preciso realizar una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC, excluyendo del ámbito de la exoneración las multas penales.

²⁴ Esta última consideración hace impensable la remisión de la pena de multa por la vía del artículo 178.2 LC, en la medida en que una Ley ordinaria no puede modificar una Ley Orgánica, como el CP, que enumera de forma taxativa en el artículo 130 las causas por las que se extingue la responsabilidad criminal. De manera que sería preciso realizar una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC, excluyendo del ámbito de la exoneración las multas penales.

²⁵ CUENA CASAS, 2013, (2), págs. 41-42. *Vid.*, más extensamente: CUENA CASAS, M. (2014). «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*». *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, págs. 123-159.

²⁶ *Vid.*: JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2010). «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal». *Diario*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.

²⁷ Artículo 134 LC: «1. El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones, o cuotas sociales, o en créditos participativos. 2. Los acreedores privilegiados solo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquella se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión presentada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio». Artículo 135 LC: «1. Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos. 2. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubiesen contraído o por los convenios, que sobre el particular hubiesen establecido». Artículo 136 LC: «Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio».

²⁸ Este precepto, similar al artículo 134, 135 y 136 LC, indica: «1. Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente [en el Registro Público concursal, art. 233.3 LC]. El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado. 2. Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado. En caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado. 3. Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor».

²⁹ Si el deudor principal incumplió el convenio, pero pagó al acreedor el deudor solidario o el fiador, de acuerdo con los artículos 140, 97.4.3.º, 87.6, 97 bis y 97 ter LC, podrá modificarse la lista de acreedores para hacer constar al fiador o deudor solidario en ella, y que cobre su crédito en la liquidación, aunque producida la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador.

³⁰ Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid, *cit.*

³¹ *Ibidem.*