

EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO Y CONCURSO DE ACREEDORES / EXEMPTION OF THE UNSATISFIED LIABILITIES AND ARRANGEMENT WITH CREDITORS

Autor: DON SANTIAGO SENENT MARTÍNEZ

Tesis doctoral dirigida por doña Juana PULGAR EZQUERRA
en la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho,
Departamento de Derecho Mercantil

JOSÉ FRANCISCO VELASCO PECHE

Notario

La presente tesis analiza, de modo completo y exhaustivo, los diversos supuestos en virtud de los cuales el deudor no sólo va a resultar exonerado del pasivo concursal a la conclusión del concurso de acreedores, sino que, aunque «*retorne a mejor fortuna*», la satisfacción de dicho pasivo no va a poder ser exigido, produciéndose así una exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

Su autor, don Santiago SENENT, la estructura en cuatro partes, precedidas de una introducción en español e inglés, y seguidas de sus conclusiones y bibliografía empleada en su elaboración.

En la **introducción** se ubica la problemática en torno a qué funciones puede desempeñar la institución concursal, siendo éstas esencialmente la función solutoria y la función conservativa de la actividad económica del concursado (e incluso la superación definitiva de la situación de insolvencia del deudor), sin olvidar, en el caso del concursado persona física, evitar su exclusión social mediante la atemperación del efecto que produce la responsabilidad patrimonial del deudor ex artículo 1911 del Código Civil respecto de las deudas pretéritas. La distinta con-

jugación de estos factores explica la diversidad jurídica legislativa existente en los países de nuestro entorno.

No obstante la antedicha función solutoria del concurso es frecuente que a la conclusión del proceso concursal no se hayan satisfecho la totalidad de las deudas del concursado, ni pueda ser exigido ese pasivo insatisfecho al deudor tras la conclusión del concurso. Este efecto se produce a través de diversos mecanismos jurídicos que conectan con algunas de las finalidades asignadas al proceso concursal y que pueden agruparse en dos grandes bloques que engloban lo que el autor denomina mecanismos impropios y propios de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

La **parte primera**, bajo el título de «**consideraciones de política jurídica: fines del concurso de acreedores y prestaciones del estado social del bienestar**», realiza un estudio histórico y actual del derecho español y del derecho de otros países, de la teleología de esta figura jurídica.

El autor expone de forma didáctica los dos modelos clásicos de regulación de la crisis empresarial: el denominado método de mercado y el método gubemativo. El primero se caracteriza por ser general, judicial y esencialmente sancionador, mientras que el segundo se caracteriza por ser especial, administrativizado y, esencialmente, conservativo.

Tras ello destaca cómo partiendo de uno u otro modelos clásicos se llega a un modelo mixto que tiene en cuenta en distinto grado ambas finalidades, tal y como resulta del estudio de los derechos italiano, francés y alemán. También es así en el caso del ordenamiento jurídico español, donde, partiendo de un modelo inequívocamente solutorio seguido por el Código de Comercio de 1885, se ha llegado a la vigente Ley Concursal (en adelante, LC), que sin abandonar la finalidad solutoria como base del sistema, favorece la continuidad de la empresa.

Ello no obstante, resalta SENENT que la conservación de la empresa no es, en sí mismo, un fin del procedimiento concursal, sino antes bien un fin instrumental al que puede aspirarse cuando ello permita o, al menos, no perturbe los intereses de los acreedores en la satisfacción de sus créditos, pese a que la EM de la Ley de 10 de octubre de 2011, de reforma de la LC, incida en dicha conservación.

Se concluye esta primera parte aludiendo a los motivos de política económica que han propiciado el auge del «discharge» o mecanismos directos de exoneración del pasivo insatisfecho, con independencia de que la consientan o no los acreedores, pues la liberación o exoneración de la deudas tiene su fundamento directamente en la Ley y es objeto de detallado estudio en la tercera parte de la tesis.

La **segunda parte** estudia «**los mecanismos impropios de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores**». A diferencia de lo que acontece con los mecanismos propios, los impropios, o bien no tienen un origen legal, o bien el efecto liberatorio no se produce de modo directo. Dentro de estos mecanismos impropios se encuentran el convenio concursal y la extinción de la persona jurídica:

a) Respecto al *convenio concursal*, comienza el autor por ofrecer una perspectiva histórica del mismo (desde los remotos antecedentes del derecho romano hasta la regulación moderna, tanto en derecho español como en el derecho comparado), definiéndolo como «un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de los acreedores, sancionado por la autoridad judicial (homologación), y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación».

En cuanto a la naturaleza jurídica del concurso, la concepción predominante entre nuestra doctrina y jurisprudencia es aquella que afirma la naturaleza mixta o *sui generis* del convenio, como consecuencia del doble carácter del mismo: por una parte, privado-contractual y por otra público-procesal (pero con preeminencia de la naturaleza contractual) y con eficacia novatoria condicionada al cumplimiento del convenio.

Tras estudiar la tramitación y requisitos formales, se centra SENENT en el contenido típico del convenio: la quita y/o la espera; aludiendo también al contenido potestativo, alternativo o prohibido del mismo. Después estudia la eficacia del convenio, residiendo en su aprobación el momento determinante para que aquél despliegue sus efectos, si bien algunos de los efectos del convenio se producen solamente con el cumplimiento del mismo y no con su aprobación y otros se produjeron antes y cesan precisamente con ésta.

Finalmente, tras apuntar las consecuencias en los supuestos de ineficacia del convenio judicialmente aprobado y de declaración de incumplimiento del convenio, se centra SENENT en la conclusión del concurso por resolución judicial que declara el cumplimiento del convenio, que supone la «exoneración impropia del pasivo», al quedar el deudor liberado del importe remitido aunque llegare a mejor fortuna, lo que le diferencia de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, supuesto en el que el artículo 178.2 LC contempla la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil.

b) Respecto a la *extinción de la persona jurídica*, comienza SENENT distinguiendo entre unas causas típicas de conclusión del concurso (cumplimiento del convenio o la finalización de la fase de liquidación, a las que acertadamente añade la inexistencia de presupuesto para la declaración del concurso) y unas causas anómalas (la satisfacción extraconcursal de los acreedores y la conclusión por

insuficiencia de masa), haciendo especial hincapié en las novedades introducidas en esta materia por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El artículo 178 LC regula los efectos que produce la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, poniendo de manifiesto el autor que en este supuesto concluye la responsabilidad patrimonial universal del deudor respecto de la persona jurídica, que se extingue con la conclusión, pero no respecto de la persona física. Conclusión que estima subsistente, pese a la nueva redacción del artículo 178.2 dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, dado que esta forma de conclusión del concurso respecto de la persona física implica la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal, salvo que proceda la liberación de deudas en los términos de los artículos 178.2 y 242.2.5 LC. Ahora bien, en el caso de la persona jurídica, la extinción se convierte en una consecuencia necesaria de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, que equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho, por haberse extinguido el titular de dicho pasivo, si bien condicionada a la no aparición posterior de bienes de la concursada que determinarían la reapertura del concurso. Y para el caso de existir bienes inembargables de la sociedad, al carecer de norma al respecto la LC, el autor propone brillantemente la aplicación analógica del artículo 398 de la Ley de Sociedades de Capital para proceder a su reparto entre los socios.

A continuación realiza SENENT un estudio del proyectado procedimiento societario de liquidación de sociedades sin activo, contenido en la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Esta Propuesta incluye un mecanismo específico de cancelación registral de sociedades sin activos al margen del procedimiento concursal, lo que merece la crítica positiva del autor, sin perjuicio de su posible perfeccionamiento en lo que a su presupuesto objetivo concierne. Y concluye esta parte con un análisis de la reapertura del concurso como instrumento complementario de reintegración y liquidación de la masa activa.

La **tercera parte** estudia los **mecanismos propios de exoneración del pasivo concursal insatisfecho o, en terminología anglosajona, la «discharge»**, que es un instrumento jurídico, introducido en EEUU por la Bankruptcy Act de 1898, en virtud del cual, tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia, el deudor persona física se ve liberado de la deuda no satisfecha en el seno del procedimiento concursal. La «discharge» se configura como un último recurso, limitándose a asumir una situación fáctica: esas deudas, como se constata en la realidad, en un elevado porcentaje de supuestos no se van a pagar nunca, evitando la referida liberación de deudas la «exclusión social» que la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal puede comportar para el deudor y permitiéndole un «*fresh start*», esto es, un nuevo comienzo con el fin de intentar recomponer su vida económica, lo cual a la postre redundará en beneficio de la sociedad.

El sistema de «discharge» se contrapone al modelo de la rehabilitación, 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*). La condonación de deudas no es nunca automática como en la ley americana.

A continuación se analizan las iniciativas internacionales llevadas a cabo en relación a la «discharge», destacando la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL); el Draft del Banco Mundial de octubre de 2012 del grupo de trabajo sobre la insolvencia de las personas físicas, y las distintas iniciativas de la Unión Europea.

Seguidamente, estudia cómo se regula la «discharge» en los derechos norteamericano, italiano, francés, alemán, portugués y belga:

- El sistema norteamericano fue el introductor de la «discharge», basado en principios como los de «fresh start» y «second chance». Sin embargo, las nuevas normas concursales harán más difícil que los consumidores lleguen al juzgado de lo concursal y encontrarán un alivio menos efectivo una vez que lo hagan.
- En el Derecho francés aparece más bien como la constatación del fracaso de otros sistemas de reestructuración del pasivo del deudor. La liberación de deudas se produce de modo automático, como consecuencia de la constatación de una inexistencia de bienes para hacer frente al pago de las deudas preexistentes, sin necesidad de solicitud expresa por parte del deudor. No obstante, no contempla un procedimiento uniforme en todo caso, sino que la condición del sujeto determina el procedimiento a seguir.
- En derecho italiano se contempla la exoneración empresarial de responsabilidad y se da un tratamiento específico al consumidor. Esto es, sólo el empresario individual de no reducidas dimensiones se puede acoger a la «esdebitazione», para así evitar que se endurezcan las condiciones de crédito a los deudores débiles, en una decisión de política legislativa sobre la que incluso se han planteado dudas de constitucionalidad.
- El modelo alemán se puede definir como el de la exoneración progresiva y escalonada de deudas, exigiéndose un test de «discharge» y un período de buena conducta. Se distinguen tres mecanismos distintos: uno aplicable, por lo general, a las personas jurídicas; otro específico de los consumidores y un tercer mecanismo, de aplicación general, al que pueden acogerse todas las personas físicas tras liquidar su patrimonio.

- En derecho portugués se reconoce desde el año 2004 la posibilidad de exoneración del pasivo insatisfecho por la persona física en el proceso de insolvencia o dentro de los cinco años siguientes a la clausura de éste.
- En Bélgica, en fin, se contienen disposiciones relativas a la liberación de deudas para los particulares y también para los comerciantes individuales, conteniendo vías específicas para los consumidores. Su verdadera peculiaridad radica en que, de un lado, el procedimiento extrajudicial está mucho más vinculado que el de otros Estados a la intervención de los tribunales, y de otro, en el especial énfasis con que el legislador belga se empeña en garantizar un cierto nivel de vida para el deudor y su familia.

Se concluye esta parte con un estudio del modelo español y la problemática del concurso de la persona física. Pese a la unidad subjetiva del concurso, existen distintas situaciones dentro de las personas físicas que pueden ser declaradas en concursado, cuales son: el concurso del empresario individual o profesional; el del administrador societario, el del consumidor, el de personas casadas y el de los menores e incapaces.

Destaca también la diferencia entre los conceptos de sobreendeudamiento e insolvencia, pues, como es sabido, sólo ésta y no aquél es presupuesto objetivo del concurso de acreedores. En España, buena parte de los esfuerzos del legislador por hacer frente a los problemas del sobreendeudamiento de los particulares se han centrado en el aspecto preventivo, persiguiéndose evitar la concesión abusiva de crédito y promoviendo el crédito responsable.

Tras ello, el autor pone de manifiesto algunas carencias de la LC cuando el concurso es de persona física, muestra diversas propuestas legislativas en materia concursal que no llegaron a cristalizar, las soluciones jurisprudenciales ante la inexistencia de mecanismos exoneratorios de la persona física, la inembargabilidad de ciertos bienes y derechos como medida protectora del patrimonio y subsistencia del deudor, y con un especial análisis de los artículos 605 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la figura del empresario individual con limitación de la responsabilidad, que supone una excepción al artículo 1911 del Código Civil y se regula por primera vez en nuestro derecho en la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Asimismo, se estudia la posibilidad de dación en pago más allá del caso del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, cuestión de rabiosa actualidad y de la que se ha ocupado la jurisprudencia de los últimos años. Además se trata la «discharge» parcial que, en relación con la vivienda habitual, ha supuesto el artículo 579 LEC tras la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Y SENENT finaliza aludiendo a acuerdos extrajudiciales e instituciones preconcursales.

La **cuarta parte** se titula «**el modelo español de exoneración del pasivo insatisfecho**». El modelo presentaba el inconveniente de imponer la obligación de solicitar el concurso a la persona física y mantener, tras su conclusión con pasivo insatisfecho, supuesto más probable, la subsistencia de la deuda, frustrando la finalidad que debe atribuirse al concurso como herramienta hábil para depurar o superar la insolvencia del deudor.

Se apuntan los argumentos en contra de la introducción en España de la «discharge» o exoneración de deudas: el riesgo de crear la figura del deudor o concursado profesional que, consciente de la posibilidad de liberar sus deudas, asuma un endeudamiento desmesurado, sabiendo que no lo va a saldar; la incidencia negativa que una medida de este tipo produciría en el mercado crediticio; el efecto desincentivador en las soluciones convencionales al concurso y el riesgo evidente de un importante efecto llamada. Problemas todos ellos aparentes que, sin embargo, a juicio del autor, no son insalvables, puesto que: en los ordenamientos jurídicos en los que existe esta figura, la concesión del beneficio va vinculada a la condición subjetiva de deudor de buena fe o del deudor honesto, pero desafortunado; esta figura no debería incidir de modo negativo en el mercado del crédito, sino ejercer un influjo neutro, cuando no positivo, ya que en la mayoría de los casos, con o sin liberación, el deudor va a verse imposibilitado de pagar sus deudas; permitiría incentivar los convenios concursales, y si bien el riesgo de colapso de los juzgados de lo mercantil es posible, este riesgo puede ser minorado si se deja claro a los deudores que el procedimiento sólo está pensado para el deudor de buena fe, que no ha contribuido en modo alguno a la situación de insolvencia.

En el modelo español vigente, destaca SENENT, tras estudiar los presupuestos materiales de la exoneración de deudas, que no existe una regulación procedimental como tal, si bien de la Ley Concursal se extraen importantes pautas a tal fin. Además, conviene recordar que la nueva redacción del artículo 178.2 LC, dada por la Ley 14/2013, a cuyo tenor: «*La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas...*» sólo será de aplicación a los concursos que se declaren con posterioridad a la entrada en vigor de la misma.

Lo más destacable es que, a diferencia de otros sistemas, como el alemán o el portugués, el deudor, una vez liberado de sus deudas y concluido el concurso, no se ve sometido a ningún tipo de control, requisito de buena conducta u obligación alguna. Por otra parte, tampoco parece que sea posible revisar las circunstancias que condujeron al reconocimiento del beneficio por modificación de las mismas o por el hecho de que aparezcan nuevos elementos que pudieran permitir la calificación culpable y, en consecuencia, revocar el beneficio de la remisión de deudas. No obstante, podría entenderse que ex artículo 179.3 LC, introducido por Ley 38/2011, que permite la reapertura del concurso bajo determinadas circunstancias, se estaría contemplando un mecanismo «ex post» de control de la exoneración del pasivo.

Lo que es indudable es que nos encontramos ante un auténtico mecanismo legal de exoneración del pasivo insatisfecho («discharge» propia), ya que la remisión de las deudas insatisfechas en el concurso se produce *ex lege*, como consecuencia de la conclusión del concurso, sin que sea preciso para ello que muestren su conformidad los acreedores. En relación a los efectos de la exoneración de deudas, no se especifican en la Ley Concursal, entendiéndose, no obstante, que nos encontramos ante una derogación «ad hoc» del principio de responsabilidad patrimonial universal, ex artículo 1911 del Código Civil. Por tanto, el deudor concursado no responde de las deudas pasadas afectadas por el mecanismo exoneratorio con sus bienes futuros una vez liquidado su patrimonio. No obstante, debe considerarse la remisión de deudas del artículo 178.2 LC como una norma excepcional, de tal modo que, en caso de no ser procedente su aplicación, cobra plena vigencia la responsabilidad patrimonial universal a que se refiere el citado artículo 1911.

Finaliza el autor analizando los efectos que la exoneración del pasivo insatisfecho produciría en relación a los deudores garantes o solidarios, cuestión sobre la que la Ley Concursal española nada dice, a diferencia de lo que acontece en otras legislaciones, y realizando una valoración crítica de este mecanismo de liberación de deudas de reciente introducción, entendiendo que la regulación del mismo, aun siendo conveniente, es confusa e insuficiente y adolece de una serie de defectos.

En conclusión, la obra resulta sumamente interesante, no sólo por el análisis exhaustivo que realiza de los distintos supuestos de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso, sino también porque pone de manifiesto diversas deficiencias existentes en el vigente modelo español, proponiendo algunas soluciones que de *lege ferenda* deberían ser tomadas en consideración.

*(Trabajo recibido el 10/9/2014
y aceptado para su publicación el 23/9/2014)*