

1.7. Concursal Civil

EL FRESH START, O NUEVA OPORTUNIDAD PARA EL DEUDOR SOBREENDEUDADO DE BUENA FE. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Contratada Doctora

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010.—II. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO POR INEXISTENCIA DE BIENES Y DERECHOS: 1. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS. 2. EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN POR INEXISTENCIA DE BIENES Y DERECHOS. 3. ALGUNOS PROBLEMAS QUE, EN ORDEN A LOS EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO, PLANTEA LA INTERPRETACIÓN DADA AL ARTÍCULO 178.2 LC POR EL AUTO COMENTADO. 4. LA REAPERTURA DEL CONCURSO.—III. A PROPÓSITO DE LA AFIRMACIÓN DE QUE EL CONCURSO DEL CONSUMIDOR NO RESUELVE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR CONSUMIDOR.—IV. DISTORSIONES DEL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA: ¿SALVABLES POR VÍA INTERPRETATIVA?—V. TRATAMIENTO DEL *FRESH START* EN DERECHO COMPARADO Y EN ESPAÑA (TRABAJOS LEGISLATIVOS).—VI. ¿ES CONVENIENTE LA ADOPCIÓN DEL *FRESH START* EN EL DERECHO ESPAÑOL? ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010 (1)

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, así como 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, se postula la concesión al mismo de un *fresh start* (2).

(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 Doctor D. Joaquín José RAMS ALBESA.

(2) Se señala que casos claramente reversibles no pueden activar mecanismos de protección del deudor específicos que excepcionen la aplicación de los principios generales

Se entiende por *fresh start*, o concesión de una nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe, a la liberación o exoneración de las deudas pendientes, tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia. Dicha liberación supone una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), según el cual del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros. España, a diferencia de otros países como Estados Unidos, Francia, Alemania o Portugal carece de una ley que trate con soluciones específicas distintas de las previstas en el concurso (convenio o liquidación), el sobreendeudamiento del consumidor y otorgue esa segunda oportunidad al deudor sobreendeudado de buena fe. Como expondremos posteriormente, existe en España una corriente favorable a este tipo de solución, que propugnaría cambios legislativos en esta dirección, aunque otra corriente no deja de señalar los problemas que plantearía la adopción del *fresh start* o *discharge* (descarga). Se señala en este último sentido qué deben ser las medidas preventivas (información, desistimiento, crédito responsable) los pilares de la protección del consumidor.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, a través de una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC (se entendería que el precepto *plus dixit quam voluit*), que entra en contradicción con el artículo 1911 del Código Civil, concede una liberación del crédito pendiente tras la liquidación concursal a dos pensionistas. Liberación, sin embargo, que es condicional, pues el Auto indica que se deben tener por extinguidas las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso, *sin perjuicio de las posibilidades de reapertura del concurso o una nueva declaración si aparecieran nuevos bienes o los deudores vinieran a mejor fortuna*.

A pesar de las razones que esgrime el auto para tal decisión, y que consistirían en mostrar una serie de disfunciones que provocaría la estricta aplicación de la LC y el artículo 1911 del Código Civil, el verdadero fundamento de la decisión del juzgador fue la *no oposición de los acreedores concursales a la petición formulada por la administración concursal de exoneración del pasivo pendiente a los deudores, tras la liquidación*. En efecto, hubo una petición de exoneración del pasivo pendiente por la administración concursal, tras la finalización de las operaciones de liquidación, aprovechando la presentación de su informe para la conclusión del concurso por comprobación de la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4.^º, 2 y 4 LC) y la rendición de cuentas (art. 181 LC), *petición que no tiene un expreso apoyo legal*. Las partes fueron oídas, *no formulando ninguna alegación ni oposición a la solicitud formulada, cosa que hubieran podido realizar, oponiéndose a la conclusión del concurso en dichas condiciones, y tramitándose su oposición como un incidente concursal* (art. 176.5 y 177.2 LC). Según la doctrina, evidenciaría ello una renuncia implícita a sus pretensiones individuales o la existencia de un consentimiento tácito a la exoneración (RUBIO VICENTE). Ello nos lleva a concluir, que tal solución no hubiera podido adoptarse con igual facilidad en el caso de oposición por parte de los acreedores. Por otro lado, conviene destacar que las mencionadas disfunciones que presenta la LC

sobre cumplimiento de las obligaciones (ÁLVAREZ LATA, N., «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, 1.^a ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2010, págs. 160 a 162).

son más bien fruto de una interpretación maximalista de ciertos preceptos de la misma, por lo menos, en ciertos casos (3).

(3) Veamos cuáles son los argumentos del Auto en cuestión.

Por escrito de 19 de marzo de 2010 la administración concursal informó al Juzgado del resultado de las operaciones de liquidación del patrimonio de los concursados —don Ernesto y doña Silvia—, solicitando que se aprobaran las cuentas formuladas y *se exonerara a los concursados de las deudas no satisfechas en la fase de liquidación*. Por diligencia de 10 de mayo de 2010 se dio traslado del escrito de rendición de cuentas a las partes personadas, sin que conste alegación alguna al respecto. El día 13 de mayo de 2010 pasaron los autos al Juez para resolver.

Don Ernesto y doña Silvia fueron declarados en concurso voluntario por auto de 12 de diciembre de 2007. Concluida la fase común por auto de 16 de junio de 2008, se convocó a los acreedores a junta para la votación de convenio inicialmente señalada para el día 20 de octubre de 2008. Los concursados presentaron propuesta de convenio con dos alternativas: la primera, una quita del 60 por 100 y una espera de cinco años; la segunda, una quita del 50 por 100 y una espera de seis años. La administración concursal evaluó la propuesta de convenio. La junta se celebró en la fecha prevista sin que pudiera constituirse válidamente, dado que no comparecieron acreedores ordinarios que facilitaran el *quórum* de asistencia —los créditos ordinarios se fijaron en el informe definitivo en 108.287,87 euros y solo constaba la presencia de un acreedor que apenas representaba 9.510 euros—. El 26 de marzo de 2009 se abrió la fase de liquidación presentando la administración concursal el plan de liquidación el día 6 de abril, plan aprobado por auto de 6 de mayo de 2009. *Tras el informe de la administración concursal y del Ministerio Fiscal se dictó auto de calificación del concurso como fortuito*. El administrador concursal había realizado las operaciones de liquidación correspondientes y había satisfecho —tras la venta de la vivienda de los concursados— *la totalidad del crédito con privilegio especial, todo el crédito contra la masa y el 45,9 por 100 del crédito ordinario*. Los concursados —ambos pensionistas— tenían cada uno de ellos unos ingresos mensuales de 908,87 euros, de los que 607,17 euros se habían destinado a alimentos lo que determinaba que cada uno de ellos, una vez concluidas las operaciones de liquidación, no dispusiese de otros activos realizable. En este supuesto se habían realizado todos los bienes de los deudores, no se habían ejercitado acciones de reintegración y el concurso se había calificado de fortuito, por lo tanto concurrían los supuestos previstos para concluir el concurso (art. 176.1.4.º LC). *La administración concursal cumplió con los requisitos del artículo 176.4 de la Ley Concursal en cuanto a la información al juzgado respecto de posibles acciones de reintegración —que descartaba— y se dio traslado a los acreedores personados sin que constase oposición a la conclusión del concurso*.

Señala el Auto que el artículo 178.2 LC establece los efectos de la conclusión del concurso cuando se trata de procedimientos que afecten a personas físicas: «*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*». El párrafo 2 del artículo 178 de la Ley Concursal establece respecto de las personas físicas un trato distinto del que se reconoce a las personas jurídicas dado que en los concursos de personas jurídicas el artículo 178.3 establece que «*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 el Secretario judicial expedirá mandamiento contenido testimonio de la resolución firme*». En cierta medida, indica el Auto, el contenido del artículo 178.2 de la LC no es sino el traslado al ámbito concursal del principio de responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil, con la salvedad de que la responsabilidad con los bienes presentes se articularía dentro del procedimiento concursal y la responsabilidad con los bienes futuros —la mejor fortuna— permitiría la reapertura del concurso o una nueva solicitud o declaración, en función de que fuera concurso voluntario o necesario. Esas son las opciones que permiten los artículos 178.2 y 179.1 de la LC para las personas físicas. No habría, por lo tanto, ningún obstáculo formal para aprobar las cuentas del adminis-

II. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO POR INEXISTENCIA DE BIENES Y DERECHOS

1. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS

De acuerdo con la redacción de la LC anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, el artículo 176.1.4.^º LC introduce la inexistencia de bienes y derechos del

trador concursal, dar por correctas las operaciones de liquidación y concluir el concurso devolviendo a los dos deudores —a las dos personas físicas— a la situación anterior a la declaración de concurso, es decir, mantener su responsabilidad universal permitiendo a los acreedores el inicio o la reanudación de las ejecuciones singulares. *En la medida en la que el concurso se concluye por falta de activos —bienes, derechos o expectativa de percibir uno u otro por medio de acciones que complementaran ese patrimonio—, pervive la deuda y no se puede proceder a la extinción de la personalidad del deudor persona física. Se daría la paradoja de que el concurso se concluiría sin que se hubiera superado el presupuesto objetivo del concurso —art. 2—, esto es, la situación de insolvencia por cuanto el deudor seguiría sin poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Esta circunstancia determinaría que el deudor hubiera de solicitar de inmediato la reapertura del concurso para hacer frente a las deudas no cubiertas por su patrimonio, deudas que ya eran líquidas, vencidas y exigibles puesto que la apertura de la liquidación habría producido en todo caso el vencimiento de las obligaciones aplazadas —art. 146.1 Ley Concursal— [realmente los efectos del art. 146 LC, desaparecen con la conclusión, ya que solo operan en el concurso con la finalidad de permitir su desarrollo. Tras la conclusión, los créditos no satisfechos recobran el vencimiento originario. Ahora bien, como tras la conclusión por inexistencia de bienes y derechos, el deudor queda en estado de insolvencia, los acreedores podrán exigir el pago de forma inmediata si el deudor adquiere nuevos bienes, pues de acuerdo con el artículo 1129.1 del Código Civil, si el deudor devino insolvente después de contraída la deuda, perderá el derecho a utilizar el plazo y los acreedores no necesitarán esperar al vencimiento originario].*

En cuanto a los créditos convertidos en dinero y que consistían en otras prestaciones (art. 146 LC) recobran también su naturaleza originaria (por ejemplo, prestaciones de hacer, de entregar cosa determinada), de modo que si no fuese posible realizar esta prestación por causa del concurso (por ejemplo, el bien que se tenía que entregar fue liquidado para pagar una deuda de la masa), los acreedores deberán recurrir, en su caso, al cumplimiento por equivalente, o a la indemnización de los daños y perjuicios, de acuerdo con las reglas generales (BELTRÁN, E., y MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Comentario al artículo 178 LC», en *Comentario a la LC. Tomo II*, 1.^a ed., Civitas, Ediciones, S. L., Madrid, 2004, págs. 2665 y 2666)].

No parece razonable —continúa diciendo el Auto— que el Juez inadmita ad limine litis el concurso por falta de activos realizable, dado que esta posibilidad de inadmisión no está legalmente prevista y las Audiencias Provinciales han advertido que «no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable» (AAP de Barcelona, de 14 de junio de 2007, reiterado en otras resoluciones). Por lo tanto, la conclusión por falta de activos del concurso del deudor persona física sin haber satisfecho la totalidad de los créditos exigiría del deudor responsable la inmediata solicitud de reapertura aún a sabiendas de que su patrimonio ha dejado de existir puesto que se ha realizado en su práctica totalidad. En la medida en la que no se puede privar al deudor del derecho a acogerse a la solicitud de concurso voluntario al juez no le quedaría otra opción que reabrir o declarar de nuevo el concurso sometiendo al deudor y a la administración concursal a todas sus fases.

Los acreedores que han visto insatisfechos sus créditos no tendrían otra opción que la de reclamar el concurso necesario, si el deudor es insolvente, o iniciar ejecuciones singulares —escenario que les evita los riesgos de la subordinación de los intereses—, les permite de nuevo abrir vías de apremio y levanta la suspensión del devengo de cualquier tipo de interés. Se da con ello la paradoja de que las expectativas de los acreedores fuera del concurso le generan menos obstáculos que en el marco del concurso, dado que los artículos 92, 55 y 58 LC no son de aplicación fuera del procedimiento concursal. En este sentido puede con-

concursado o de terceros responsables como causa de conclusión del concurso. Se trata esta de una causa ordinaria de conclusión, por frustración de la finalidad del procedimiento concursal, que opera, con o sin apertura de fase de liquidación y

siderarse que la declaración de concurso es un mecanismo de protección del deudor persona física frente a la proliferación de ejecuciones singulares frente a su patrimonio.

Por lo tanto, no es solo que el deudor tenga el deber de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes al conocimiento de la insolvencia, sino que lo hará para evitar el agotamiento que le supone la vuelta a la pluralidad de ejecuciones singulares.

Para evitar esa situación, la LC en su regulación establece la posibilidad de prorrogar la liquidación *más allá de un año*, siempre y cuando concurra una causa que justifique la dilación del periodo de liquidación —art. 153 Ley Concursal—. En supuestos como este puede decirse que formalmente concurre una causa justificada para no concluir el concurso y prorrogar la liquidación. Podría no concluirse el concurso *en atención a la existencia de patrimonio del deudor —las cantidades que periódicamente perciben en concepto de pensión—*. Don Ernesto percibe una pensión mensual de 1.462,59 euros mensuales, doña Silvia una pensión de 908,87 euros. *Una interpretación literal del artículo 145.2 de la Ley Concursal permitiría la aplicación de la totalidad de esos recursos al pago de la deuda a costa de que los deudores dejaran de tener derecho a percibir alimentos con cargo a la masa.* En este caso el deudor condenado a la inanidad o a la buena voluntad de terceros o del Estado podría destinar 2.371,46 euros al mes al pago del *crédito ordinario pendiente de satisfacción —58.692,02 euros—*; lo que determinaría que el deudor inane hubiera de ver prorrogada la liquidación durante al menos 21 meses —casi dos años— para satisfacer el crédito ordinario, prórroga superior si se tiene que satisfacer el crédito contra la masa que se genere, más los créditos subordinados.

No parece razonable que si la ley concursal no permite la extinción de la personalidad del deudor persona física, no habilite, por medio de la inanición, un fin similar; de ahí que el artículo 145.2 LC, referido a la extinción del derecho de alimentos, deba ponerse en relación con el artículo 607 LEC, referido a los bienes inembargables.

No tendría sentido que en el seno del concurso incluso en liquidación no se garantizara la inembargabilidad en términos similares a los de la LEC para evitar situaciones de exclusión social, de ahí que, de conformidad con el Real Decreto Legislativo 2030/2009, de 30 de diciembre, que establece para el año 2010 un salario mínimo interprofesional mensual de 633,30 euros, deban preservarse cuando menos estas cantidades a los concursados. Lo que determina que respecto de la señora Silvia solo pudieran aplicarse al pago de los créditos concursales la suma de 82,67 euros mensuales (el 30 por 100 de lo que supere una mensualidad del salario mínimo conforme al art. 607.2.1.^a de la LEC); y respecto del señor Ernesto, 287,98 euros. Lo que quiere decir que si a los deudores se les permitiera ese mínimo inembargable podrían destinar 370,65 euros mensuales, lo que determinaría que saldarían los créditos ordinarios en liquidación en un término de 158 meses, es decir, trece años mínimo.

Concluye el Auto que no es, por lo tanto, ni razonable ni justificado extender la liquidación durante los términos referidos. Y que tampoco es razonable una interpretación de los efectos de la conclusión del concurso que determinen su inmediata reapertura dado que no se trata de un supuesto de inexistencia de bienes o derechos, sino de la existencia de bienes razonables para cumplir con los fines de la liquidación. En este contexto deben interpretarse los efectos que prevé el artículo 178.2 de la Ley Concursal en un sentido que evite una interpretación que aún siendo literal sería perversa ya que conduciría a una situación de concurso permanente, hasta la extenuación, o una liquidación prolongada que iría en contra de los criterios de la propia Ley Concursal, de ahí que la interpretación por la que se abogue sea la de que los acreedores a los que se refiere el artículo 178.2 no deben ser los concursales, sino los postconcursales, dado que solo ellos —en la medida en la que serían créditos contra la masa desatendidos— podrían buscar en la ejecución singular una opción que no les ha facilitado el concurso. Ha de optarse por una interpretación de la norma que permita cumplir con los fines del concurso y garantizar si no la extinción de la personalidad, cuando menos la extinción de los créditos concursales una vez que se han agotado todas las vías concursales para la satisfacción de los créditos.

que es objeto autónomo y directo de una nueva resolución judicial (art. 176.2 LC). En esta causa se incluye también la insuficiencia de bienes, cuando no permita siquiera cubrir los gastos del procedimiento. El artículo 176.1.4.^o LC contemplaría, pues, no solo supuestos de *agotamiento sobrevenido de masa activa tras la declaración de concurso, sino supuestos de inexistencia o insuficiencia ab initio de dicha masa*, para *satisfacer el coste del concurso*, sin que exista posibilidad de ejercitar acciones de reintegración de la masa ni de responsabilidad de terceros en la medida suficiente para esa satisfacción (art. 176.3 LC). En este caso, el auto de conclusión no podrá dictarse hasta que no se hayan agotado realmente los bienes y derechos de la masa, pagando total o parcialmente sus propios créditos. Cuando la conclusión del procedimiento tenga lugar tras la liquidación de la masa activa (como ocurre en el caso de autos), la conclusión presupondrá la satisfacción de

Trasladando estos argumentos al supuesto presente, señala el Auto que debe advertirse que los concursados *son dos pensionistas que durante casi tres años han visto intervenido todo su patrimonio*. Como tales pensionistas en concurso, la única vía que han tenido para saldar sus deudas ha sido la liquidación de una parte importante de su patrimonio —su vivienda— lo que les ha permitido *cubrir en menos de un año más de un 45 por 100 del crédito ordinario y el 100 por 100 del crédito privilegiado*. *El resultado de la liquidación ha sido, en términos globales, más favorable para los acreedores de lo que hubiera sido un convenio en el que cuando menos se les habría sometido a una espera de un mínimo de cinco años*.

Es facultad de los acreedores la de acudir al convenio para dar una salida razonable al deudor. *No constan las razones por las que los acreedores ordinarios han abocado a los deudores al escenario liquidativo. El archivo del concurso con una interpretación literal del artículo 178.2 de la Ley Concursal obligaría a los deudores a solicitar de nuevo el concurso al día siguiente; la eternización de la liquidación iría también en contra de la voluntad del legislador al convertir la liquidación en una situación casi permanente para el deudor*.

La administración concursal ha fiscalizado las actuaciones de los deudores y el crédito ha merecido la calificación de fortuito, sin que conste que ningún acreedor haya advertido hechos relevantes en orden a la calificación del concurso como culpable. Tampoco se han detectado actuaciones perjudiciales para la masa activa que hayan obligado al inicio de acciones de reintegración —tampoco han sido sugeridas por los acreedores—. Estas circunstancias permiten considerar que en términos concursales el señor M. y la señora M. son deudores de buena fe, deudores accidentales que se han visto abocados a una situación no deseada de insolvencia definitiva que no puede ser penalizada. De ahí que se opte por una interpretación del artículo 178.2 de la Ley Concursal que permita cancelar o extinguir todo el crédito concursal que no haya sido satisfecho con cargo a la masa activa del concurso, extinción que no afecta a los créditos que hubieran nacido tras la declaración de concurso.

Esta interpretación conecta así con el objetivo, *de lege ferenda, de dar una salida razonable a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe* habilitando mecanismos que permitan conceder a estos deudores una segunda oportunidad que no les aboque a situación de exclusión social. Esta solución conecta además con las observaciones que la Unión Europea hace sobre los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores, el acceso al crédito responsable y el derecho a que el deudor de buena fe pueda recomponer su vida económica en términos similares a los que permiten otras legislaciones del entorno socio-económico español.

Por todo lo anterior el Auto acuerda la aprobación de la rendición de cuentas realizada por el administrador concursal de don Ernesto y doña Silvia, ordenando la conclusión del procedimiento concursal por inexistencia de bienes o derechos realizable de los concursados, *debiendo tener por extinguidas las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso. Sin perjuicio de las posibilidades de reapertura del concurso o una nueva declaración si aparecieran nuevos bienes o los deudores vinieran a mejor fortuna*. Ordenando el levantamiento de los efectos de la declaración de concurso en las personas declaradas en tal situación y ordenando el cese del administrador concursal.

los créditos contra la masa, que deben ser satisfechos antes que los concursales sin privilegio especial (art. 154 a 158 LC).

La LC establece un momento temporal en que puede acontecer la conclusión por inexistencia de bienes y derechos: *cuando se haya dictado sentencia que se pronuncie sobre las acciones de reintegración* (pues mientras tanto existe todavía la posibilidad de que ingresen en la masa activa bienes que pueden utilizarse para pagar a los acreedores), *o de exigencia de responsabilidad de terceros o sobre la calificación del concurso* (art. 172 LC). Hay que tener en cuenta que como consecuencia de la Sección de calificación podrían aparecer bienes para satisfacer a los acreedores, en cuanto que el juez debe condenar a las personas afectadas por la calificación y a las declaradas cómplices a devolver a la masa lo que hubieran recibido de ella indebidamente y a la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3.º LC), y si el concursado fuere una persona jurídica, podrá condenar a sus administradores y liquidadores y a quienes hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores a pagar a los acreedores lo que no obtengan con la liquidación de la masa activa (art. 172.3 LC).

Por lo tanto, para que opere esta causa de conclusión debería haber concluido la fase común del procedimiento, *pues la formación de la Sección de calificación se ordena en la misma resolución judicial que aprueba un convenio particularmente gravoso u ordena la liquidación* (art. 163 LC). Ello pese a la dicción literal del artículo 176.1.4.º LC que habla de que la conclusión procederá *en cualquier estado del procedimiento*.

No obstante, no es preciso *en todo supuesto* que se hayan ejercitado necesariamente acciones de reintegración o se haya abierto necesariamente la pieza de calificación, pues si bien iniciadas estas no puede concluir el concurso hasta su resolución (art. 176.3 LC), *en el preceptivo informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por esta causa, podrá argumentarse en el sentido del artículo 176.4 LC, porque las acciones a que hace referencia se han resuelto o porque no presenta viabilidad alguna su ejercicio, al ser previsiblemente razonada y justificada su inviabilidad*.

La conclusión se debe acordar por auto, previo informe de la administración concursal, que será puesto de manifiesto por quince días a todas las partes personadas (art. 176.2 LC) y que tendrá el contenido del artículo 176.4 LC. Es preceptivo el trámite de audiencia de las demás partes personadas. Estas deben tener la oportunidad de pronunciarse sobre la realidad de las afirmaciones realizadas en el informe de la administración concursal en torno a la inexistencia de bienes y derechos del deudor o de terceros responsables, así como a la inexistencia de acciones viables de reintegración o de exigencia de responsabilidad. El juez a la vista de todo ello, adoptará la decisión que proceda.

Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal (4).

La reforma efectuada en la LC por Ley 38/2011, de 10 de octubre, distingue claramente entre dos causas distintas de conclusión del concurso: conclusión una vez firme el auto que declare finalizada la fase de liquidación [lo que puede tener lugar sin satisfacción plena de los acreedores] y conclusión, en cualquier

(4) BELTRÁN, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 178 LC», *op. cit.*, págs. 2666, 2667 y 2671 a 2674; BELLIDO, R., «Comentario al artículo 176 LC», en *Comentario de la LC*. Tomo II, 1.ª ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004, pág. 2618 y sigs. PULGAR EZQUERRA, J., «Los concursos de acreedores sin masa activa *ab initio*: un problema a resolver», en *Diario La Ley*, núm. 6696, 19 de abril de 2007, epígrafe VI.

estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 176.1.2.º y 3.º, respectivamente). En este sentido, el nuevo artículo 176 bis, detalla una serie de especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa (5).

2. EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN POR INEXISTENCIA DE BIENES Y DERECHOS

En el Derecho anterior a la Ley 22/2003, Concursal, con la clausura de la quiebra y del concurso, los acreedores recuperaban las acciones individuales para reclamar del deudor la parte de créditos no satisfecha (arts. 905 a 907 CCo. y 1919 y 1920 CC). Subsistía, pues, el principio de responsabilidad patrimonial universal, pese a la conclusión de la quiebra o del concurso.

Igual previsión contenía el Anteproyecto de Ley de Concurso de acreedores de 1959 (arts. 114 y 118) y el Anteproyecto de LC de 1983 (art. 235). En este Anteproyecto la inexistencia de bienes y derechos no se configuraba como causa de conclusión del concurso, sino como *causa de suspensión, que dejaba subsistentes los efectos del concurso* (art. 327), pero que presuponía el cese del órgano de administración, puesto que debía presentar una cuenta general justificativa de su gestión (art. 328). La suspensión podía terminar por reapertura, a solicitud del deudor o de acreedor legitimado, cuando en el plazo de dos años aparecieran nuevos bienes o derechos en el patrimonio del deudor, o por conclusión declarada por el juez cuando en dicho plazo no hubieran aparecido nuevos bienes o derechos (art. 332).

En la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995, la inexistencia y el agotamiento de masa activa sin íntegra satisfacción de los acreedores se configura igualmente como causa de suspensión del concurso (art. 245), pudiendo adoptar el juez en la resolución de suspensión, las medidas cautelares que considere oportunas (art. 247). La suspensión termina por reapertura a solicitud del deudor o de acreedor concursal cuando dentro del plazo de cinco años ingresaran o aparecieran nuevos bienes o derechos en el patrimonio del deudor (art. 248). También podía concluir la suspensión por conclusión del concurso declarada de oficio por el juez en el caso de que transcurriera cinco años sin que se hubiera alzado la suspensión del concurso. En este caso, se preveía una *exoneración de las deudas pendientes* (art. 250.2) (6).

Como hemos visto en el epígrafe anterior, la LC configura la inexistencia de bienes y derechos para satisfacer a los acreedores como causa de conclusión del concurso, si bien esta es *provisional*, ya que *permite la reapertura del concurso, siempre que aparezcan nuevos bienes*, sobre la base de los artículos 1156 y 1157 del Código Civil y del principio de responsabilidad patrimonial universal, subsistente a pesar de la conclusión del concurso. Esta subsistencia se encuentra

(5) Aunque la ley de reforma ha entrado en vigor el 1 de enero de 2012, y las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario (art. 2.3 CC), la Disposición Transitoria 11.^a prevé una retroactividad de los artículos 176 y 176 bis, con la salvedad de su apartado 4, así como de los artículos 178 y 179 modificados también, los cuales comenzarán a aplicarse a los concursos que estén en tramitación a la fecha de la entrada en vigor.

(6) Artículo 250.2: «En el caso de que transcurran cinco años sin que se hubiera alzado la suspensión del concurso, el Juez, de oficio, pronunciará sentencia declarando extinguidos los créditos concursales en la parte que no hubieran sido satisfechos y concluido el procedimiento. Si el deudor fuera persona jurídica, la sentencia la declarará extinguida, ordenando se cancelen los asientos practicados en la hoja abierta a la deudora en el Registro público correspondiente».

declarada en el artículo 178.2 LC, que precisa la responsabilidad patrimonial universal del deudor en relación con el pago de los créditos restantes, lo que hace presuponer, como sucede en el caso del auto comentado, la realización y conclusión de operaciones de liquidación con un resultado parcial. Por lo demás, el artículo 178.2 ni modifica, ni añade, ni suprime nada a las causas de extinción de las obligaciones ni al principio de responsabilidad patrimonial universal. De modo que tras la conclusión por inexistencia de bienes y derechos, los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso (7).

En el caso del concursado persona jurídica, la conclusión del procedimiento por inexistencia de bienes y derechos produce la extinción de la misma y esta, por lo tanto, *dejará de responder de las deudas insatisfechas, sin perjuicio de una eventual reapertura del concurso*. En efecto, esto es así, pues dicha persona jurídica solo responderá de su pasivo pendiente con bienes que pudieren aparecer posteriormente (pero que realmente estaban integrados en su patrimonio antes de la conclusión del concurso), *pero no con bienes futuros*, pues la extinción de su personalidad le impide tener capacidad de adquisición de los mismos (art. 178.3 y 179.2 LC). En este caso, pues, la conclusión por inexistencia de bienes y derechos *no determina la continuación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor* (8).

(7) Al referirse el artículo 178.2 LC a la posibilidad de iniciar ejecuciones singulares contra el deudor persona física, no solo está levantando la prohibición de iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales, que constituye efecto de la declaración de concurso (art. 55.1 LC) sino que, además está otorgando a los acreedores que hayan comunicado sus créditos y hayan sido reconocidos en el concurso un título ejecutivo que podrán utilizar tras su conclusión. De acuerdo con las normas generales, constituyen título ejecutivo las demás resoluciones judiciales y documentos que por disposición de la ley lleven aparejada ejecución (art. 517.2.9.º LEC). La LC otorga a los acreedores sometidos a un procedimiento concursal una acción ejecutiva para reclamar lo que no hayan cobrado en el concurso. El título ejecutivo que proporciona la LC al acreedor exige la inclusión del crédito en la lista de acreedores. Ese título ejecutivo recoge *las modificaciones operadas en los créditos por el concurso, de modo que la ejecución derivada de él solo podrá entabarse en las condiciones en las que dicho crédito fuera reconocido en el concurso*. Ahora bien, *tras la conclusión del concurso, los acreedores recuperan sus acciones individuales para exigir el pago del crédito en las condiciones originarias, que pueden ser más favorables* (por ejemplo, porque los intereses pactados son más altos que los que se reconocieron en el concurso, porque les interesa el cumplimiento de la prestación no dineraria, etc.). de modo que no tienen por qué servirse del título ejecutivo que les proporciona el concurso, sino que pueden optar por exigir el cumplimiento del crédito en base al título originario, ejecutivo o no, del crédito. Sostener lo contrario supondría hacer de peor condición al acreedor cuyo crédito hubiera sido reconocido en el concurso que a aquél otro que no lo hubiera comunicado. Por lo tanto, tras la conclusión del concurso pueden ejercitarse otras acciones ejecutivas o acciones de otra naturaleza (no ejecutiva), de acuerdo con las normas generales y ante el juez que sea competente en cada caso. Igualmente, los acreedores podrán continuar las ejecuciones individuales que hubieran iniciado antes de la declaración de concurso (art. 55.2 LC), aunque si hubieran sido parcialmente satisfechos en el concurso, la cuantía de la ejecución se verá reducida, pudiendo el deudor oponer la excepción de pago parcial (BELTRÁN, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 178 LC», *op. cit.*, págs. 2660 a 2663). Vid. el texto del artículo 178.2 LC, tal como resulta de la reforma operada por Ley 38/2011. Téngase también en cuenta la reforma que dicha ley hace del artículo 55 LC.

(8) No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 179.2 en su nueva redacción dada por la Ley 38/2011, prevé la reapertura de la hoja registral de la persona jurídica en la forma prevista en el Reglamento Mercantil (vid. art. 178.3 en su nueva redacción).

En el caso de autos, de no haberse adoptado la resolución judicial de exoneración del pasivo pendiente condicionadamente, los acreedores habrían podido iniciar ejecuciones singulares que dieran lugar a retenciones periódicas, aplicándose las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos recogidas en el Título XVII del Código Civil, artículos 1921 y siguientes.

La nueva redacción que la Ley 38/2011 da al artículo 178, insiste en los planteamientos expuestos, sin acoger la exoneración de deudas pendientes propuesta en trámite de enmiendas en el Senado, como expondremos más adelante.

3. ALGUNOS PROBLEMAS QUE, EN ORDEN A LOS EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO, PLANTEA LA INTERPRETACIÓN DADA AL ARTÍCULO 178.2 LC POR EL AUTO COMENTADO

El argumento central del Auto, de 26 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, consiste en sostener que la aplicación estricta del principio de responsabilidad patrimonial universal, junto con el deber del deudor de solicitar la reapertura del concurso, ante la situación de insolvencia en que se encuentra tras la liquidación y conclusión del concurso por inexistencia de más activos patrimoniales que poder realizar, determina unos efectos indeseables y perversos. Esto es, para cumplir el deber que le impone el artículo 5.1 LC y evitar una proliferación de ejecuciones singulares, el concursado con pasivo pendiente tras la conclusión de un concurso en las circunstancias antedichas, tendría de forma inmediata que solicitar una nueva declaración de concurso, lo que provocaría la reapertura del anterior (art. 179 LC), a pesar de carecer ya de patrimonio realizable, dando lugar a una situación de concurso permanente (sucesivas solicitudes, declaraciones de concurso, y conclusiones por inexistencia de masa activa en cadena), insostenible y con costes inasumibles (pues no resultaría posible una inadmisión de la solicitud de reapertura *ad limine litis* por inexistencia de masa activa).

Tampoco resultaría razonable ni justificado demorar la liquidación, sobre la base del artículo 153.2 (en caso de concurrencia de causa justificada), durante plazos tan prolongados como los del caso en estudio, cuando no existen bienes razonables para ello (la aplicación del art. 607 LEC daría lugar a un reducido y residual activo ejecutable que difícilmente podría justificar el mantenimiento de la apertura del procedimiento durante tanto tiempo), habida cuenta de los gastos generados por el procedimiento y de la pronta, rápida, eficaz y económica tramitación del procedimiento que propugna en este sentido la LC (Exposición de Motivos, apartado X). La propia LC pretendería evitar la excesiva prolongación de las operaciones de liquidación, fijando con carácter general el plazo máximo de un año desde la apertura de la fase de liquidación para finalizarlas (seis meses, como aquí ocurre, en el caso del procedimiento abreviado), salvo excepción justificada, que difícilmente podría entenderse que concurre en el supuesto por las negativas contrapartidas que ocasiónaría. Parecería, pues, que debería sobreseerse el concurso, aunque expresamente no lo dijese la LC, cuando los activos fuesen manifiestamente insuficientes para atender los fines de la liquidación y las perspectivas de realización hiciesen inviable la satisfacción *en un plazo razonable*.

Para evitar, pues, las disfunciones anteriores, el Juez propugna una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC, entendiendo por créditos restantes únicamente los créditos postconcursales (créditos contra la masa), exonerando condicionalmente a los concursados del pago de los créditos ordinarios pendientes, a fin de no

incrementar su pasivo de forma innecesaria y por causas imputables a la propia utilización del procedimiento concursal.

Pero dicha interpretación afecta a otros preceptos de la LC sin que el Juzgador resuelva la forma en que los mismos deben entenderse.

En efecto, el Auto no explica si la interpretación correcta del artículo 178.2 LC es la formulada por él, cómo debe entenderse el artículo 60 LC. Este artículo, encuadrado en la Sección 3.^a, Capítulo 2.^o del Título III de la LC, «*Efectos [de la declaración de concurso] sobre los créditos en particular*» señala: «1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.

...3. *En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso*». Es decir, el precepto presupone que tras la conclusión del concurso pueden quedar *créditos anteriores a la declaración de concurso pendientes de pago, y consiguientemente acciones ejercitables, cuyo plazo de prescripción se inicia nuevamente*. Lo cual no se compagina con la mencionada interpretación restrictiva del Auto en cuestión (9).

Pero es que tampoco se compagina con la mencionada interpretación, la regulación del artículo 179 LC sobre la reapertura del concurso.

4. LA REAPERTURA DEL CONCURSO

El presupuesto material que habilita para la reapertura del concurso, se encuentra implícitamente determinado en el artículo 179.2 LC. Se señala en este precepto, con relación a las personas jurídicas, que la reapertura se limitará a la fase de liquidación de *los bienes y derechos aparecidos con posterioridad*. Por lo tanto, el presupuesto material de la reapertura del concurso consiste en la *aparición de bienes y derechos sujetos a responsabilidad por los créditos reconocidos en el proceso archivado y que no hallaron en él una cabal satisfacción* (10).

(9) La Ley 38/2011 ha modificado el artículo 60 LC, que queda redactado con el siguiente tenor:

«1. *Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.*

2. La interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas.

3. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.

También quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley.

4. *En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso*.

(10) Dichos bienes y derechos aparecidos pueden ser tanto bienes adquiridos después de la conclusión del concurso anterior (en el caso de personas físicas), como bienes que no se conocían en el momento de la conclusión, aunque ya se encontraran en el patrimonio del concursado o de un tercero responsable. Que el presupuesto material es el indicado también se deduce del artículo 180.1 al hablar de la actualización del inventario: «...La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad...».

Como señala BELLIDO (11), la razón de ser del artículo 179 LC reside en que la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos no extingue la responsabilidad del deudor respecto del pago de los créditos insatisfechos en el proceso concluido, citando en apoyo de esta afirmación la Exposición de Motivos de la LC, que conecta claramente el instituto de la reapertura con el mantenimiento de la responsabilidad patrimonial universal del deudor tras la conclusión. En efecto, en su apartado IX, la citada Exposición indica: «En los casos de conclusión por inexistencia de bienes y derechos del concursado o de terceros responsables, con los que satisfacer a los acreedores, *que conservan su derecho a hacer efectiva la responsabilidad del deudor sobre los que en el futuro aparezcan, la Ley contempla también la reapertura del concurso*, tanto si se trata de deudor persona natural como de persona jurídica. En este último caso, puesto que la conclusión por inexistencia de activos patrimoniales lleva consigo la extinción de la persona jurídica, la reapertura por aparición posterior de bienes y derechos se concretará a liquidarlos; pero si se trata de persona natural, *la continuación de su actividad patrimonial habrá podido reflejarse tanto en la aparición de activos como de nuevos pasivos, lo que habrá de tenerse en cuenta en la actualización del inventario y de la lista de acreedores*» (12).

Pero es que además, el artículo 180 LC, al hablar de la actualización de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior, señala que la actualización de la lista de acreedores consistirá en indicar la «*cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes, y a incorporar a la relación los acreedores posteriores, créditos subsistentes, que la LC no precisa deban ser exclusivamente créditos contra la masa*». Es posible que para salvar las disfunciones que la interpretación restrictiva del artículo 178.2 propugnada plantea con respecto a la regulación de la reapertura del concurso, el Auto establezca precisamente una exoneración del pasivo pendiente *condicional, o provisional, no definitiva, que en última instancia lo que impide es el inicio de enajenaciones singulares por los acreedores o el surgimiento de la hipotética obligación de solicitar inmediata reapertura del concurso, pero no la reapertura o la declaración de nuevo concurso, si aparecieran nuevos bienes o los deudores llegasen a mejor fortuna*.

La interpretación del Auto plantea, pues, importantes disfunciones con preceptos varios de la LC y maximaliza el deber de solicitar la reapertura del concurso, pues, de los preceptos comentados se infiere que tal deber *quedó supeditado al presupuesto de la aparición de nuevos bienes y derechos*, por lo que es evidente

(11) BELLIDO, R.: «Comentario al artículo 179 LC», en *Comentario de la LC*. Tomo II, 1.^a ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004, págs. 2678 y 2679.

(12) Para que proceda la reapertura del proceso concursal archivado que se hubiere dirigido frente a una persona natural es preciso también la concurrencia de un presupuesto temporal consistente en que no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido en la Ley (art. 179.1), que es de cinco años. El significado de esta norma no es que no pueda procederse a realizar una nueva declaración de concurso del deudor persona natural una vez transcurridos cinco años desde la terminación de un concurso anterior si concurren los presupuestos establecidos en la ley (art. 2), pues su personalidad jurídica, su responsabilidad patrimonial universal por el pasivo insatisfecho en el concurso anterior concluido y la posible asunción de nuevas deudas subsisten, *sino incorporar una norma especial sobre caducidad de la instancia, de manera que, pasado dicho plazo, no puede reabrirse el proceso ya terminado, ni incorporar las actuaciones de este al nuevo proceso en curso como consecuencia de la nueva declaración* (BELLIDO, R., «Comentario al artículo 179 LC», *op. cit.*, pág. 2679).

que la Ley *no impone una inmediata solicitud de declaración de concurso en un caso como el enjuiciado*, no pudiendo entenderse que la omisión de tal solicitud inmediata acarrearía para el deudor las sanciones que la Ley impone en caso de omisión del deber del artículo 5 en relación con el artículo 2 de la LC. Es más, la LC, aunque el Auto comentado parece entender que no hay una expresa previsión de conclusión de la liquidación en situaciones como la enjuiciada, parte de la posible conclusión del concurso por *insuficiencia de bienes y derechos del deudor o de un tercero responsable para satisfacer los fines de la liquidación, pues entre las actuaciones que el artículo 180 LC señala para la actualización del inventario se indica la de corregir la valoración de los bienes y derechos subsistentes*. Más explícitamente, la nueva redacción dada al artículo 152.2 LC por Ley 38/2011 señala: «Concluida la liquidación de los bienes y derechos del concursado y la tramitación de la Sección de calificación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe final justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado. *No impedirá la conclusión que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal*». A nuestro juicio, pues, insistimos, se incurre en una interpretación maximalista de la LC que conduce al juzgador a entender existentes unas disfunciones que realmente la LC no provoca (13).

III. A PROPÓSITO DE LA AFIRMACIÓN DE QUE EL CONCURSO DEL CONSUMIDOR NO RESUELVE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR

Es frecuente en la doctrina la afirmación de que el concurso del consumidor no resuelve su situación de sobreendeudamiento o insolvencia. Idéntica afirmación efectúa el juzgador en la resolución que se comenta cuando señala que el concurso del caso concluye *sin superar el presupuesto objetivo del concurso, o sea, el estado de insolvencia del deudor. Por esta razón se presenta como necesidad*

(13) La Ley 38/2011 da una nueva redacción al artículo 179 LC del siguiente tenor:

«1. La declaración de concurso de deudor, persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por liquidación o insuficiencia de masa activa tendrá la consideración de reapertura de este. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior.

2. La reapertura del concurso de deudor, persona jurídica, concluido por liquidación o insuficiencia de masa será declarada por el mismo juzgado que conoció de este, se tratará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24, procediendo también la reapertura de la hoja registral en la forma prevista en el Reglamento del Registro Mercantil.

3. En el año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa, los acreedores podrán solicitar la reapertura del concurso con la finalidad de que se ejerçiten acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido».

imperiosa la exoneración del pasivo pendiente, solución que sí permitiría superar tal presupuesto objetivo.

Desde esta perspectiva, el concurso se concibe como un procedimiento «inútil». Sin embargo, a nuestro juicio, esto no es así. Hay que tener en cuenta que el fin primordial del concurso, de toda legislación concursal, es *la satisfacción lo más equitativa y eficiente posible de los créditos de los acreedores, particularmente ordinarios, concediendo al mismo tiempo ciertos beneficios al deudor insolvente*.

Ante una situación de sobreendeudamiento del consumidor, «la ejecución global que supone el procedimiento concursal parece más recomendable *a priori* que sucesivas ejecuciones singulares, siempre que se den los presupuestos objetivos y subjetivos del concurso. Ya la propia declaración de concurso produce efectos beneficiosos para el consumidor sobreendeudado: si hay convenio, puede evitar la ejecución de su patrimonio; se impide el inicio de nuevas ejecuciones singulares y se suspenden las ya iniciadas —salvo los casos... de los acreedores con garantía real de bienes no afectos—; se suspende el devengo de intereses legales o convencionales —excepto los créditos de garantía real (art. 59 LC) y los salariales—, se genera un derecho de alimentos, del artículo 47 LC. Además la paralización de las ejecuciones y del devengo de intereses permite que el concursado disponga de un tiempo adicional para negociar un arreglo financiero de la situación...» (14). La posibilidad de que se rehabiliten créditos y contratos (arts. 68 y 69 LC), la enervación del desahucio en arrendamientos urbanos (art. 70 LC), así como la posibilidad de solicitar la resolución de contratos en interés del concurso (art. 61.2 LC), o de que se acuerde por el juez el cumplimiento del contrato, aunque exista causa de resolución, atendiendo al interés del concurso, son otros tantos beneficios de que puede disponer el deudor concursado. Algunos de los beneficios del concurso se derivan del carácter voluntario del mismo (así, art. 40.1 LC, por ejemplo), otros son comunes al concurso necesario. Precisamente todos estos beneficios del concurso incentivan el cumplimiento por el deudor del deber de solicitar la declaración (15).

(14) ÁLVAREZ LATA, N., «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema...», *op. cit.*, págs. 174 a 176.

(15) Estos incentivos positivos son mayores que los llamados incentivos negativos. Esto es, también se incentiva de forma negativa el cumplimiento del deber de solicitar el concurso, a través de la sanción que recae sobre el deudor en supuestos de incumplimiento. Antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, el artículo 105 LC prohibía al concursado que había incumplido el deber de solicitar el concurso (si el concurso se declaraba a solicitud de otros legitimados), presentar propuesta anticipada de convenio, cuya aprobación se facilita mediante el sistema de adhesiones individuales de los acreedores, no teniendo, por tanto, que ser aprobado el convenio en junta. Actualmente, tras la reforma, ya no existe tal prohibición, pero persiste la de calificación del concurso como culpable. Con arreglo al artículo 165.1.^º LC, se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa grave, que califica el concurso como culpable (art. 164.1) cuando el deudor hubiera incumplido el deber señalado (art. 165.1.^º LC). El deudor, persona física, podría sufrir la sanción señalada en el artículo 172.2.2.^º LC, que es una sanción importante, aunque se ha señalado que la verdadera eficacia disuasoria del incumplimiento del deber de solicitar el concurso se encuentra en el régimen de responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC, aplicable al deudor persona jurídica con forma societaria mercantil. De modo que las sanciones conectadas al incumplimiento del deber de solicitar el concurso tendrían una escasa eficacia incentivadora de la solicitud de concurso voluntario en el caso del deudor persona física, siendo mayores los incentivos positivos (PULGAR EZQUERRA, J., «El

Se insiste en señalar que la LC no presta una atención específica al consumidor, ni tan siquiera tras la reforma operada por el Real Decreto Legislativo 3/2009, previendo un procedimiento especial (que podría existir en la propia LC o en el ámbito de la legislación de consumo) y soluciones específicas para el mismo. Si bien esto es cierto, no hay que olvidar, que antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, existía una tramitación abreviada del concurso de acreedores (art. 190 LC), que el juez debía aplicar «cuando el deudor sea persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 10.000.000 de euros». Ello permitía reducir el coste económico y temporal del concurso, suponiendo un importante beneficio para el concursado consumidor. No obstante, ha sido objetivo de la última reforma, como se expresa en su Exposición de Motivos (IV): «que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar los costes. Para ello, *se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado...*».

La Ley se detiene en la regulación de un verdadero concurso abreviado, ofreciendo soluciones más rápidas y económicas cuando concurren determinadas circunstancias que la experiencia de estos años de aplicación de la Ley Concursal ha permitido constatar...». Si bien el contenido del nuevo artículo 190 parece contemplar primariamente al deudor empresario, lo cierto es que también es aplicable el nuevo procedimiento abreviado al consumidor, pues, «el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

- 1.^a *Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.*
- 2.^a *Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.*
- 3.^a *Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.*

«Cuando el deudor sea una persona natural, el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica» (16).

Por otro lado, «aun cuando no se contemple formalmente una tramitación procedimental especial en relación al concurso del consumidor, a lo largo del articulado de la LC se contemplan algunas normas especiales que solo son aplicables a los deudores, personas naturales, y por ende al consumidor, persona

presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (coords.), Editorial Aranzadi, 1.^a ed., Cízur Menor, 2009, págs. 86 a 89). Otro incentivo a la pronta declaración del concurso por el deudor se deriva del artículo 22 LC.

(16) Según la Disposición Transitoria decimotercera de la Ley 38/2011, «los apartados 5 y 6 del artículo 184 y los artículos 190, 191, 191 bis, 191 ter y 191 quáter de la LC, modificados por esta Ley, serán de aplicación en los procedimientos concursales que se inicien a partir de la fecha de su entrada en vigor».

natural: normas relativas al emplazamiento del deudor (art. 184.7 inciso 2.º), a la publicidad registral de la declaración de concurso (art. 24.1), fallecimiento del concursado (art. 182), derecho de alimentos (arts. 47 y 84.2.4.º LC), personas relacionadas con el deudor (arts. 93.1 y 92.5.º LC), efectos de la apertura de la liquidación (art. 145.2), de la conclusión (art. 178.2) o la reapertura del concurso (art. 179.1). Todo ello debe completarse además con aquellas otras normas que contemplan el supuesto en que el deudor, persona natural, esté casado, en los que normas especiales disciplinan el contenido de la memoria que debe acompañar el propio deudor con su solicitud de concurso o adjuntar en supuestos de concurso necesario, en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto de declaración del concurso de acreedores (art. 6.2.2.º II en conexión con el art. 21.1.3.º LC). Asimismo en otras normas se regulan los bienes conyugales (arts. 77 y 78), los créditos contra el cónyuge del concursado (art. 84.1, inciso 2.º), la formación del inventario (art. 82.1, inciso 2.º) o el derecho del cónyuge del concursado a solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal (art. 77.2, inciso 2.º)» (17).

Además, la obtención de los beneficios ligados a la declaración de concurso no se vincula exclusivamente al estado de insolvencia actual del deudor sino incluso al caso de sobreendeudamiento que no llega a la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles. En este sentido se pronuncia Emilio BELTRÁN: «En la mayoría de los casos, el concurso se declara cuando el activo es inferior al pasivo (hay insuficiencia patrimonial). Pero con cierta frecuencia, el estado de insolvencia coexistirá con un superávit patrimonial, porque no es posible liquidar el patrimonio o porque no será posible hacerlo ordenadamente y ni siquiera será posible la obtención de crédito o su aplazamiento. En algunos casos excepcionales, se encontrarán también en estado de insolvencia aquellos deudores que, a pesar de tener bienes suficientes y a pesar incluso de que podrían obtener liquidez a corto plazo, no podrían cumplir regularmente las obligaciones. Si entendemos por cumplimiento regular el realizado de acuerdo con los medios ordinarios, regulares, con que cuente el deudor, parece claro que, cuando ejercite una actividad empresarial o profesional, será cumplimiento regular el realizado según las reglas observadas por los operadores económicos en el sector de actividad de que se trate, y, además, con medios normales derivados del ejercicio de la actividad, de modo que será insolvente, el deudor que no pueda afrontar las deudas con los medios ordinarios, normales, corrientes, regulares, y en el mismo sentido, cuando se trate de un consumidor, la regularidad, y por tanto la solvencia, habrá de ser apreciada en relación con sus ingresos ordinarios.

Si eso es así hay que entender que el sobreendeudamiento o endeudamiento excesivo constituye al consumidor en estado de insolvencia. Es verdad que cuando se habla de sobreendeudamiento no se está haciendo referencia necesariamente a una situación de insolvencia, de imposibilidad de satisfacer las obligaciones, sino a una situación en la que se supera determinado nivel de deudas considerado razonable. Sin embargo, la LC define la insolvencia de una forma tan amplia que ... no parece que exista inconveniente alguno en la mayoría de los casos para declarar el concurso del consumidor sobreendeudado, en la medida en que no solo se encuentran en estado de insolvencia quienes carecen de bienes suficientes para hacer frente a sus obligaciones exigibles (situaciones de insuficiencia patrimonial), sino también

(17) PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, 1.ª ed., La Ley, Madrid, 2005, págs. 201 y 202.

aquellos que, a pesar de tener bienes suficientes, carecen de la liquidez necesaria para cumplir sus obligaciones (situaciones de iliquidez) e incluso aquellos cuyos ingresos ordinarios o regulares no basten para satisfacer sus obligaciones a medida que estas vayan haciéndose exigibles.

Por el contrario, es indiferente a los meros efectos de la declaración de concurso, que el sobreendeudamiento sea activo, es decir, que derive de un endeudamiento excesivo desde su origen o pasivo, es decir, que se produzca como consecuencia de una circunstancia sobrevenida» (18).

Existen pues efectos beneficiosos indudables del concurso para el consumidor sobreendeudado, lo que no convierte en «inútil» al procedimiento, e incluso este podrá, teniendo presente lo expuesto por Emilio BELTRÁN, permitir *regularizar* la situación de un consumidor sobreendeudado que aún no presenta una situación de insuficiencia de activo. Ello no significa que la Ley Concursal no pueda ser mejorada en cuanto a su atención al deudor consumidor, para obtener una mayor utilización de la misma, pues lo cierto es que las cifras de concurso de personas físicas en España son cuantitativamente anecdóticas (19).

IV. DISTORSIONES DEL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA: ¿SALVABLES POR VÍA INTERPRETATIVA?

Se ha dicho que en las distintas fases y efectos del nuevo concurso de acreedores, *parece partirse de la condición empresarial del deudor*, en la que se apoya la finalidad conservativa del concurso y la continuación en el ejercicio de la actividad empresarial (art. 44 LC), así como la paralización de la ejecución de las garantías reales tras la declaración del concurso, sobre bienes afectos a la actividad empresarial (20). Si bien puede decirse al mismo tiempo con FERNÁNDEZ SEJO que si se realiza una primera lectura de la LC, se aprecia que la misma se redacta sobre la base del deudor *persona física [empresario individual, profesional o consumidor]*, y que cuando hay que referirse al concursado persona jurídica, el texto normativo hace expresa mención a dicha circunstancia.

Es innegable, desde luego, que la LC (y la reforma efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), presta una atención especial a la insolvencia de las personas jurídicas, especialmente de comerciantes, pero dada la unidad subjetiva, de disciplina y de procedimiento de la que parte, tampoco la LC olvida a la persona física, como demostramos en el epígrafe anterior.

(18) BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (coords.), 1.^a ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2009, págs. 130 y 131.

(19) Vid. FERNÁNDEZ SEJO, J. M., «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un proceso concursal», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, 1.^a ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2008. CUENA CASAS señala, tomando los datos de la página web del INE (www.ine.es), que en el último trimestre de 2010, en plena crisis económica y habiendo alcanzado los cuatro millones de parados, de un total de 1.489 concursos, solo 284 lo fueron de persona física, con y sin actividad empresarial (un 19 por 100 del total), contrariamente con lo que ocurre en otros ordenamientos, como el estadounidense en el que es la cifra de insolvencia empresarial la que es residual (CUENA CASAS, M., *Fresh start y mercado crediticio*», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), Barcelona, julio de 2011, nota 10).

(20) PULGAR EZQUERRA, J., «La declaración del concurso de acreedores», *op. cit.*, pág. 190.

No obstante, la doctrina insiste en señalar *distorsiones que presentaría la LC en el tratamiento de la insolvencia de la persona física*. Nuestra tesis es que, por lo menos, algunas de esas distorsiones podrían resolverse por vía interpretativa, mientras una adecuada reforma, en su caso, no las resolviese.

Se señala que ciertas características de la insolvencia del consumidor no se adaptan a la estructura del concurso, máxime cuando algunos de los efectos de los que goza el deudor empresario no son trasladados al deudor persona física. En este sentido se señala que la LC no prevé ningún tipo de protección de la vivienda familiar. Ni hay protección especial de la vivienda no hipotecada, tanto si es privativa del concursado como si es ganancial, siempre que responda de obligaciones del concursado, lo que sucederá ex artículo 1373 del Código Civil, *ni se paralizan ejecuciones hipotecarias en caso de bienes no afectos* (ex art. 56 LC), como es la vivienda del deudor. Sí, en cambio, hay posibilidad de enervar el desahucio y de rehabilitar el contrato (art. 70 LC) (21). Sin embargo, es preciso tener en cuenta el artículo 78.4 LC, así como una posible interpretación de los artículos 55 y 56 LC, que no están aplicando los Tribunales, pero que es sostenible según demostramos en otro lugar (22), y que permitiría una mayor protección de la vivienda familiar, en espera de una reforma de la LC que establezca claramente la paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar como efecto de la declaración de concurso.

En cuanto a los inconvenientes que en materia de concursos conexos se plantean para las personas casadas (arts. 3.5 y 25.3 LC), han sido resueltos por vía interpretativa (23). «En supuestos en que concurra en ambos cónyuges una situación de insolvencia y hubieran sido declarados en concurso se prevé en la LC que la administración concursal de cualquiera de ellos podrá solicitar la acumulación de los procedimientos concursales ya declarados (art. 25.3 LC), sin que legalmente se contemple expresamente en estos supuestos la posibilidad de solicitud conjunta de concursos, esto es, desde la declaración misma del procedimiento y no con posterioridad a dicha declaración, que en principio solo se contempla cuando el concurso es necesario, en los supuestos contemplados en el artículo 3.5 LC, esto es, en situaciones de confusión de patrimonios entre los deudores o si siendo estos personas jurídicas forman parte de un mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones (art. 3.5 LC).

No obstante, la jurisprudencia derivada de los nuevos Juzgados de lo Mercantil ha procedido en sus primeros pronunciamientos a una interpretación extensiva de los supuestos en que procedería una solicitud de declaración conjunta de concurso, que presenta indudables ventajas procesales particularmente para los acreedores frente a una posterior acumulación de procedimientos ya declarados (art. 25 LC), admitiendo en supuestos de situación acreditada de insolvencia en ambos cónyuges la declaración conjunta del concurso de estos sobre la base de

(21) Vid. CUENA CASAS, M., *Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física*. eprints.ucm.es/9714/1/Cuena_Deficiencias_LC.pdf.

(22) JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2011, núm. 725.

(23) Vid. CUADRADO PÉREZ, C., «La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 2011, núm. 728.

una interpretación extensiva del artículo 3.5 LC, con tramitación coordinada y facultativamente administración concursal única, no solo en supuestos de concurso necesario, como parece derivarse del tenor literal del artículo 3.5 LC, sino incluso en supuestos de concurso voluntario decidiendo de oficio dicha declaración conjunta el juez competente para declarar el concurso. Se tramitarán así de manera coordinada, desde un momento inicial, los procesos concursales de ambos cónyuges, determinando las deudas privativas y las comunes así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes [en esta línea, Auto de declaración de concurso voluntario en un supuesto de insolencia de ambos cónyuges, de 29 de diciembre de 2004, Juzgado de lo Mercantil, núm. 3, Barcelona. Vid. Texto íntegro en RCP, núm. 3, págs. 210-215]» (24). Esta solución jurisprudencial ha sido acogida por el legislador en la reforma operada por Ley 38/2011 (25).

Se ha indicado que el convenio anticipado, al superponerse con la fase común, intentaba paliar la larga duración del procedimiento, y por lo tanto, los costes del concurso (se reconoce la existencia de múltiples créditos contra la masa que constituyen, en definitiva, su coste). E igualmente, se decía, lo ha intentado el procedimiento abreviado, si bien este no constitúa una solución para la insolven-

(24) PULGAR EZQUERRA, J., «La declaración del concurso de acreedores», *op. cit.*, pág. 196.

(25) El apartado 18 del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, añade un nuevo Capítulo III al Título I de la Ley, que modifica el artículo 25 y añade los nuevos artículos 25 bis y 25 ter.

Artículo 25: «1. Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges...

2. El acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges...

4. Será juez competente para la declaración conjunta de concurso el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo...».

Artículo 25.bis: «1. Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes:

...5.º De los cónyuges.

...2. En defecto de solicitud por cualquiera de los concursados o por la administración concursal, la acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado.

3. La acumulación procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados. En ese caso, la competencia para la tramitación de los concursos acumulados corresponderá al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso...

Artículo 25.ter: «1. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas.

2. Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificadas».

La Disposición Transitoria 8.^a prevé que «los artículos 25.bis y 25.ter de la LC, modificados por esta ley, serán de aplicación a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, siempre que en ninguno de ellos se hubiesen aprobado los textos definitivos, lista de acreedores e inventario». Como el artículo 25 ha entrado en vigor el 1 de enero de 2012 (Disp. Final 3.^a-1) para los procedimientos que se inicien a partir de entonces, *las soluciones aportadas por la jurisprudencia podrán seguirse aplicando a los procedimientos concursales que se hubieran iniciado antes de la fecha de entrada en vigor de la reforma concursal*.

cia del consumidor. Se daban dos razones: porque era una simple especialidad del procedimiento ordinario y en modo alguno un procedimiento especial y en segundo lugar porque las dos especialidades que se preveían en el mismo, reducción del coste temporal y económico al reducirse a la mitad los plazos previstos en la LC y la previsión del nombramiento de un solo administrador concursal (lo que también reduce el coste del procedimiento) no eran suficientes para el tratamiento de la insolvencia del consumidor. Sin embargo, sobre este aspecto ha incidido la reforma integral de la LC, como ya hemos apuntado antes creando un verdadero procedimiento abreviado. A ello puede unirse la reforma en materia de notificaciones y publicidad concursal (art. 6 del RDLey 3/2009), que se ha dicho supone un importante avance en la protección del consumidor, si bien, podría reflexionarse, como señala Emilio BELTRÁN acerca de la conveniencia de que la administración concursal de los concursos de los consumidores fuese encargada a funcionarios o a miembros de las juntas arbitrales de consumo, que desempeñasen esa función sin coste añadido (26).

Se indica también que la LC penaliza la solidaridad familiar, al considerar créditos subordinados los de las personas especialmente relacionadas con el deudor (arts. 92.5 y 93 LC) (27). Los créditos frente al concursado de que sean titulares quedan legalmente postergados, recibiendo un trato peor que el de los acreedores ordinarios, tanto en caso de convenio (la espera pactada comenzará a contar cuando hayan sido satisfechos los créditos ordinarios) como, sobre todo, en caso de liquidación, ya que los créditos subordinados solo podrán ser satisfechos en el caso de que hayan sido pagados íntegramente los créditos ordinarios. Además, las adquisiciones de bienes realizadas del concursado a título oneroso por dichas personas en los dos años anteriores a la declaración de concurso (incluso derivada de los acuerdos conyugales en caso de nulidad, separación o divorcio refrendados judicialmente), se presumen perjudiciales, y por tanto, son rescindibles, salvo prueba en contrario (art. 71.3.º LC). Igualmente, las donaciones presumidas entre cónyuges casados en régimen de separación de bienes (art. 78.1. y 2 LC) (28). Sin embargo, a nuestro juicio, y en una primera aproximación, por lo menos algunas de las medidas indicadas, constituyen un escudo protector a favor de los acreedores frente a posibles fraudes.

Se ha señalado que el consumidor necesitaría un convenio preventivo específico (solución preconcursal). En este sentido se indica que un procedimiento preventivo extrajudicial, apoyado en los profesionales jurídicos especialmente cualificados —notarios y registradores— se encontraba diseñado bajo el nombre de suspensión de pagos en la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995, redactada por el profesor Ángel Rojo. Pero no hay que olvidar que la LC permite la propuesta anticipada de convenio. Se trata, como se ha indicado antes, de superponer la tramitación del convenio (no solo la propuesta, sino también la aceptación por los acreedores y la aprobación judicial) a la fase común del concurso. Esta figura, unida a la posibilidad de solicitar el concurso voluntario en caso de insolvencia inminente, permite al deudor consumidor instar su concurso antes de que ocurra el estado de insolvencia, de modo que de alguna manera, vendría a ocupar el papel del convenio preventivo. Teniendo presente que las prohibiciones diseñadas en el artículo 105 LC están concebidas mayormente

(26) BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, págs. 127 a 128.

(27) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(28) BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, págs. 138 a 140.

para empresarios y profesionales, los consumidores, con carácter general pueden acceder a esta solución del concurso. La norma del artículo 105 LC beneficia al consumidor (29).

(29) BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, pág. 125 a 127. El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado, Convergencia i Unió, propuso una enmienda al Artículo único. Uno del Proyecto de Ley de reforma de la LC (que ha dado lugar a la Ley 38/2011), en el sentido de añadir un apartado 4 al artículo 5 de la LC, en el cual se reconocía la posibilidad de un convenio extrajudicial del deudor, persona natural, con sus acreedores, alcanzable mediante un procedimiento notarial. Se trataba de desjudicializar y promover la solución convencional de la insolvencia del deudor, persona natural. El texto propuesto era el siguiente: «El deber de solicitar la declaración de concurso tampoco será exigible al deudor, persona natural, que haya iniciado el procedimiento notarial legalmente previsto para promover un convenio con sus acreedores y lo ponga en conocimiento del Juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses desde la comunicación al Juzgado, el deudor que no haya alcanzado un pacto con los acreedores, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, *si subsiste la insolvencia*».

A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, y dentro del procedimiento notarial, legalmente previsto, el deudor persona natural podrá promover ante notario un convenio con sus acreedores, sobre la base de los bienes y derechos de que aquel sea titular. El convenio podrá establecer condonaciones y esperas y será vinculante para todos los acreedores a los que el deudor haya notificado fehacientemente el inicio del procedimiento notarial, siempre que se adhieran al mismo acreedores cuyos créditos en conjunto representen más de un 50 por 100 del valor total de las deudas sobre cuya existencia e importe exista conformidad con el deudor. A efectos del cómputo, no se incluirán los acreedores con garantía hipotecaria o pignorativa, que solo quedarán afectados por el contenido del convenio si votan a favor del mismo.

Cualquier persona natural o jurídica con interés legítimo podrá impugnar ante los Juzgados de lo Mercantil del domicilio del deudor la validez del convenio notarial a que se refiere el párrafo anterior, si se hubiera alcanzado en fraude de acreedores o con preterición negligente de algún bien o derecho o de alguna deuda. La estimación de dicha impugnación determinará el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso de acreedores. Los pagos realizados en virtud del convenio serán reintegrables a la masa del concurso.

El acreedor que haya sido omitido en la relación de acreedores incorporada en el procedimiento notarial no quedará vinculado por el convenio que, en su caso, se alcance y podrá ejercitar individualizadamente sus derechos ante los tribunales de justicia para la satisfacción de sus créditos, pero no podrá impugnar dicho convenio» (del mismo tenor fue la enmienda, núm. 124 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés).

Esta enmienda se completaba con la enmienda número 5 del mismo grupo (Convergència i Unió) en la que se proponía añadir una Disposición Adicional sexta a la LC, en la que se regulase «el procedimiento notarial destinado a la liquidación patrimonial por sobreendeudamiento de las personas naturales». El texto propuesto era el siguiente:

«1. El procedimiento regulado en esta disposición se aplicará exclusivamente a las personas naturales.

2. La persona física o los cónyuges que se encuentren en situación de sobreendeudamiento podrán iniciar el presente procedimiento notarial ante Notario hábil para actuar en la población en que tengan su domicilio familiar habitual.

3. El solicitante deberá declarar, y si fuese menester aportar o exhibir la documentación necesaria para ello, lo siguiente:

a) La descripción de todo su activo patrimonial, que en lo que concierne a los bienes, derechos o cualquier otra titularidad registrable, deberá contener necesariamente los datos que permitan su identificación registral.

b) La descripción suficiente que permita identificar las deudas, con singular determinación de los acreedores y de sus circunstancias personales o sociales.

Se señala también que pese a que la reforma de 2009 ha incentivado las propuestas anticipadas de convenio, las soluciones convencionales que prevé la LC en el concurso del consumidor presentan algunos problemas. Teniendo en cuenta los requisitos de las mismas, y los supuestos en que dichos requisitos son excepcionados, es claro que son proposiciones pensadas, sobre todo, para el ámbito del deudor empresarial. Además los acreedores carecen de incentivos hacia el convenio, ya que al no haberse establecido fórmula alguna de liberación de deudas, el deudor va a responder de todas sus obligaciones con todo su patrimonio presente y futuro, independientemente del resultado del concurso (art. 1911 CC y art. 570 LEC). Por otro lado, la posibilidad de alcanzar quitas y/o esperas, se ve dificultada porque algunos de los principales acreedores del consumidor serían las entidades financieras que, como acreedores privilegiados, podrían abstenerse en la votación del convenio, dificultando la obtención de las mayorías legales (30).

Frente a lo expuesto, cabe alegar que una invocación al artículo 14 y a los artículos 51 y 53 de la CE podría permitir al Juez del Concurso, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de los límites del artículo 100.1 LC. Un convenio más flexible, que pueda incorporar un verdadero plan de pagos (aunque de suyo el convenio que cumple con los límites del art. 100.1 permite crear un calendario de pagos) puede así resultar mucho más atractivo para los acreedores que la liquidación, teniendo presente que en el mismo *pueden pactarse limitaciones a las facultades de administración y disposición del deudor* (arts. 133 y 137 LC) que garanticen el cumplimiento del convenio y el de las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel (art. 142.3 LC). Por otro lado, la interpretación que hemos formulado en otro lugar sobre los artículos 55 y 56 LC, favorecería que el acreedor privilegiado con garantía sobre bienes no afectos (pensamos en la vivienda familiar) pudiera tener mayor interés en obtener prontamente un convenio, para lo cual aportaría su adhesión o voto favorable (pues excluido su derecho de ejecución separada (arts. 55.4 y 56 LC) quedaría sujeto a las vías de solución del concurso, convenio, con derecho de abstención, o liquidación).

Insistiremos ahora sobre el punto indicado en el Auto acerca de la imposibilidad, en palabras del Juzgador, de inadmitir *ad limine litis* la solicitud de declaración de concurso, cuando no hay masa activa suficiente, y que justificaría una situación de concurso permanente *del deudor cuyo concurso concluyó por inexistencia de bienes y derechos con los que continuar la liquidación*.

Son concursos sin masa *ab initio* aquellos en los que desde el momento mismo en que se presenta la solicitud de concurso (voluntario o necesario), se manifiesta una inexistencia de bienes y derechos del deudor o una insuficiencia de estos *para poder cubrir las deudas de la masa*, «*no tanto en su vertiente de obligaciones, pues la propia inexistencia o insuficiencia de masa determinará que*

c) El nombre y demás circunstancias necesarias del Letrado colegiado en quien delega la negociación.

d) La propuesta que ofrece para la mejor satisfacción de sus deudas, dentro de lo que pueda alcanzar a satisfacerse con los bienes declarados.

4. El notario comunicará el inicio del presente procedimiento notarial a todos los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles u otros en que pueda constar la titularidad de elementos del activo susceptibles de registrarse».

Esta solución extrajudicial no fue finalmente acogida por el legislador.

(30) ÁLVAREZ LATA, N., «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema...», *op. cit.*, epígrafe 4.2.

sean pocas las obligaciones que se contraigan durante el procedimiento, cuanto en su vertiente de “gastos del procedimiento”, que nacen para hacer posible el concurso (PULGAR EZQUERRA). Para una opinión, declarar un concurso en estas circunstancias resultaría antieconómico, pues no se podría cubrir los gastos de la masa, y la masa pasiva se incrementaría, sin poder atenderse además a la retribución de la administración concursal. En el caso de deudores, personas físicas consumidores, se señala que es más frecuente en la práctica que se dé esta situación, pues estos suelen tener un solo bien (normalmente la vivienda habitual, cuya adquisición se financió con un préstamo con garantía hipotecaria) o bien cuentan únicamente con el salario que perciben mensualmente, del cual solo la parte embargable integraría la masa activa del concurso [el AJM, núm. 1 de Alicante, de 12 de septiembre de 2008, califica como concurso sin masa aquel en que el único patrimonio que compone la masa activa de un deudor consumidor es la parte embargable de su salario]. No obstante, en estos casos el problema de cubrir el concurso los gastos del procedimiento podría *aminorarse*, ya que podría acudirse al beneficio de la justicia gratuita, y subvenir así los gastos de abogado (pero no los de procurador). En cuanto a la retribución de la administración concursal, el Real Decreto-ley 3/2009, ha creado una cuenta de garantía arancelaria que cubra la retribución de la administración concursal en los concursos sin masa (31). Tampoco serían un problema los gastos derivados de la publicidad del concurso al tener esta carácter gratuito tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009 (art. 23 LC) (32). *En este sentido, parecería que tras la mencionada reforma, existen menores inconvenientes para la declaración de un concurso sin masa de un consumidor. Ahora bien, las argumentaciones en las que podría fundamentarse la admisibilidad de los concursos sin masa, en caso de personas jurídicas, decaerían en gran medida en el caso del deudor consumidor. Así, no habría que complementar la masa activa a través de la actualización de responsabilidades subsidiarias de socios personalmente responsables de las deudas sociales (art. 48.5 LC) o a través de la reclamación de las aportaciones sociales diferidas (art. 48.4 LC), o a través de la eventual responsabilidad concursal de administradores o liquidadores (arts. 172.3 y 48.3 LC).* No obstante, hay que reconocer

(31) Artículo 7.2 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, que da nueva redacción al artículo 34.2 de la LC. La letra *d*) del artículo 34.2 señala: «En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente».

(32) Señala el AAP de Tarragona (Sección 1.^a), de 28 de octubre de 2010, que tras la reforma llevada a cabo en la LC a través del Real Decreto-ley 3/2009, se ha tratado de solucionar de forma indirecta el debate interpretativo sobre los concursos sin masa (inadmisión o admisión a trámite), estableciendo para ello el expreso reconocimiento de los mismos y a su vez una concreta modificación de determinados preceptos en orden al cumplimiento de uno de los objetivos de dicha reforma, consistente en la reducción de los costes de tramitación. En este sentido, indica, se regula en el artículo 23.1 de la LC la inserción gratuita del extracto de la declaración de concurso en la página «web» del BOE. Se excluye la obligación de publicar edictos en un periódico de difusión en la provincia donde se encuentre el domicilio del deudor, al tiempo que las demás resoluciones a publicar por edictos lo serán a través del Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado. Además se anuncia un nuevo arancel en orden a determinar la retribución de los miembros de la Administración Concursal.

que sí que podrían operar los mecanismos de reintegración de la masa activa (arts. 71 a 73 LC, relativos a las acciones rescisorias concursales), devolviendo a la masa bienes que el deudor enajenó aunque se dice que en supuestos de deudor persona física consumidor, *podría resultar demasiado costoso que se declarase un concurso con este objetivo, en función de los resultados obtenidos o de los bienes a reintegrar*, teniendo los acreedores un medio de menor coste económico como es el ejercicio de la acción pauliana (art. 1291 CC), aunque presentaría el inconveniente importante de tener que *probar el consilium fraudis* (33). Igualmente, podría intentarse por la vía del concurso, un completamiento de la masa activa, a través de una eventual pieza de calificación del concurso como culpable, y la determinación de los cómplices en el agravamiento del estado de insolvencia, que pierden cualquier derecho en la masa y han de devolver lo percibido así como indemnizar los daños y perjuicios (art. 172.2.3.^º LC). *Dada, pues, la solución que ofrece el Real Decreto-ley 3/2009 para los gastos del concurso, y la posibilidad de acudir al beneficio de justicia gratuita, es perfectamente posible que se admita a trámite un concurso sin masa con las últimas finalidades que hemos señalado.*

Se señala que tal admisión *en todo caso* tendría un sentido claro si el ordenamiento jurídico reconociera el beneficio del *discharge o fresh start*, pues la inadmisión *ad limine*, le estaría privando al deudor de la posibilidad de demostrar que su comportamiento le hace merecedor de tal beneficio. Pero, como sabemos, en España no se reconoce en la LC tal beneficio, subsistiendo, con independencia de la causa de insolvencia, la responsabilidad patrimonial universal, por lo que este no es un argumento para admitir *en todo caso* a trámite el concurso sin masa de un consumidor.

De lo expuesto hasta el momento se desprende que la cuestión de la admisión o inadmisión de una solicitud de concurso sin masa (que parece clara en el caso del deudor persona jurídica, en el sentido de que debería procederse a la admisión, como regla general), no parece tan clara en el caso de un deudor consumidor. En principio, puesto que es conditio sine qua non de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa o de responsabilidad de terceros pendientes, en supuestos de concurso sin masa ab initio de consumidores, la declaración del procedimiento podría orientarse, como hemos indicado, al ejercicio de dichas acciones como medio de satisfacción de los acreedores, de modo que solo fracasando estas, debería concluirse el concurso. Vid., en este sentido, artículo 176.bis.4 LC, introducido por la reforma operada por Ley 38/2001, a contrario sensu.

Pero además, pueden existir otras razones para admitir a trámite un concurso de un consumidor sin masa *ab initio*. Aunque se trató de un caso de solicitud de concurso de un deudor empresario societario, el AAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 22 de febrero de 2007, apuntó una serie de argumentos favorables a la admisión

(33) Según el artículo 71.1 LC: «Declarado el concurso, serán rescindibles *los actos perjudiciales para la masa activa* realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta». El perjuicio patrimonial se presume *iuris et de iure* cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (art. 71.2 LC). El perjuicio patrimonial se presume *iuris tantum* cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93.1 LC) o cuando se trate de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (art. 71.3 LC).

de un concurso sin masa, que serían predicables en el caso del concurso de un consumidor. Señala el auto que de acuerdo con el artículo 14 LC, cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y que se han cumplido las exigencias documentales del artículo 6 LC, debe procederse a la declaración de concurso. Lo que se apoya además en la circunstancia de que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existe en el Derecho español norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable, por lo que de acuerdo con el artículo 403.1 LEC en relación con la Disposición Final 5.^a LC, habría que aplicar los imperativos términos del artículo 14 LC y declarar el concurso. Podría argumentarse en contra de lo anterior, reconoce la Audiencia, que el artículo 13 LC de forma más flexible permite al Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, dictar auto de inadmisión de la solicitud si estima que «la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto», pudiéndose admitir al amparo de este precepto que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en los artículos 2, 3 y 6 LC, cuya no concurrencia podrían determinar la inadmisión (así, existencia de una pluralidad de acreedores y de un activo mínimo). No obstante, aún así, no cabría considerar a este último como presupuesto del concurso, pues a pesar de lo antieconómico que pueda resultar el proceso en sí y para los profesionales que operan en él, existen razones poderosas para declarar el concurso. Serían estas, en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE), que podría verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la LC ha establecido a ese efecto. Incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le negaría el concurso, *que es precisamente lo que el legislador le compone a hacer en ese caso (art. 5 LC)*. En segundo término, la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor (art. 6 LC), sin dar oportunidad a los acreedores, y, sobre todo, a la administración concursal, de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. *No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento de la declaración del concurso voluntario* (34). Estos dos argumentos que apunta este Auto, unido a

(34) En contra de lo expuesto por el AAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 22 de febrero de 2007, el AAP de A Coruña (Sección 4.^a), de 26 de marzo de 2009, señala que la aplicación supletoria de la LEC y de su artículo 403.1, no quita en la provisión de la solicitud del concurso la verificación judicial no solo de los presupuestos y requisitos procesales formales sino también de otros de tipo material, entre los que cabe incluir el de inexistencia de bienes o derechos y carencia de objeto del concurso, no obstante que no venga específicamente recogido en la Ley. Señala el Tribunal que: «*posibilidades en la vida, en abstracto, hay muchas, pero a lo que hay que estar en concreto es a la situación real, según los términos y circunstancias planteadas en la solicitud*, por lo que si la LC ordena la conclusión del concurso “en cualquier estado del procedimiento” cuando el Tribunal “compruebe

la posibilidad de existencia de fraudes en caso de generalizarse la inadmisión de los concursos sin masa (35), los consideramos de peso en orden a defender la postura favorable a la admisión de los concursos sin masa incluso en el caso de deudores personas físicas consumidores.

Fundamentando la inadmisión en razones de economía procesal, pueden citarse: AAP de Murcia, Sección 4.^a, de 30 de enero de 2006; AAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 12 de julio de 2007; AAP de La Rioja, de 6 de julio de 2007; AJM, núm. 1 de Bilbao, de 4 de marzo de 2008, distinguiendo el tratamiento del concurso sin masa en función de que el concurso sea voluntario o necesario (36);

la inexistencia de bienes y derechos" (art. 176.1.4.^o LC), *lógicamente, sin precipitación y de manera justificada, habremos de predicar lo mismo cuando se trate de adoptar la decisión inicial, convirtiéndose en impedimento para la admisión a trámite del concurso, al resultar paradójica y jurídicamente absurda su incoación en tal situación, con sus elevados costes, que mal van a poder ser afrontados, como tampoco cumplir con la finalidad de todo concurso..., si tampoco son posibles o no se vislumbran reintegros o responsabilidades de interés...* En palabras del AAP de Pontevedra (Sección 1.^a), de 12 de julio de 2007...: la finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la *par conditio creditorum*, tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares. Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la *existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso. Los trámites y requisitos del artículo 176.2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación de su posterior insuficiencia*.

(35) El AAP de Tarragona (Sección 1.^a), de 28 de octubre de 2010, indica que la ausencia de una regulación legal sobre los concursos sin masa, contraviene las recomendaciones contenidas en la Guía Legislativa Uncitral sobre régimen de la insolvencia (Recomendaciones 8 a 13) donde se señala la conveniencia de que las legislaciones en materia concursal contemplen el tratamiento a dar en situaciones de inexistencia e insuficiencia de masa activa, no solo en relación a la conclusión del concurso, sino también y sobre todo, *en sede de declaración del procedimiento, para evitar que el deudor pueda prevalerse de una ausencia de previsión legal al respecto para sustraer bienes de su patrimonio, con el fin de evitar la declaración de un procedimiento concursal y las sanciones a este conectadas*.

(36) Si el concurso es instado por un legitimado distinto del deudor, de acuerdo con el artículo 15 LC, el juez dictará auto admitiendo la solicitud a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184 LC, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud proponiendo los medios de prueba de que intente valerse. El AAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 14 de junio de 2007, insiste en señalar que la LC se pronuncia en términos imperativos, de manera que cuando se ha presentado una solicitud de concurso necesario que reúne los requisitos exigidos por el artículo 7, el camino a seguir es la admisión a trámite de la misma y el emplazamiento del deudor, quien podrá en su caso oponerse a la declaración del concurso. *En nuestra opinión, es evidente que debe procederse así, pues de lo contrario se estaría privando al acreedor de un medio de tutela legítimo*.

Según este Auto, incluso si las diligencias de búsqueda del deudor son infructuosas, aunque el artículo 184.7 LC indica que el juez *podrá dictar el auto de admisión del concurso* (realmente se refiere al auto de declaración pues la solicitud ya ha sido admitida a trámite), la decisión del Juez del concurso (de declarar el concurso o archivar la solicitud) no es discrecional, *sino necesariamente ajustada a la documentación aportada por los acreedores y las averiguaciones practicadas, sin que constituya la insuficiencia de masa activa motivo suficiente*

AJM, núm. 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2006; AJM, núm. 1 de Málaga, de 3 de abril de 2007; AAP de Murcia, de 31 de enero de 2006, 21 de enero de 2008, 12 de diciembre de 2008 y 3 de abril de 2009.

Como jurisprudencia contraria que invoca la tutela judicial efectiva de los acreedores frente al deudor (art. 24 CE), en conexión con el deber de este de solicitar el concurso (art. 5 LC), para admitir la tramitación de un concurso sin masa *ab initio*, cabe citar el citado AAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 22 de febrero de 2007 y el de la misma Audiencia y Sección, de 14 de junio de 2007 (37).

Revoca un auto de inadmisión a trámite de concurso voluntario de persona física, que se basaba en la inexistencia de masa activa para su decisión, precisamente por acreditar la existencia de masa (titularidad del usufructo de la mitad de una finca rústica y de una serie de participaciones sociales), el AAP de Tarragona (Sección 1.^a), de 10 de septiembre de 2010. Igualmente, adopta una decisión en el mismo sentido el AAP de Tarragona (Sección 1.^a), de 28 de octubre de 2010, por entender que concurre masa activa en el concurso voluntario de persona física que se había solicitado, al existir un inmueble (vivienda) en la que se desempeña la actividad empresarial del deudor, y ser este partícipe en otras sociedades mercantiles.

Un caso de inadmisión de un concurso sin masa *ab initio* de persona física consumidora, fue el resuelto por el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a), de 16 de diciembre de 2009. El Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Santa Cruz de Tenerife, inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por doña Inés por tratarse de un concurso sin masa *ab initio*, que impediría hacer frente a los gastos del procedimiento concursal (honorarios de administradores, publicación de edictos o llamamiento de acreedores), y porque era inviable el ejercicio de cualquier acción de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros. En estas circunstancias, el concurso no podía cumplir ninguna de las dos finalidades que le son propias: la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor, o de no ser ello posible, la ordenada liquidación del patrimonio. La solicitante del concurso apeló dicha resolución alegando que la inadmisión del concurso *ab limine litis* no está contemplada legalmente; que la insolvencia del deudor es un presupuesto previsto en el artículo 3.2.^o LC y que el artículo 176 citado en el Auto recurrido, no sirve para fundamentar la inadmisión, pues contempla una causa de conclusión del concurso. Citando en su apoyo el AAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 3 de abril de 2008.

En la resolución del recurso, la AP de Santa Cruz de Tenerife reconoce que este tema ha suscitado cierta polémica doctrinal y ha dado lugar a resoluciones distintas de las Audiencias, pero, indica: «mayoritariamente se decantan por la solución del Juzgado de lo Mercantil». Aparte de otras resoluciones ya citadas en este trabajo, el Auto cita las de AAP de Pontevedra, de 15 de abril de 2009 y

para el archivo del concurso. Si los datos disponibles justifican el estado de insolvencia del deudor (teniendo presente, dice el Auto, que resultará más complicado declarar el concurso *inaudita parte debitoris*, si la solicitud la presenta un acreedor fundada en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, pero se contará con más medios de juicio si el acreedor ha tratado de acreditar los hechos enunciados bajo los números 1.^o, 2.^o, 3.^o y 4.^o del art. 2.4 LC) y la legitimación de los acreedores (art. 7 LC), deberá procederse a la declaración.

(37) Hemos seguido en esta exposición de la problemática de los concursos sin masa a PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, 1.^a ed., Editorial La Ley, Madrid, diciembre de 2009, págs. 198 a 208.

18 de junio de 2009; AAP de La Rioja, de 22 de marzo de 2007; AAP de Cáceres, de 24 de noviembre de 2008, y AAP de A Coruña, de 26 de marzo de 2009. En todas estas resoluciones se exponen razones de economía procesal y seguridad jurídica que permiten la acogida, por vía analógica, de la doctrina elaborada por el TS en el marco de la anterior regulación del procedimiento de insolvencia, en la que se otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de la conclusión *ab initio* del concurso, en los casos en que quedaba acreditada la inexistencia de bienes y derechos del deudor, aunque en aquel marco legal tampoco existía una previsión legal en tal sentido.

El Auto viene a considerar que de forma implícita la LC exige la existencia de algún bien o derecho como presupuesto de la declaración del concurso, y en este sentido cita el AAP de Pontevedra, de 18 de junio de 2009, para el cual, dicho presupuesto se pondría en evidencia en el articulado de la LC: «con la solicitud de concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3.º LC); el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4.º LC); el artículo 40, en relación con el artículo 21.1.2.º, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; el artículo 43 LC hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; el artículo 76 y siguientes regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso, los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 LC); y fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (art. 142 y sigs. LC)».

Considera, igualmente, que la situación de insolvencia como presupuesto de la declaración del concurso, obliga al deudor a solicitarla (art. 5 LC), pero ello no determina que el Tribunal deba necesariamente declararlo.

Y en definitiva entiende que, si no existen bienes, ninguna de las dos soluciones del concurso puede lograrse *y menos*, cuando el solicitante es persona física y se halla en determinadas condiciones. En el caso presente, dichas circunstancias eran: la solicitante del concurso era una persona física. Carecía de ingresos, salvo una pensión por invalidez no contributiva de 279,17 euros mensuales. Su esposo, también tenía reconocida una pensión del mismo tipo, de 304,79 euros al mes. La solicitante carecía de bienes libres, pues la vivienda de que es titular está gravada con un crédito hipotecario que consumirá todo su valor; no consta a su favor crédito alguno y el pasivo se integra por una serie de créditos cuya suma supera el activo.

La AP entiende que si bien, como se alega en el recurso, la norma del artículo 176 LC no es por sí sola suficiente para sustentar la inadmisión *ad limine litis*, «es propiamente una causa de conclusión que, además, exige con carácter previo la admisión a trámite del concurso y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendiente de ser ejercida y que puedan dar lugar a la ampliación de los patrimonios responsables». Y añade la AP: «es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir a otros patrimonios para

satisfacción de los acreedores lo que se erige en un obstáculo para la inadmisión inicial». Pero ese obstáculo es más teórico que real en el caso de autos, pues en este, no hay el menor atisbo de la procedencia de acciones de reintegración (art. 71 y sigs. LC), ni de acciones rescisorias ni de otras de impugnación de actos de la solicitante que puedan ejercitarse ante el juez del concurso (art. 71.6.º).

Además, al tratarse de una persona natural, resultan inaplicables la mayoría de los supuestos que prevé la LC para completar el patrimonio del deudor o añadir a este otros que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Tampoco cabe hablar de terceros que pudieran resultar cómplices (art. 166 LC), pues, en el caso que nos ocupa, no hay indicio alguno de la intervención de tales terceros, no participando la solicitante en sociedad ni en actividad mercantil alguna.

Finalmente, al no ser una persona jurídica, tampoco cabe acudir a las posibles acciones de responsabilidad de los administradores sociales, ya por incumplimiento del deber de instar la declaración de concurso en el plazo legal (arts. 105.5.º LSRL y 262 LSA), o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y sigs. LSA a los que se remite la LSRL).

Concluye pues el Auto, afirmando como *ratio decidendi* de su fallo que *no existe en este caso sino un patrimonio inicial negativo de la deudora, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso, por lo que el fin del concurso no puede cumplirse*.

Con independencia de nuestra posición favorable a la admisión del concurso (voluntario, y con mayor motivo, si es necesario) sin masa *ab initio* de persona física consumidora por las razones expuestas antes (posición que parecería reforzada por lo dispuesto en el nuevo art. 176 bis.4 introducido por la Ley 38/2011), *lo que es indudable, a nuestro juicio, es que terminado el concurso de dos personas físicas en las condiciones que describe el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010 [esto es, con una masa residual consistente en la parte embargable de las pensiones de los concursados], una solicitud inmediata de concurso voluntario (que sería reapertura del anterior) determinaría, de acuerdo con los argumentos sentados por el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.º), de 16 de diciembre de 2009, trasladables a este caso, la inadmisión ad limine litis de tal solicitud* (38). *Hay que tener en cuenta que, en este caso, ya ha habido un concurso previo concluido donde se pudieron tutelar los derechos de*

(38) Lógicamente, los acreedores podrán solicitar la reapertura si observan un cambio en la fortuna del deudor o detectan la existencia de nuevos bienes, y su solicitud deberá ser admitida a trámite. Pasado el plazo de cinco años que determina la reapertura del concurso anterior, si que surgiría de nuevo el deber del deudor persona física consumidor, insolvente, de solicitar un nuevo concurso.

Con idénticos argumentos a los vertidos en el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.º), de 16 de diciembre de 2009, puede verse el Auto de la misma Audiencia y Sección, de 10 de marzo de 2010, en un caso en el que la solicitante del concurso, doña Elsa, era una persona física consumidora. Como únicos ingresos contaba con los derivados de su trabajo (unos 870 euros mensuales). Carecía de todo tipo de bienes y no constaba a su favor crédito alguno que pudiera ser realizado. El pasivo ascendía a más de 45.000 euros. El Auto, sobre la base de los mismos razonamientos, concluye dando la misma *ratio decidendi* para su fallo desestimatorio de la apelación y confirmatorio de la inadmisión a trámite: «en este caso no hay sino un patrimonio inicial de la deudora, negativo, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso. Siendo tal patrimonio inexistente, la satisfacción de los acreedores, fin del concurso, no puede cumplirse de ninguna manera». Este caso, que guarda una analogía mayor con la situación de reapertura de su concurso por los pensionados.

los acreedores. Por otro lado, nos parece que solo la aparición de nuevos bienes o el mejoramiento de fortuna de los deudores durante los cinco años posteriores a la conclusión del concurso por inexistencia de más bienes que liquidar, configuraría realmente la obligación del deudor de solicitar la reapertura del concurso, según se desprende de los artículos 179 y 180 LC, en conexión con el artículo 5 y 176. No existiría, pues, un riesgo de concurso permanente del deudor que concluye un concurso en las condiciones que señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, que obligue a solventar dicha disfunción a través de una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC. Presupuesto lo anterior, decae el sentido de una resolución como la adoptada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona en su Auto de 26 de octubre de 2010 (39).

nistas de nuestro estudio, justifica aún más la interpretación que postulamos y el juicio que formulamos sobre el Auto comentado del Juzgado de lo Mercantil, núm. 3 de Barcelona.

(39) En esta materia va a influir enormemente el nuevo artículo 176 bis de la LC, introducido por la Ley 38/2011, y al que nos referímos antes, que regula las especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa. Su tenor literal es el siguiente:

«1. *Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa*, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.

No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.

2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5.º Los demás créditos contra la masa.

3. *Una vez distribuida la masa activa, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. No impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.*

El informe se pondrá de manifiesto en la oficina judicial por quince días a todas las partes personadas.

En todo caso, aun cuando fuese plausible la existencia y constatación teórica del riesgo de concurso permanente así como de las dificultades judiciales para impedir en tales casos la reapertura pese a la inexistencia, insuficiencia o carácter muy residual de masa activa, *«de lo que no se puede estar tan seguro es de que el deudor vaya a cumplir completamente con estas previsiones»*.

La conclusión por insuficiencia de masa se acordará por auto. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal.

4. *También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.*

Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

5. Hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad de dinero suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsibles. El depósito o consignación podrá hacerse también mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad.

El secretario judicial admitirá a trámite la solicitud si cumplen las condiciones de tiempo y contenido establecidas en esta ley. Si entiende que no concurren las condiciones o que no se han subsanado, el secretario judicial dará cuenta al juez para que dicte auto aceptando o denegando la solicitud. Reanudado el concurso, el instante estará legitimado para el ejercicio de la acción de reintegración o de impugnación, estando en cuanto a las costas y gastos a lo dispuesto en el artículo 54.4».

Este precepto no contempla (por lo que parece excluirla) la inadmisión *ad limine litis* de los concursos sin masa, poniendo de este modo fin a la polémica doctrinal y jurisprudencial. El Juez debe esperar a concluir el concurso sin masa *ab initio en el mismo auto de declaración de concurso (por lo que necesariamente habrá oído a deudor y acreedores)*. Y solo podrá optar por la conclusión cuando aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de tercero. El auto de conclusión puede apelarse.

Aun así, seguimos pensando que en un caso como el resuelto por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, procedería una inadmisión *ad limine litis* de la solicitud posterior de reapertura de concurso voluntario, salvo que hubiesen aparecido nuevos bienes o hubiese mejorado la fortuna de los deudores, casos en los que realmente surgiría para esos concretos deudores el deber de promover la reapertura. Tampoco, pues, incluso con la nueva regulación de la LC, podría darse en casos como el estudiado, una situación de concurso permanente que debiera resolverse por la vía de conceder jurisprudencialmente un fresh start. Además, el nuevo artículo 179.3 LC prevé expresamente que: «en el año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa, los acreedores podrán solicitar la reapertura del concurso con la finalidad de que se ejercent acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido». Este nuevo precepto viene a solventar las dudas que podía plantear el artículo 180.2 LC, según el cual el Juez, en caso de reapertura, debía rechazar de oficio y sin ulterior recurso las pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización.

La necesidad del deudor de contar con asistencia jurídica para ello, pero ya sin disponer de recursos, o, salvada esta eventualidad, el hecho de que se tome tantas molestias en el sentido apuntado una vez concluido el concurso, no parecen las circunstancias más propicias para que este riesgo potencial... se convierta sin reparo de ningún tipo en real en todos los supuestos de conclusión por inexistencia de bienes o derechos del concurso. ...*Esta falta de certeza absoluta sobre la constatación efectiva de tales desviaciones o perversiones, supuestamente insitas en la norma supone, qué duda cabe, un serio revés para contrarrestar completamente la fuerza normativa de este principio [de responsabilidad patrimonial universal]*» (40).

Por otro lado, como se ha indicado, la interpretación restrictiva que propugna la resolución comentada, manteniendo la responsabilidad patrimonial universal respecto de los créditos contra la masa, no evita tampoco las disfunciones que se pretenden superar (41).

V. TRATAMIENTO DEL *FRESH START* EN DERECHO COMPARADO Y EN ESPAÑA (TRABAJOS LEGISLATIVOS)

Son numerosos los ordenamientos de nuestro entorno que han restringido el principio de responsabilidad patrimonial en el marco del procedimiento de insolvencia de persona física (Francia, Estados Unidos, Alemania, Suecia, Portugal, Italia, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Reino Unido, Austria, Finlandia...) (42).

En algunos ordenamientos continentales que con más tradición regulan la figura de la exoneración del pasivo pendiente tras la conclusión del concurso, se exige la cesión voluntaria o *ex lege* a un fiduciario designado por el juez de la parte embargable de las rentas disponibles o créditos futuros del deudor durante un plazo de cinco o seis años para proceder a su distribución entre los acreedores, lo que vendría a constituir una especie de *periodo o fase de cesión de renta o de buena conducta*, [así en la legislación alemana y portuguesa] (43).

(40) RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo...», *op. cit.*, pág. 240.

(41) *Op. cit.*, págs. 231 y 243.

(42) CUENA CASAS, M., «*Fresh start* y mercado crediticio», *op. cit.*, pág. 5, nota 3.

(43) «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* (por ejemplo, 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

El abanico de situaciones o conductas que excluyen la exoneración del pasivo es amplio con el fin de asegurar la condición del concursado de merecedor de este beneficio económico por su honestidad, rectitud y conducta intachable [así la realización de conductas reprobables en el tiempo que implican un aprovechamiento injustificado o riesgo de abuso de esta figura (condena por insolvencia punible, delitos económicos, disfrute o rechazo anterior de una ventaja de este tipo), la previsión de conductas que han contribuido a ocasionar o a agravar la situación de insolvencia (falsedades documentales, informaciones falsas o incompletas sobre la situación económica, distracciones de activos) o que resultan ilícitas, deshonestas y perjudiciales para los acreedores en el marco del procedimiento (conductas dilatorias, pasivo inexistente, incumplimiento de deberes de información, documentación y colaboración)].

La exoneración del pasivo, allí donde está regulada, produce el efecto de extinguir la parte de los créditos no satisfechos tras la conclusión del concurso o el periodo de cesión de rentas afectando, con carácter general, a todos los acreedores, incluidos los que no hubieran comunicado o visto reconocidos sus créditos en el procedimiento concursal. No obstante, las diferentes legislaciones recogen con carácter excepcional un elenco más o menos amplio de créditos no afectados por la declaración de extinción. La mayoría de las legislaciones de nuestro entorno que contemplan esta figura la aplican a todas las personas físicas sin distinción (44) (45).

tendrá que pasar por un periodo de prueba, durante el que destinará una parte de su renta al reembolso de la deuda restante. Sólo después de eso, y a condición de que haya tenido un comportamiento honesto y de buena fe, podrá beneficiarse de la condonación» (CUENA CASAS, M., «*Fresh start y mercado crediticio*», *op. cit.*, págs. 5 y 6). Este último sistema se denomina de *earned start*.

(44) RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo...», *op. cit.*, págs. 242 y 243. Un estudio sobre los modelos americano, francés y alemán, es el realizado por SERRANO GÓMEZ, ANGUITA VILLANUEVA y ORTEGA DOMÉNECH, «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física», en *Familia y Concurso de Acreedores*. CUENA CASAS, M. (coord.), 1.^a ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2010 (págs. 23 a 96). Para el estudio del Derecho norteamericano, el trabajo ya citado de CUENA CASAS, M., «*Fresh start y mercado crediticio*», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), Barcelona, julio de 2011.

(45) La corriente favorable a un régimen de insolvencia distinto para los deudores que no ejerciten una actividad profesional es de alcance mundial [vid. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia (Segunda Parte, I. A. 3)*], documento de la ONU citado por BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, págs. 141 y 142). A nivel europeo se aconseja una intervención en esta materia a nivel comunitario (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» (DOCE 2008/C 44/19) (CUENA CASAS, M., «*Fresh start y mercado crediticio*», *op. cit.*, pág. 5). Igualmente, cabe traer a colación la Recomendación CM/Rec. (2007) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros de la Unión sobre soluciones jurídicas a los problemas de endeudamiento, que establece que «la liquidación total o parcial de las deudas puede ser una solución útil en los casos de sobreendeudamiento en los que otras medidas han demostrado ser ineficaces. En algunos casos puede ser consecuencia del cumplimiento satisfactorio de planes de ajuste de la deuda y, en otros, puede utilizarse como una solución independiente. En todos los casos, la liquidación de las deudas debería ir acompañada de medidas encaminadas a prevenir el sobreendeudamiento, teniendo en cuenta los motivos específicos que conducen al sobreendeudamiento en cada caso particular. Al considerar la liquidación total o parcial de las deudas, debería tenerse debidamente en

La presencia del *fresh start* en trabajos legislativos españoles enlaza con la existencia de la corriente favorable a su implantación de que hemos hablado al principio. Muestra de ello sería el artículo 250.2 de la Propuesta de Anteproyecto de LC, de 12 de diciembre de 1995, dos Proposiciones de Ley de los Grupos Socialista (46) y CIU, las enmiendas números 560 y 561 del Grupo Parlamentario Convergencia i Unió, de modificación del artículo 178.2 y adición de un artículo 178.bis durante la tramitación parlamentaria de la LC, así como la mención al estudio del sobreendeudamiento de los consumidores y posible adopción del *fresh start* en los *Criterios para la elaboración de la Propuesta de Reforma de la Ley Concursal, redactados por la Sección especial de la Comisión de Codificación Mercantil para la reforma de la LC* (47).

El Borrador de Propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la LC, redactado por dicha Sección, de 29 de mayo de 2010, hacía una breve referencia en el artículo 179.1, relativo a la reapertura del concurso, al régimen de la exoneración de deudas, remitiéndose a los capítulos siguientes que, sin embargo, no aparecían en el texto. Ello muestra que esta figura ha estado presente en las discusiones entre los miembros de la Comisión si bien, finalmente, ha sido descartada, no figurando ni en el texto definitivo del Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010, ni en el Proyecto de Ley de Reforma de la LC, publicado el 1 de abril de 2011 en el BOCG, Congreso de los Diputados (Serie A, núm. 119-1), ni en el Texto del Proyecto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado y publicado en el BOCG, Senado (Serie I, núm. 104-651), de 3 de agosto de 2011. En el trámite de enmiendas del Senado, sí que el GP Entesa Catalana de Progrés, en varias enmiendas (118, 135, 136 y 170), planteó la posibilidad de dar nueva redacción a los artículos 178.2 y 172 LC, así como la introducción de un nuevo artículo 172.bis y de una Disposición Adicional nueva, de modo que se introdujese en la Ley la *exoneración de las deudas pendientes para el deudor persona natural, cuyo concurso se declarase fortuito, así como un procedimiento concursal especial para personas físicas consumidoras* (48). El texto

cuenta que todas las deudas deberían incluirse, salvo aquellas que sean objeto de exenciones especiales por la legislación nacional».

(46) Se trata de la Proposición de Ley 122/000295, de 9 de mayo de 2003, relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores. La solución que se planteaba en esta Propuesta de Ley coincidía especialmente con las del Derecho francés, incorporadas en el *Code de la Consommation* (arts. L 331 a L 333-8) (ÁLVAREZ LATA, N., «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema...», *op. cit.*, págs. 155 a 159). Puede verse en *ADCo*, 2 [2004], págs. 489 a 505.

(47) Dicho documento puede verse en GÓMEZ MARTÍN, F., *Comentarios a la propuesta de reforma de la Ley Concursal*, 1.^a ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2010, págs. 23 a 27.

(48) La redacción que se pretendía para el nuevo artículo 172.ter era la siguiente:
«1. En el caso de deudor, persona natural, la resolución judicial que declare el concurso fortuito podrá acordar motivadamente que, si de la liquidación resulta la inexistencia de bienes y derechos suficientes para satisfacer a los acreedores, la obligación de responder de las deudas subsistentes con los bienes y derechos que obtenga en el futuro prevista en el artículo 1911 del Código Civil sea limitada temporalmente en consideración a las circunstancias personales del deudor y de su familia. En tal caso, la resolución judicial determinará que, *transcurrido un plazo que no podrá ser inferior a tres años ni superior a seis computado desde la fecha de la firmeza del auto de conclusión del procedimiento concursal, el deudor quedará exonerado de la obligación de pagar el pasivo concursal que permanezca insatisfecho* y no podrá acordarse si el deudor se hubiera beneficiado de tal mecanismo de exoneración en el periodo de diez años anterior a la resolución judicial. Esta exoneración

definitivo de la Ley 38/2011, sin embargo, solamente contiene una Disposición Adicional Única, fruto de una enmienda transaccional acordada por los dos partidos

podrá ser revocada en el plazo de un año desde que se acuerde, a instancias de cualquier acreedor que justifique que, tras la conclusión del concurso, el comportamiento del deudor haya frustrado negligente o dolosamente las posibilidades de cobro de sus acreedores.

La exoneración no perjudicará a los acreedores cuyos derechos de crédito nazcan con posterioridad a la conclusión del concurso.

2. *Con carácter alternativo a lo previsto en el apartado anterior, siempre que concurran las circunstancias señaladas en el mismo y en consideración a las circunstancias personales del deudor y de su familia, la resolución judicial que declare el concurso fortuito podrá establecer motivadamente, durante el plazo que estime adecuado, un umbral de inembargabilidad de los salarios, sueldos, jornales o retribuciones o pensiones futuras del deudor superior al previsto con carácter general en el ordinal segundo del artículo 607 de la LEC.* Cualquier persona natural o jurídica con interés legítimo podrá solicitar la modificación de dicho umbral de inembargabilidad cuando acredite el cambio de las circunstancias que justificaron la elevación del mismo en beneficio del deudor.

3. *En los supuestos previstos en el apartado primero, no será posible la reapertura del concurso y tendrán carácter individual las acciones que, en su caso, se interpongan hasta la fecha en que sea efectiva la exoneración de deudas. Una vez que sea eficaz la exoneración de deudas, serán archivadas las acciones individuales en trámite que no hayan sido conducentes y únicamente cabrá la solicitud de un nuevo concurso de acreedores frente al mismo deudor si se cumplen los presupuestos establecidos en esta Ley en relación con deudas nacidas tras la conclusión del primer procedimiento concursal.*

4. *En las hipótesis previstas en el número 2 anterior no será posible la reapertura del concurso de acreedores, pero los nuevos umbrales de inembargabilidad no podrán oponerse a los acreedores cuyos créditos hayan nacido con posterioridad a la conclusión del concurso».*

En cuanto al procedimiento concursal especial para personas físicas consumidoras, la redacción propuesta preveía que podrían acogerse al mismo, los consumidores y usuarios que por justas causas apreciadas por el juez, no puedan cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o que prevean que no podrán hacerlo. Con carácter previo a la declaración de concurso, el deudor deberá comunicar al Juzgado su voluntad de iniciar un procedimiento negociador con sus acreedores a fin de alcanzar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Esta podrá contener quitas superiores a la mitad de la deuda, así como conjunta o alternativamente, esperas de hasta quince años. Si el consumidor no lograse las adhesiones necesarias deberá comunicar al Juzgado tal circunstancia, y solicitar su concurso, así como justificar su estado de insolvencia actual o inminente en los términos del artículo 2.4 LC. Igualmente, deberá acreditar que, en los dos meses anteriores, comunicó al Juzgado la iniciación del procedimiento negociador así como dar cuenta documentalmente del resultado del mismo. Admitida a trámite la solicitud de concurso especial de consumidores y usuarios, el juez, en un plazo de tres días desde su admisión, dictará Auto declarando o desestimando la declaración del concurso. En la resolución que acuerde la declaración del concurso se incluirá el nombramiento de un asesor consumerista representante de una de las asociaciones de consumidores más representativas, el cual ejercerá funciones de asesoramiento al consumidor y a la Administración concursal durante el proceso. El Juez, asimismo, determinará el régimen de las facultades de administración de los bienes. El deudor, en ningún caso, podrá ver reducido su derecho de alimentos a menos de la tercera parte de sus ingresos habituales.

Desde el momento en que el consumidor comunique al Juzgado su voluntad de iniciar el procedimiento de negociación previo con los acreedores para alcanzar una propuesta anticipada de convenio, no podrán iniciarse ejecuciones contra el patrimonio del deudor. Tampoco podrán los acreedores con garantía real sobre la vivienda familiar del concursado iniciar ejecución de la garantía hasta la apertura de la liquidación. De igual modo, se suspenderá cualquier procedimiento ejecutivo y no podrá reanudarse sino hasta la apertura de la fase de liquidación, en su caso.

mayoritarios, según la cual: *«el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca»*.

Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza». Quizá entre esas medidas complementarias pueda llegar a adoptarse una legislación del sobreendeudamiento del consumidor que contemple un *fresh start*.

VI. ¿ES CONVENIENTE LA ADOPCIÓN DEL *FRESH START* EN EL DERECHO ESPAÑOL? ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS

Entre las ventajas que se aprecian ante la introducción de la figura de la exoneración del pasivo, sea por vía judicial o legal, se indica que ejercería un influjo neutro cuando no positivo sobre la concesión de crédito, ya que contribuiría a la aplicación del principio de concesión de crédito responsable, ante la alternativa de una futura e imprevisible exoneración del pasivo tras la concesión del crédito. Ello llevaría a las entidades crediticias a asegurarse fehacientemente de la solvencia del beneficiario del crédito (49). A favor de esta medida se indica también que la LC no es completamente ajena «a un cierto fenómeno indirecto de liberación de deudas, *aunque no en contra de la voluntad de los acreedores* (la cursiva es nuestra), como sucede en sede de convenio con los acuerdos de quita (arts. 100 y 136 LC)» (50). Igualmente, se apunta que la adopción del *fresh start* eliminaría la injustificada desigualdad entre personas físicas y jurídicas, pues en el caso de estas, la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos de la persona jurídica deudora, acordará

En el Auto en que se declare el concurso se nombrará un Administrador Concursal único de entre la lista de abogados de oficio que le haya sido comunicada por los Colegios de Abogados con implantación en la jurisdicción territorial del Juzgado.

Los plazos de presentación de informes a los que venga obligada la Administración Concursal serán los mismos que los prevenidos para el procedimiento abreviado.

Si transcurridos los modos y plazos prevenidos para el procedimiento abreviado no hubiere sido posible alcanzar un convenio, el Juez ordenará la apertura de la fase de liquidación. No obstante, con carácter previo a la apertura de la fase de liquidación, el consumidor, sobre la base del informe elaborado por el Administrador concursal y el asesor consumerista, podrá elevar en el plazo de cinco días al juez un plan de pagos específico. El juez, a la vista del mismo, podrá dar su aprobación. En caso de denegación el Juez abrirá la liquidación. El plan de liquidación contendrá el modo en que con cargo al activo del deudor consumidor se hará frente al pasivo mediante la enajenación de los bienes y derechos del consumidor. Los bienes se enajenarán atendiendo a una prelación en la que prime el mantenimiento de los medios esenciales de vida del deudor consumidor.

Concluido el concurso, determinándose la inexistencia de bienes y derechos del deudor consumidor, no podrán iniciarse nuevas acciones por deudas contraídas con anterioridad a la finalización del mismo ni podrá ordenarse la reapertura del mismo.

(49) RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo...», *op. cit.*, pág. 238.

(50) *Op. cit.*, pág. 232.

su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda (art. 178.3 LC). Mientras la personalidad del deudor persona física (y por lo tanto su responsabilidad), continuarían vivas *afectando a los bienes futuros* (art. 178.2 LC), la desaparición de la persona jurídica supone una especie de liberación al menos fáctica e implícita de las deudas pendientes al no existir ya un sujeto que siga siendo responsable (salvo aparición de bienes, como ya indicamos antes) (51).

Se señala también que la aplicación hasta sus últimas consecuencias del artículo 1911 del Código Civil, lejos de garantizar la completa satisfacción de los acreedores, puede provocar el efecto contrario por diferentes vías. Por un lado, porque se desincentiva una declaración tempestiva del concurso y una solución convencional para el mismo, favoreciendo, por el contrario, una liquidación residual. Por otro lado, porque tras la conclusión del concurso se corre el riesgo de que el deudor recurra a la economía sumergida. Por el contrario, la concesión del beneficio de la exoneración, distinguiendo entre diversos tipos de deudores, rompería dicha mecánica, invitando a una declaración temprana del mismo para asegurar la condición de buena fe del deudor y, en su caso, incentivaría la colaboración de los acreedores en la búsqueda de una solución convencional ante la aplicación de la exoneración en el caso de deudores honestos (52) (53).

Otra ventaja que se señala es el incentivo para la reactivación de la iniciativa y de la actividad económica del deudor honesto (si el *fresh start* se extiende a toda persona física y no solo al consumidor), junto a la eliminación del riesgo de exclusión social del deudor (54). Así se ha dicho que: «tal figura constituye una auténtica medida de política económica que sería aconsejable introducir en España y que podría contribuir a la salida de la crisis económica que actualmente nos asola, en la medida en que estimula el espíritu emprendedor, tan decisivo para la generación de actividad económica y creación de empleo» (55).

Finalmente, se indica que el permitir una segunda oportunidad al deudor permite que los acreedores se hagan partícipes de la parte de responsabilidad que tienen en las situaciones de sobreendeudamiento del consumidor.

(51) *Op. cit.*, págs. 242, 247. Al respecto indica Emilio BELTRÁN que: «en realidad, la calificación del concurso del consumidor debería ceñirse a la decisión de *exonerarle o no de responsabilidad por las deudas que quedasen insatisfechas en la liquidación*. En efecto, partiendo de la base de que la liberación (*descarga*) existe en todos aquellos casos en los que el consumidor cumpla íntegramente el convenio de quita alcanzado con sus acreedores y aprobado por el juez (arts. 136 y 140.4 LC) y de que existe en realidad para los empresarios, a través de la constitución de sociedades, que serán extinguidas en caso de conclusión del concurso por inexistencia de activo (art. 178.3 LC), se trata de cerrar el sistema y exonerar a los consumidores de buena fe en caso de que la solución del concurso sea la liquidación» (BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, págs. 140 y 141).

(52) RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo...», *op. cit.*, pág. 244.

(53) En este sentido, CUENA CASAS afirma que «la exoneración del pasivo pendiente no debe implicar que esta sea necesariamente la salida del concurso de persona física, pues tal medida tiene un «efecto rebote» que favorece el convenio como solución del concurso». (CUENA CASAS, M., «Las familias sobreendeudadas tendrán que esperar seis meses o más... Reflexiones sobre la persona física y el Derecho concursal», en www.hayderecho.com).

(54) RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo...», *op. cit.*, pág. 247.

(55) CUENA CASAS, M., «*Fresh start* y mercado crediticio», *op. cit.*, pág. 10.

Entre los inconvenientes que pueden señalarse, destaca que esta medida, en la mayoría de los supuestos, no afectaría especialmente a las entidades de crédito (que tienen precisamente la condición de acreedores profesionales), al haber solicitado con carácter previo garantías que gozan de privilegios especiales, *sino que el peso de su aplicación efectiva recaería precisamente en los acreedores ordinarios, algo que se observa en el supuesto comentado* (56). Estos se verían obligados a financiar, vía condonación, parte del déficit económico o patrimonial del deudor, precisamente en aquellos supuestos en que, como acontece respecto del deudor, persona natural, y en particular, consumidor, este ofrece como principal garantía de cumplimiento de sus obligaciones, su patrimonio presente y las expectativas de sus ingresos futuros, comúnmente de tipo salarial, pero también herencias, donaciones, premios, ...ingresos futuros que podrían permitir a dichos acreedores satisfacer en el futuro sus créditos parcial o totalmente impagados en el marco del procedimiento concursal.

Por otro lado, *una legislación de sobreendeudamiento que contemple un fresh start para determinados deudores supone, en definitiva, una colectivización de las deudas, cuyo pago se traslada al conjunto de la sociedad, pues las entidades de crédito, en el caso de ser afectadas (por ejemplo, crédito al consumo no garantizado especialmente), y las empresas repercutirían las pérdidas que la condonación les supusiera en el precio de los créditos que otorgasen o en el precio de sus productos, respectivamente. Si se previera, como ocurrió en Finlandia a raíz de su Ley de Ajuste de deudas de 1993, el pago de subvenciones compensatorias a los bancos, igualmente se produciría la mencionada colectivización pues serían los ciudadanos a través de la carga impositiva los que en definitiva se hiciesen cargo de las deudas condonadas. Esta medida nos parece particularmente rechazable. Por otro lado, como muestra el caso Bäck v. Finlandia* (57), si bien una legislación que prevé un fresh start o la imposición de quitas forzosas (no consentidas voluntariamente por los acreedores) puede salvar de la exclusión social a deudores con particulares problemas financieros, al mismo tiempo puede imponer cargas desproporcionadas e irrazonables a acreedores particulares y pequeñas y medianas empresas, cargas que pueden provocarles a su vez, serios problemas financieros (podría generarse una cadena de concursos). Por ello, de establecerse en última instancia una legislación de este tipo, la condonación de deudas solo debería establecerse respecto de los acreedores profesionales (entidades de crédito o financieras), si bien esta solución podría entrañar el riesgo de una posible afectación a la solvencia de tales entidades si se produce una avalancha de condonaciones, repercutiendo el problema sobre los impositores, y por lo tanto, de nuevo, sobre el conjunto de la sociedad. El que se plantee la adopción de medidas como leyes de sobreendeudamiento, muestra la existencia real de un problema motivado por el sistema económico, pero soluciones como la indicada únicamente palián los problemas, no son medidas curativas del sistema.

Otro problema que plantearía la adopción de la figura de exoneración del pasivo pendiente sería la determinación de qué se entiende por sobreendeudamiento de buena fe y sobreendeudamiento abusivo o de mala fe. Si la buena fe se asocia con un endeudamiento responsable que termina ocasionando problemas

(56) Cfr. RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo...», *op. cit.*, pág. 238.

(57) Sentencia *Bäck v. Finlandia*, de 29 de julio de 2004, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vid., el análisis y comentario a la misma en nuestro trabajo: JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, de 13 de octubre de 2010.

financieros ante un infortunio, puede ocurrir que existan deudores en la sociedad, que no puedan acreditar jurídicamente la situación de infortunio pero que estén igualmente por otras circunstancias en situación de graves y permanentes problemas financieros. Sin embargo, ellos se encontrarían fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Sobreendeudamiento, lo que no respondería a criterios de justicia.

Por otro lado, la concesión de un *fresh start* puede incentivar más aún el sobreendeudamiento de los particulares, y una conducta irresponsable por parte de los mismos que, en todo caso, será difícil de determinar.

En resumen, constituyen desventajas importantes, que nos inclinan a una valoración negativa de la adopción de un *fresh start*, el riesgo de una conducta irresponsable o desatención generalizada de los créditos, una utilización abusiva de este mecanismo hasta el punto de dar lugar a auténticos concursados profesionales; un fenómeno de colectivización de las deudas; un posible fomento del endeudamiento y del encarecimiento del crédito; un efecto llamada o acceso masivo al concurso para la obtención de este beneficio (58). Finalmente, hay que resaltar que la extinción del pasivo pendiente entraría en contradicción con el artículo 33.3 CE, pues «nadie puede ser privado de sus bienes y derechos, *sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización* y de conformidad con lo dispuesto por las leyes» (59).

VII. CONCLUSIONES

1. La interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC que ofrece al Auto comentado, resulta incompatible con otros preceptos de la LC (art. 60) y con la institución de la reapertura del concurso. Es posible que para salvar estas contradicciones, el Auto establezca una exoneración del pasivo condicional que en última instancia impide el inicio de ejecuciones singulares por los acreedores o el surgimiento de la hipotética obligación de solicitar la inmediata reapertura del concurso, pero no la reapertura si aparecieran nuevos bienes o los deudores llegasen a mejor fortuna.
2. El concurso de acreedores presenta indudables ventajas para el deudor persona física insolvente, e incluso simplemente sobreendeudado, lo que no convierte en «inútil» el procedimiento, e incluso permitirá regularizar la situación de un consumidor sobreendeudado que aún no presenta insuficiencia de activo.

(58) RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo...», *op. cit.*, pág. 246.

(59) Medidas alternativas a la adopción de un *fresh start* y que presentan mayores ventajas pueden verse en nuestros trabajos: «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la LC», *op. cit.*; «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril de 2011, núm. 724; «Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2011, núm. 725; y «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la AP de Navarra, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 2011, núm. 727.

3. Por lo menos algunas distorsiones que presentaría la LC en el tratamiento de la insolvencia de la persona física podrían resolverse por vía interpretativa y otras ya han sido resueltas por el legislador.
4. Terminado el concurso de dos personas físicas en las condiciones que describe el Auto comentado, una solicitud inmediata de reapertura de concurso determinaría una inadmisión *ad limine litis* de la solicitud. Es más, solo la aparición de nuevos bienes o el mejoramiento de fortuna de los deudores durante los cinco años posteriores a la conclusión del concurso, configuraría realmente la obligación de solicitar la reapertura del concurso. No existiría, pues, un riesgo de concurso permanente del deudor que debiera evitarse a través del otorgamiento de una exoneración condicional del pasivo pendiente.
5. La adopción por vía judicial (vía interpretativa) o legislativa de un *fresh start*, presenta mayores inconvenientes que ventajas para el conjunto de la sociedad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N.: «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, 1.^a ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2010.
- BELLIDO, R.: «Comentario al artículo 176 LC», en *Comentario de la LC*. Tomo II, 1.^a ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004.
- «Comentario al artículo 179 LC», en *Comentario de la LC*. Tomo II, 1.^a ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004.
- BELTRÁN, E.: «El concurso de acreedores del consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (coords.), 1.^a ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2009.
- BELTRÁN, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario al artículo 178 LC», en *Comentario de la LC*. Tomo II, 1.^a ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004.
- CUADRADO PÉREZ, C.: «La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre, 2011, núm. 728.
- CUENA CASAS, M.: «*Fresh start* y mercado crediticio», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com). Barcelona, julio de 2011.
- *Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física*. eprints.ucm.es/9714/1/Cuena_Deficiencias_LC.pdf.
- «Las familias sobreendeudadas tendrán que esperar seis meses o más... Reflexiones sobre la persona física y el Derecho Concursal», en www.hayderecho.com.
- FERNÁNDEZ SELJO, J. M.: «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un proceso concursal», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, 1.^a ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2008.
- GÓMEZ MARTÍN, F.: *Comentarios a la propuesta de reforma de la Ley Concursal*, 1.^a ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2010.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «Los concursos de acreedores sin masa activa *ab initio*: un problema a resolver», en *Diario La Ley*, núm. 6696, 19 de abril de 2007.

- *La declaración del concurso de acreedores*, 1.^a ed., La Ley, Madrid, 2005.
- *El concurso de acreedores. La declaración*, 1.^a ed., Editorial La Ley, Madrid, diciembre de 2009.
- «El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (coord.). Editorial Aranzadi, 1.^a ed., Cízur Menor, 2009.
- RUBIO VICENTE, P. J.: «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011.
- SERRANO GÓMEZ, ANGUITA VILLANUEVA y ORTEGA DOMÉNECH: «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física», en *Familia y Concurso de Acreedores*. CUENA CASAS, M. (coord.). 1.^a ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2010.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STEDH de 29 de julio de 2004.
- AAP de Murcia, Sección 4.^a, de 31 de enero de 2006.
- AAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 22 de febrero de 2007.
- AAP de La Rioja, de 22 de marzo de 2007.
- AAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 14 de junio de 2007.
- AAP de La Rioja, de 6 de julio de 2007.
- AAP de Pontevedra (Sección 1.^a), de 12 de julio de 2007.
- AAP de Murcia, de 21 de enero de 2008.
- AAP de Murcia, de 12 de diciembre de 2008.
- AAP de Murcia, de 3 de abril de 2009.
- AAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 3 de abril de 2008.
- AAP de Cáceres, de 24 de noviembre de 2008.
- AAP de A Coruña (Sección 4.^a), de 26 de marzo de 2009.
- AAP de Pontevedra, de 15 de abril de 2009.
- AAP de Pontevedra, de 18 de junio de 2009.
- AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a), de 16 de diciembre de 2009.
- AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a), de 10 de marzo de 2010.
- AAP de Tarragona (Sección 1.^a), de 10 de septiembre de 2010.
- AAP de Tarragona (Sección 1.^a), de 28 de octubre de 2010.
- AJM, número 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2006.
- AJM, número 1 de Málaga, de 3 de abril de 2007.
- AJM, número 1 de Bilbao, de 4 de marzo de 2008.
- AJM, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010.

RESUMEN

*INSOLVENCIA DE
LA PERSONA FÍSICA
SOBREENDEUDAMIENTO
DEL CONSUMIDOR
FRESH START*

El Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, concede una exoneración condicional del pasivo pendiente tras la liquidación concursal, haciendo una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC. En el presente trabajo se pretende analizar si las disfunciones que el juzgador detecta en la aplicación de la Ley Concursal y del artículo 1911 del Código Civil son salvables mediante una adecuada interpretación de los preceptos en juego, de modo que carecería en buena medida de fundamento una resolución como la adoptada. Se analizan igualmente las ventajas e inconvenientes de la adopción de la figura del fresh start por vía judicial o legislativa.

ABSTRACT

*INSOLVENCY OF THE INDIVIDUAL
CONSUMER OVER-INDEBTEDNESS
FRESH START*

The decree of 26 October 2010 of Barcelona Commercial Court Number 3 grants conditional exoneration of the liabilities outstanding after liquidation in bankruptcy, in a restrictive interpretation of section 178.2 of the Bankruptcy Act. This paper endeavours to ascertain whether the dysfunctions the judicial authorities have detected in the application of the Bankruptcy Act and article 1911 of the Civil Code can be smoothed over by means of the right interpretation of the precepts involved, so as largely to remove the grounds for decisions such as that featured in the case in point. The advantages and drawbacks of adopting the fresh start concept, in judicial proceedings or in legislation, are also analyzed.