

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



TESIS DOCTORAL

**LA INSOLVENCIA DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO
POSITIVO ESPAÑOL Y PORTUGUÉS.
RETRATO DE UNA REFORMA INACABADA**

Presentada por:

ANA FILIPA FERREIRA COLAÇO DA CONCEIÇÃO

Director:

ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE

Directora:

CATARINA FERREIRA FRADE

Salamanca 2011

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



TESIS DOCTORAL

**LA INSOLVENCIA DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO POSITIVO
ESPAÑOL Y PORTUGUÉS. RETRATO DE UNA REFORMA INACABADA.**

Presentada por:

ANA FILIPA FERREIRA COLAÇO DA CONCEIÇÃO

Director:

ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE

Directora:

CATARINA FERREIRA FRADE

Programa de doctorado: **Principios y bases de modernización del derecho patrimonial**

Salamanca 2011

Firma del director

ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE

Catedrático EU de Universidad

Universidad de Salamanca

Firma de la directora

CATARINA FERREIRA FRADE

Auxiliar de Universidad

Universidade de Coimbra

Firma del alumno

ANA FILIPA CONCEIÇÃO

A mis padres.

A Ricardo.

LISTA DE ABREVIATURAS

AAP – Auto de la Audiencia Provincial
AA.VV – Vários Autores
Ac. – Acórdão
ADC – Anuario de Derecho Concursal
AJM – Auto del Juzgado de lo Mercantil
Art. – artículo
ASFAC – Associação de Instituições de Crédito Especializado
BOCG – Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE – Boletín Oficial del Estado
CE – Constitución Española
CES – Centro de Estudos Sociais
CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas
Coord. - Coordinación
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
CPEREF - Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e Falência
CRP – Constituição da República Portuguesa
D.F. – Disposición Final
Dir. - Dirección
DL – Decreto-Lei
E.M. – Exposición de Motivos
InSo – Insolvenzordnung
DECO – Associação Portuguesa para a Defesa dos Consumidores
DOCE – Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE – Diario Oficial de la Unión Europea
GOEC – Gabinete de Orientação ao Endividamento dos Consumidores
ICAB – Ilustri Colegi d’Advocats de Barcelona

LC – Ley Concursal
LDC – Lei de Defesa do Consumidor
LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil
LECR – Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGDCU – Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
LOFTJ – Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais
LORC – Ley Orgánica para la Reforma Concursal
MP – Ministério Público
Núm. – número
Op. Cit. – Obra citada
RCP – Regulamento das Custas Processuais
RD – Real Decreto
RDM – Revista de Derecho Mercantil
RDCP – Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
TRG – Tribunal da Relação de Guimarães
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TRP – Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	XVII

CAPÍTULO I

Determinación del alcance subjetivo y objetivo de la insolvencia de los consumidores

I - El elemento subjetivo del concurso	29
1 - Consideraciones generales sobre la figura del consumidor persona física	31
1.1 - Evolución del concepto de consumidor	32
1.2 - La definición legal de consumidor	38
2 – El consumidor persona física como sujeto del proceso concursal.....	42
II - El elemento objetivo del concurso	50
1- Consideraciones generales	50
2 – El concepto jurídico de insolvencia.....	51
2.1 - La insolvencia inminente	51
2.2 – La insolvencia actual	61
2.3 – Insolvencia vs. sobreendeudamiento.....	76

CAPITULO II

La declaración de insolvencia de los consumidores en la LC y en el CIRE

I - La fase declarativa del proceso.....	95
1 – Consideraciones Generales.....	95
2 - Legitimación	97
2.1 - El deudor.....	99

2.2 – Los restantes legitimados	102
3 – El deber de solicitud.....	105
3.1 – Caracterización legal del deber de solicitud	110
3.2 – El art. 5.3 LC como excepción al deber de solicitud.....	118
3.3 – Relevancia del deber de solicitud	120
4 – La tramitación procesal en la fase declarativa	105
4.1- Solicitud del deudor en Portugal	124
4.1.1 - La petición inicial.....	124
4.1.2 – La asistencia jurídica	127
4.1.3 - Los documentos accesorios	129
4.1.4 - La tasa de justicia inicial	132
4.1.5 - El tribunal competente	134
4.1.6 - La decisión judicial	136
4.1.7. - La declaración de la insolvencia	141
4.2. - Solicitud del deudor en España.....	145
4.2.1 - El escrito de solicitud	146
4.2.2 - La asistencia jurídica.....	148
4.2.3. - Los documentos a aportar con la solicitud.....	151
4.2.4 - El tribunal competente	155
4.2.5 - La provisión y la decisión sobre la solicitud.....	157
4.2.6 - Auto de declaración de insolvencia.....	160
4.2.7 - El procedimiento abreviado	163
4.3 – Evaluación sumaria sobre la solicitud por el deudor.....	171
5- Solicitud de los restantes legitimados.....	175
5.1 - Los hechos externos.....	175
5.2 - La tramitación procesal en el CIRE.....	178
5.3 - La tramitación en la LC	182
.....	
II- El caso particular del concurso de cónyuges.....	192
1– La comunidad conyugal de bienes como objeto del proceso de insolvencia.....	192
2– La coligación procesal en el CIRE.....	200
2.1 – Coligación procesal vs. litisconsorcio necesario.....	200

2.2 - Coligación activa.....	206
2.3 - Coligación pasiva	209
2.4 - Reglas comunes.....	216
2.5 – Evaluación sumaria.....	218
3 - La declaración conjunta y la acumulación de concursos en la LC.....	220
3.1- La declaración conjunta en el concurso necesario	222
3.2 - La declaración conjunta en el concurso voluntario.....	227
3.3- La acumulación de concursos strictu sensu	228

CAPITULO III

Efectos de la declaración de insolvencia sobre la persona y patrimonio del deudor

I - Efectos instrumentales de la declaración de insolvencia.....	233
1 – Caracterización general	233
2 - Efectos personales de la declaración de insolvencia.....	234
2.1 – Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor	235
2.2– Deberes de comparecencia, colaboración e información del deudor	245
3 - Efectos patrimoniales de la declaración de insolvencia sobre el deudor	249
3.1 - Consideraciones generales	249
3.2 - Conservación de las facultades de administración y disposición.....	258
3.3 - Suspensión de las facultades de administración y disposición	263
3.4 - La violación de las limitaciones patrimoniales	268
II - Efectos eventuales de la declaración de insolvencia.....	273
1- Caracterización general.....	273
2 - El derecho a alimentos	274
2.1 - Requisitos del derecho de alimentos concedido al deudor.....	277
2.1.1 - El art. 84 CIRE	277
2.1.2. - El art. 47 LC	281
2.2 – Los alimentos concedidos por el deudor	295
2.3 - La clasificación de los créditos por deudas alimentarias	298

3 - La calificación del concurso	301
3.1 - Ámbito de aplicación	301
3.2 - Criterios sustantivos de calificación	306
3.2.1- El criterio general de calificación.....	306
3.2.2 - El dolo y la culpa grave en el concurso de consumidores	309
3.2.3 - Limitación temporal para evaluación de la conducta	316
3.3 - Las presunciones de concurso culpable y de culpabilidad aplicables al concurso de consumidores	317
3.3.1 - La falsedad e inexactitud grave en la documentación entregada por el deudor	323
3.3.2 - Presunciones de alcance patrimonial.....	327
3.3.3 - El incumplimiento culpable del convenio	333
3.3.4 - El incumplimiento del deber de solicitud.....	335
3.3.6 - El incumplimiento de los deberes de colaboración e información en el proceso	337
3.4 – Las personas afectadas por la calificación	339
3.4.1 – El deudor y representantes legales.....	339
3.4.2 – Los cómplices	340
3.5 - Los efectos de la calificación del concurso como culpable	345
3.5.1 – La inhabilitación	345
3.5.2 – La inhibición para el ejercicio del comercio.....	351
3.5.3 – La pérdida de créditos y la indemnización por daños y perjuicios.....	351
3.6 – Relevancia de la calificación de la insolvencia en el concurso de consumidores....	353

CAPITULO IV

Soluciones negociadas y liquidación como formas de conclusión del proceso concursal

I – Las soluciones negociadas	360
1 – Consideraciones generales	361
2 - El convenio previsto en la LC	369
2.1 – Solicitud	373
2.1.1 – La propuesta anticipada de convenio.....	374
2.1.2 – La propuesta ordinaria de convenio.....	378

2.1.3 – Requisitos formales de la propuesta.....	382
2.2 – Contenido del convenio	384
2.3 – Tramitación procesal	393
2.3.1 – Propuesta anticipada de convenio	394
2.3.1.1 – Requisitos para admisión a trámite	394
2.3.1.2 –Admisión a trámite.....	398
2.3.1.3 – La aprobación judicial del convenio y oposición.....	403
2.3.2 – Propuesta ordinaria de convenio	408
2.3.2.1 – La admisión a trámite.....	410
2.3.2.2 – La aprobación de la propuesta por los acreedores	413
2.3.2.3 - La aprobación judicial y la oposición al convenio	415
2.4 – Los efectos de la aprobación del convenio.....	418
2.5 – El cumplimiento e incumplimiento del convenio.....	426
2.6 – Relevancia del convenio en el concurso de deudor consumidor	431
3 - El plan de pagos previsto en el CIRE.....	439
3.1. Requisitos de aplicación	441
3.2 - Solicitud	443
3.3 – Contenido del plan de pagos.....	446
3.4– Tramitación procesal	452
3.5 – Aceptación y sustitución de la aceptación de los acreedores	458
3.6 - Homologación del plan y declaración de insolvencia del deudor.....	461
3.7 – Relevancia del plan de pagos en el proceso concursal	463
II – La liquidación	469
1- Consideraciones Generales	469
2 - Constitución de la masa activa.....	472
2.1 - Los bienes inembargables	473
2.2 - Las acciones de reintegración	476
2.3 – Las especificidades derivadas del matrimonio	481
3 – Apertura de la liquidación	492
3.1 – El régimen del CIRE	493
3.2– El régimen de la LC.....	495

4 – La exoneración del pasivo restante	501
4.1 - Caracterización general	501
4.2 - La exoneración del pasivo restante en el CIRE	510
4.2.1 – Solicitud de la exoneración del pasivo restante.....	512
4.2.2 – Requisitos legales para admisión a trámite.....	513
4.2.3 - La admisión del deudor al período de cesión.....	527
4.2.4 – Caracteres esenciales del período de cesión	529
4.2.5 – Cese anticipado de la exoneración.....	534
4.2.6 – La concesión definitiva de la exoneración	537
4.2.7 – La revocación de la exoneración del pasivo restante	538
4.2.8 – Relevancia de la exoneración del pasivo restante en el proceso concursal	540
CONCLUSIONES	551
BIBLIOGRAFÍA	562

INTRODUCCIÓN

La temática del endeudamiento del consumidor suscita, más que nunca, una enorme curiosidad y preocupación, no solo social o financiera, sino también jurídica. La crisis económica que se arrastra, las medidas de austeridad recientemente implementadas por los Gobiernos europeos de la zona euro y la consecuente disminución de las rentas y apoyos sociales a las familias, unidos al aumento de los intereses del crédito hipotecario y al consumo, motivados por la crisis bancaria internacional, a que se asocia la natural retracción de la concesión de crédito, la precariedad del empleo y la constante apelación al consumo de la actual sociedad, han llevado a que, en un pasado próximo, se haya cambiado el ahorro por un nuevo modelo de gastos familiares, muchas veces basados en el crédito al consumo. Dicha situación, ahora expuesta por la recesión económica, permite observar el elevado endeudamiento de las familias, contraído a lo largo de los últimos años. De esta manera, podremos afirmar que la insolvencia no surge espontáneamente, sino es una consecuencia de un proceso largo que, con mayores o menores desvíos, ha conducido al endeudamiento del consumidor, superior, en cierto momento en el tiempo, a su capacidad de pago.

Si es verdad que la búsqueda de crédito al consumo aumenta en relación con “la modificación de patrones culturales, aliada al descenso de los tipos de interés, al aumento de la renta y a la contención del desempleo”¹, y constituye un factor de desarrollo económico, igualmente es cierto que “el elevado coste de la vivienda, la precariedad laboral e inestabilidad familiar (signos de este tiempo) son los principales factores que colocan a los hogares en alto riesgo de bancarrota”.² Además,

[...]si durante mucho tiempo el riesgo de insolvencia del consumidor fue entendido como un riesgo estrictamente privado (...) la ampliación del crédito a deudores de diferentes estados socio-económicos, el perfeccionamiento de los derechos de los consumidores, la necesidad de prevenir el riesgo sistémico y de controlar los gastos públicos en las áreas de la justicia, del empleo, de la

¹Traducción nuestra. LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 74.

²TRUJILLO DÍEZ, I.J. *El Sobreendeudamiento de los Consumidores*, Comares, Granada, 2003, p. 2 También en este sentido nos dice PULGAR EZQUERRA que “la crisis económica y financiera por la que estamos atravesando en la actualidad y cuyo origen parece situarse en la problemática generada por las hipotecas subprime en EE.UU. y la elevación del coste del petróleo, se está manifestando de forma particularmente intensa respecto de los consumidores sobre los que se acrecientan las dificultades económicas, habiéndose incrementado notablemente en España la declaración en concurso de acreedores de dichos consumidores”. PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del Consumidor y Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 63.

habitación, del apoyo social y de la salud, han conducido los gobiernos a llamar a si la reglamentación de este riesgo, tornándolo público.³

Todas estas constataciones han creado un debate, no solo a nivel estatal, sino comunitario⁴, sobre la mejor fórmula de combate al sobreendeudamiento/insolvencia de los consumidores. Compete a la ley positiva atacar a esto problema, cuya perpetuación puede conducir a un cuadro mayor de exclusión económica y social de los consumidores afectados, no solo a nivel individual, sino familiar. Por otra parte, la protección de los acreedores constituye también una de las serias preocupaciones del legislador. Buscar el equilibrio entre los dos principales afectados por la crisis económica es un elemento fundamental del sistema de reglas que pretenda reglamentar el sobreendeudamiento/insolvencia de los consumidores.

Por una parte, se recurre a la prevención, reforzándose los derechos del consumidor, particularmente los que respectan a la información y protección de sus intereses económicos, por ocasión de la contratación para consumo⁵; por otra, en lo que respecta a la solución del problema, muchas fueran las iniciativas legislativas, desde la implementación de redes de mediación, a la reglamentación del sobreendeudamiento en cuanto tal⁶, o el recurso al proceso de insolvencia, hace con soluciones propias para esto tipo de deudores⁷, como aplicando las soluciones generales de la ley concursal.

³ FRADE, C. «Mediação do Sobre endividamento: Uma Solução Célere e de Proximidade», *Themis* núm.11, Almedina, Coimbra, 2005, p. 203.

⁴ Véase, a este propósito, el estudio de la Dirección General del Empleo, Asuntos Sociales y Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, *Towards a Common Operational European definition of Overindebtedness*, de febrero de 2008, disponible en http://www.pfrc.bris.ac.uk/completed_research/Reports/2008_EC_Over-indebtedness_Summ.pdf.

⁵ A nivel comunitario, podremos indicar la Directiva. 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentares y administrativas de los Estados miembros relativas al crédito al consumo, alterada por la Directiva núm. 90/88/CEE, del Consejo, de 22 de febrero, y por la Directiva núm. 98/7/CE, del Parlamento y del Consejo, de 16 de febrero, transpuesta para el ordenamiento jurídico interno por el Decreto-Lei núm. 359/91, de 21 de septiembre y la Directiva. 2008/48/CE de 23 de abril, transpuesta para el derecho portugués por el DL. núm. 133/2009, de 2 de junio y para el derecho español para la Ley 16/2011 de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

⁶ Véase el *Code de la Consommation* francés, de 1993, entre otros.

⁷ Véanse la *Insolvenzordnung* alemana, de 1995, o el *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* portugués, de 2004, que prevén el plan de pagos y la exoneración del pasivo restante, dos mecanismos propios relativos a la insolvencia de deudores personas naturales no empresarias. Tales soluciones se basan en el *Bankruptcy Code* americano, pionero en la positivación del derecho de insolvencia de personas físicas (el *Bankruptcy Reform Act* de 1978, modificado sustancialmente en estos supuestos en 2005, por el *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*).

Nuestro estudio hay precisamente como objetivo principal la ley concursal, toda vez que, en lo que respecta al derecho positivo, los consumidores se encuentran abarcados, tanto en España, como en Portugal, por las reglas concursales, no existiendo, en términos generales, otras fórmulas legales de tratamiento de la insolvencia. Los resultados de la sumisión del consumidor a las reglas concursales no produce, sin embargo, idénticos resultados: en España el deudor consumidor, deparándose con una situación de insolvencia, debe utilizar el proceso concursal definido por la *Ley Concursal* (en adelante designada por LC)⁸, que no prevé un soporte específico para este tipo de deudores, toda vez que se apoya en el principio de la unidad del sistema – un proceso de ejecución universal que se basa en un presupuesto objetivo único, definido por el art. 2.2 LC, que tanto sirve deudores empresarios, como consumidores. FERNANDEZ SEIJO adelanta críticamente que

[...]Las circunstancias en las que se aprobó la LC – en plena época de bonanza económica en el ya lejano principio del siglo XXI, tiempo en el que se pensaba en un escenario de globalización no se producirían crisis en el sistema económico y financiero – hicieran con que el legislador desoyera las recomendaciones que provenían de algunas instituciones europeas que advertían de las peculiaridades del sobreendeudamiento de los consumidores y la necesidad de abordar esas situaciones de insolvencia en el marco de una legislación que combinara no solo los elementos civiles y mercantiles, sino también factores sociales, culturales y económicos propios del sobreendeudamiento [...]⁹

En Portugal, por otra parte, en el *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* (en adelante designado por CIRE)¹⁰ donde prevalecen, en la misma línea, los trazos generales de un reforma que prima por la unidad del proceso, disponible para todos tipos de deudores, se han establecido específicamente, para los pequeños empresarios y no empresarios, un conjunto de soluciones que se apartan del proceso de insolvencia común, consagrándose la

⁸Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modificada por la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, por el RD 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, por el RD 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el RD 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, por el RD 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y procesal ante la evolución de la situación económica, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso y por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

⁹FERNANDEZ SEIJO, J.M. «La posición jurídica procesal del cónyuge del concursado. Declaración de concurso de ambos cónyuges», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAYVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del Consumidor y Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 143-144.

¹⁰ DL 53/2004, de 18 de marzo, modificado por el DL 200/2004, de 18 de agosto, por el DL 76-A/2006, de 29 de marzo, por el DL 282/2007, de 7 de agosto, por el DL 116/2008, de 4 de julio y por el DL 185/2009, de 12 de agosto.

posibilidad de obtención de un plan de pagos homologado judicialmente y, a semejanza del *fresh start* americano y de su congénere continental alemán, la exoneración del pasivo restante.

La reforma de las leyes española y portuguesa (2003 y 2004, respectivamente) no ha impedido, sin embargo, el desarrollo de proyectos paralelos en la área del endeudamiento de los deudores no empresarios. En Portugal, se destaca la posibilidad de obtención de un plan de pagos, en caso de sobreendeudamiento detectado en una ejecución singular (2009) y el estudio de un proceso alternativo previsto en el Anteproyecto del Código del Consumidor (2006) y que se encuentra paralizado por estos días. También en España, en 2003 y 2004, se ha evaluado la posibilidad de crear un tratamiento alternativo del sobreendeudamiento, no se obteniendo resultados prácticos con tal intención legislativa. El fracaso de dichas medidas legislativas se puede explicar, en nuestro entender, no solo debido a una falta de voluntad político-legislativa, sino por presión de las entidades concedentes de crédito, a que se añade la menor importancia social y económica de los problemas del endeudamiento de los consumidores, por aquellos días, con la consecuente menor urgencia de su tratamiento.

Sin embargo, la búsqueda de una solución perfecta, a nivel concursal, se encuentra presente en el espíritu del legislador español, como se comprueba por la constitución de una sección especial de la comisión de codificación mercantil del ministerio de Justicia, en 2009, con el objetivo de reformar integralmente la legislación concursal española, que anunció como línea definidora el intento de crear un sistema de normas adecuado a la insolvencia de los consumidores, pero cuyo resultado no ha producido, como veremos, la esperada reforma respecto de dichas insolvencias.¹¹ De esta comisión ha salido el proyecto de reforma de la Ley Concursal, recientemente aprobado.¹²

¹¹http://www.lamoncloa.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MJU/_2009/ntpr20090716_LeyConcursal.htm
Consultada por última vez el 3 de enero de 2011. Puede consultarse el proyecto en <http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215198272177/DetalleActividadLegislativa.html>, consultado por última vez el 3 de enero de 2011. Sin embargo, la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros (ADICAE) ha entregado al Congreso de Diputados para que se introduzcan medidas específicas para la insolvencia de consumidores. Véase <http://www.expansion.com/agencia/efe/2011/04/26/16088367.html>, consultado por última vez el 27 de abril de 2011. Puede consultarse la propuesta en <http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/Concursal.pdf>, consultada por última vez el 4 de mayo de 2011.

¹² El primer anteproyecto fue aprobado en mayo de 2010, alterado en diciembre de 2010. El proyecto núm. 121/000119 fue aprobado en el Consejo de Ministros de 18 de marzo de 2011, como se puede leer en

Las principales líneas de una reglamentación concursal adecuada al deudor consumidor serían anticipar, agilizar el proceso, disminuir costes y educar al consumidor insolvente, liberándolo, en casos extremos, de sus obligaciones previamente asumidas, sin dejar de considerar los principales intereses de los acreedores, como hemos referido. Así, a lo largo de la vigencia, tanto de la LC, como del CIRE, se han observado insuficiencias en la ley positiva, de que daremos cuenta a lo largo de este estudio, constatándose la necesidad de alteraciones en varios de los puntos que unen el momento de la verificación de la insolvencia del consumidor persona física, a su tratamiento final, de acuerdo con el derecho concursal.

Recurriéndose a números, observamos que, desde la entrada en vigor de la LC, fueran declarados 2680 concursos de personas físicas sin actividad empresarial.¹³ En Portugal, en el año de 2009, tramitaran en los tribunales 1309 procesos relativos a personas físicas.¹⁴ Estos números, aisladamente, podrán configurar que la insolvencia de personas físicas, en ambos ordenamientos, es residual. Podría extraerse, desde pronto, que la reglamentación específica que aquí se pretende analizar no es necesaria, por no existieren individuos, familias o hogares insolventes. Sin embargo, el aumento constante de este tipo de concursos¹⁵, desde la entrada en vigor tanto de la LC, como del CIRE, así como el crecimiento de los números relativos al crédito de cobro dudoso¹⁶, permiten concluir por la existencia de materia prima abundante en

<http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Resumenes/2011/180311Consejo.htm>, consultado por última vez el 26 de marzo de 2011. La publicación en el BOE se ha producido el 1 de abril de 2011.

¹³ Fuente: www.ine.es. Consultado por última vez el 24 de julio de 2011. En 2010 se han declarado 905 insolvencias de consumidores, hasta julio de 2011, 251.

¹⁴ Fuente: www.dgpj.mj.pt, como se recoge en el *Relatório de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas*, de diciembre de 2010, consultado por la última vez en 9 de febrero de 2011. Esto demuestra también que en 2008 se tramitaran 699 procesos, lo que indicia el recurso del doble de los individuos de un año para el siguiente. Los gabinetes de apoyo al sobreendeudado de la Asociación Portuguesa de Defensa de los Consumidores (DECO) trataran, hasta diciembre de 2010, 2837 procesos, no se conociendo cuantos se han transformado en declaración de insolvencia. Notícia consultada en www.lusa.pt, en el día 6 de enero de 2011. En el año de 2010 se señalan 751 procesos, de acuerdo con el Instituto Informador Comercial. Datos de marzo de 2011 permiten observar un aumento exponencial del número de procesos concursales de personas singulares, desde enero de 2011, ya que se ha declarado la insolvencia de 1116 personas. Notícia consultada en www.publico.pt, el día 26 de marzo de 2011. En mayo de 2011, el número aumentara para un nuevo máximo de 2190 procesos, de acuerdo con el Instituto Informador Comercial.

¹⁵ En Portugal, se declararan en 2007, 432 concursos de personas físicas, en 2008, 656, como se leía en <http://economia.publico.pt/Noticia/pedidos-de-insolvencia-de-pessoas-singulares-triplicaram-em-tres-anos-1473819>, consultado por última vez el 9 de enero de 2011. En España, se ha aumentado de un número irrisorio de 9 concursos, en 2003, para 995, en 2009, como se puede ver en www.ine.es, consultado por última vez el 9 de enero de 2011.

¹⁶En Portugal, en diciembre de 2010, el crédito de cobro dudoso alcanzaba 8,32% del total de crédito al consumo concedido y 1,73% en el crédito hipotecario, representando estos valores un crecimiento de 3,45% desde 2008, como se leía en <http://www.ionline.pt/conteudo/95293-empresas-peso-do-malparado-atinge-o-nivel-mais-altos-ultimos-12-anos>, consultado en 9 de enero de 2011. Para consulta del boletín oficial, véase www.bportugal.pt. En julio de 2011, nuevo aumento, fijándose los números en 8,76% y 1,74%, respectivamente,

el campo de las insolvencias de consumidores, lo que implica una máquina concursal pronta a acogerla.

La legislación concursal, cara a cara con mecanismos extrajudiciales, puede constituir una alternativa, sin perjuicio de las principales desventajas del proceso concursal, como sean los costes, las dificultades, por parte del deudor, de obtención de fondos para recurrir al tribunal, el estigma psicológico de la declaración de insolvencia y, por encima de todo, la dificultad de encontrar información adecuada sobre el proceso, lo que retira visibilidad a las soluciones, adecuadas a su estado, que el proceso concursal puede contener.

En cuanto respecta a estos deudores específicos, cuanto más rápidamente se encuentre la solución (especialmente la obtención de un convenio, o de otra forma de cumplimiento de obligaciones, en oposición a la liquidación), menor es el agravamiento de su pasivo – esto porque, en los casos que analizamos, la mayor parte de las rentas de los deudores son fijas, ya que el incumplimiento sistemático de prestaciones crediticias agrava el estado patrimonial, débil, del deudor.

Al legislador se plantea, entonces, la duda relativa al encuadramiento de las soluciones normativas relativas al tratamiento del endeudamiento de los consumidores, problemática que se conecta íntimamente con la designación atribuida a la situación patrimonial negativa del deudor imposibilitado de cumplir sus obligaciones: sobreendeudamiento o insolvencia. Basándose en esta opción, el legislador puede coordinar los medios y dibujar la forma de acudir a tal situación, centrándose en la figura del consumidor o en la de sus acreedores, buscando satisfacer más los intereses de unos ante los otros. La primera opción hará con la reglamentación adecuada exista de forma autónoma y encuadrada de pleno derecho en el campo de la defensa/protección del consumidor; la segunda, encuadrará, por otro lado, las

como se puede leer en http://economia.publico.pt/Noticia/peso-do-malparado-volta-a-atingir-valor-mais-alto-dos-ultimos-13-anos_1502298, consultado por última vez el 24 de julio de 2011. En España, se alcanzó 2,52% de morosidad en el crédito hipotecario, y cerca de 7% en el crédito al consumo, en 2010, pero se señala el aumento de las ejecuciones hipotecarias, como se lee en, http://www.elpais.com/articulo/primer/plano/Devolver/piso/saldar/hipoteca/elpepueconeg/20110102elpneglse_8/Tes, consultado por última vez el 9 de enero de 2011. Nuevos datos de mayo de 2011 indican un aumento de la morosidad, que se fija, globalmente, en 6,49%, como se puede leer en <http://www.abc.es/20110718/economia/abci-morosidad-201107181055.html>, consultado por última vez el 24 de julio de 2011. Para consulta de las estadísticas oficiales, véase www.bde.es.

normas indicadas en el campo concursal, tanto en ley extravagante, como en la codificación concursal, materializándose el principio de la unidad que ha presidido a las reformas legislativas, tanto en España, como en Portugal.

Nuestro estudio posee, por lo tanto, un actor principal: el deudor consumidor persona física. La opción por este tipo específico de deudor se ha basado en la enorme curiosidad jurídica que nos asalta con respecto a las mejores soluciones a aplicar al endeudamiento de las personas físicas consumidoras. Esta curiosidad incide, particularmente, en la evaluación del modelo específico creado por la ley portuguesa y, por otro lado, ante la ausencia de un tratamiento particular, en la ley española, sobre la capacidad de una ley general y universal abarcar de forma satisfactoria estos deudores.

Una idea que existe transversalmente en nuestro estudio es la consideración de que la legislación concursal se torna suficiente para el tratamiento de este tipo de endeudamiento en el caso de que se incluya la protección simultánea de los intereses de deudores y acreedores, en oposición a la protección exclusiva de estos últimos. Definir si existe una incompatibilidad entre los dos intereses, que los impida estar en la misma posición ante las reglas legales, es el punto fundamental para conseguir determinar si la legislación concursal es suficiente o, caso contrario, si la solución para el endeudamiento de los consumidores implica una reglamentación alternativa, basada en las reglas del derecho del consumo, de carácter administrativo, judicial, extrajudicial o mixto, adaptándose los diferentes modelos a las realidades socio jurídicas de cada ordenamiento en análisis.

Partimos de la idea de que la insolvencia de los consumidores puede constar en el régimen jurídico concursal, hasta incluso porque somos partidarios del sistema de unificación de las formas de tratamiento conllevado tanto por la ley española, como portuguesa.

Estas ideas, porque centrales, serán constantes a lo largo de nuestro estudio, ya que el principal objetivo, más que encontrar una solución perfecta, es determinar en que punto se encuentra el derecho actual, identificar los elementos positivos o negativos y intentar proponer modificaciones, caso se consideren necesarias. Aquí reside el segundo foco de nuestro estudio, la comparación entre dos sistemas jurídicos que consideramos más próximos, el español y el portugués, cuyas reformas legales del derecho concursal, siendo próximas en el tiempo, han producido resultados tan distintos en esta cuestión concreta. Basados en estas

circunstancias, haremos un recorrido por la ley positiva, analizando sus puntos principales en lo que respecta a los deudores no empresarios, apuntando beneficios y perjuicios derivados de la aplicación legal de la reglamentación concursal, intentado ofrecer soluciones alternativas, derivadas de ley vigente o a vigorar, teniendo en cuenta la dicotomía existente entre la caracterización de la insolvencia de los consumidores como un estado que deberá ser tratado bajo el ámbito del proceso concursal o, encontrándose una razón para ser designada como sobreendeudamiento, observarse la necesidad de una reglamentación distinta, como ha sido práctica en algunos ordenamientos, donde la insolvencia se reserva para los deudores empresarios.

De este modo, nuestro estudio se encuentra dividido en cuatro capítulos distintos: en el primer capítulo, trataremos de analizar las nociones operativas, es decir, los conceptos jurídicos en los cuales se basa el proceso concursal. Dichos conceptos, subjetivos y objetivos, derivan, por un lado, de la metodología escogida por nosotros para desarrollar nuestro estudio, centrándonos en un tipo de deudor específico, el deudor consumidor persona física.

Por otro lado, los conceptos objetivos derivan de lo previsto en la legislación concursal, así como de la práctica jurídica y económica, donde muchas veces la insolvencia de estos deudores viene denominada como sobreendeudamiento, por lo que recurrimos a los elementos jurídicos disponibles, a fin de obtener la delimitación de nuestro estudio. Aquí se pretende caracterizar el consumidor persona física como elemento fundamental de la insolvencia de los particulares, buscando tal noción en los ordenamientos portugués, español y comunitario, así como encuadrar tal sujeto en la legislación concursal positiva, en cuanto elemento subjetivo.

Como elemento objetivo, analizaremos las nociones disponibles, partiendo del campo más amplio del sobreendeudamiento y terminando en la ley concursal, que nos suministra las nociones de insolvencia inminente y actual. Se pretende, de este modo, determinar con la mayor claridad, el momento en el que el consumidor deberá recurrir a las fórmulas de solución de su estado patrimonial negativo, tanto cuando se trate de una situación de sobreendeudamiento (en tal caso, en ambos ordenamientos en estudio se deberá optar por una solución extrajudicial, por falta de previsión legal específica) como, especialmente, cuando se trate de una situación de insolvencia, lo que permitirá anticipar el recurso a la legislación

concurzal, en caso de insolvencia inminente, o en caso de insolvencia actual, optar por las diferentes soluciones presentadas.

El segundo capítulo de nuestro estudio pretende incidir sobre la parte declarativa del proceso de insolvencia que, superado el encuadramiento inicial de la materia en el binomio sobreendeudamiento/insolvencia, constituirá el punto de la salida para la caracterización del camino que deberá ser recorrido por el deudor consumidor persona física, o por sus acreedores, hasta la declaración de su insolvencia.

Veremos cómo se concretan las aspiraciones del legislador, respecto de la unidad, simplicidad y celeridad del proceso, principios comunes a las reformas emprendidas en España y en Portugal, y analizaremos los aspectos formales, procesales y sustanciales relacionados con la legitimación, solicitud de la declaración de insolvencia, y tramitación de la fase declarativa, dividiendo nuestro estudio entre la solicitud que parte del deudor y la que deriva de otro legitimado o, socorriéndonos de la terminología española, analizando los aspectos relativos al concurso voluntario o necesario. Respecto al desarrollo procesal, se destacará la tramitación procesal normal, así como al procedimiento abreviado, de particular importancia en caso de insolvencia de deudores consumidores.

En este capítulo, especificaremos aún dos aspectos sustanciales, que consideramos importantes en los casos de insolvencia de consumidores personas físicas, como son el deber de solicitud (presente en la LC, ausente, para este tipo de deudores, en el CIRE) y el concurso de cónyuges, que encuentra distinto tratamiento en ambos ordenamientos.

Se pretende, aquí, revelar la complejidad procesal que traspasa ambos ordenamientos, a que se añade la dificultad económica para acceso al proceso de insolvencia, lo que choca con la celeridad de que necesitan estos deudores específicos. Estas dos dificultades, intrínsecamente procesales, a que se añade el estigma social de la insolvencia y la falta crónica de información a los deudores sobre las soluciones ofertadas por el proceso concursal, contribuyen, hasta ahora, para el relativo fracaso de la reformas, en lo que respecta al deudor persona física consumidora.

Analizados los aspectos procesales, entraremos en el tercer capítulo que, de forma breve, tiene como objetivo la identificación y adecuación, a este tipo específico de deudor, de los efectos

derivados de la declaración de insolvencia. Aquí, dividiremos nuestra atención por los efectos legales susceptibles de afectar a la persona y al patrimonio del deudor, instrumentales de la respectiva declaración, y por los efectos eventuales.

En cuanto a los primeros, destacamos la limitación de los derechos fundamentales del deudor, el deber de colaboración y de prestar información en el proceso, la limitación de las capacidades de administrar, disponer y testar del deudor, que configuran el *estado* de insolvente.

En relación a los segundos, haremos referencia al derecho a alimentos, y, con mayor relevancia, a los efectos derivados de una eventual calificación del concurso como culpable. Aquí, pretendemos retener y clarificar la bondad de la solución legislativa actual ante los concursos de este tipo de deudores, a fin de determinar si son adecuados los efectos legales derivados de los intereses protegidos en el proceso y se es indiferente que los efectos dibujados por el legislador se apliquen a todos los deudores, sin tenerse en cuenta la diferencia subjetiva, así como las consecuencias que de ahí se observan, entre ellos.

Pretendemos, en el último capítulo, proceder a la identificación y comparación entre las diferentes soluciones o tratamientos normativos que nos reservan ambas leyes concursales. Partiendo del presupuesto de que la LC no ha contemplado remedios específicos para la insolvencia de los deudores consumidores personas físicas, incluso con la reciente reforma en curso, hay que comprender, de entre los recursos disponibles en el derecho concursal positivo, cuales son los más favorables al deudor persona física, adaptando la previsión normativa, particularmente destinada a satisfacer los intereses tanto de los acreedores, como de los deudores empresarios. Por lo tanto, analizaremos hace las soluciones negociales, que derivan de acuerdo entre deudor y acreedores, como son el convenio previsto en la LC y el plan de pagos previsto en el CIRE, como las soluciones derivadas de liquidación - la liquidación *strictu sensu*, existente en ambos ordenamientos, y la exoneración del pasivo restante, presente en el CIRE.

En lo que respecta al derecho positivo portugués, que se ha preocupado en incluir soluciones normativas adaptadas a esto tipo de deudores, haremos un análisis de la ley y de la

jurisprudencia, de modo a observar, en estos siete años de vigencia, si la ley ha sido bien absorbida por la comunidad jurídica, y si los efectos pretendidos por el legislador han sido, o no, alcanzados. El propósito será el de comprobar si las soluciones normativas de la ley portuguesa, que ha apostado en el proceso concursal para acudir al incremento del endeudamiento de los consumidores, prescindiendo de regular autónomamente el problema del sobreendeudamiento (por lo menos, de forma integral, como veremos), han sido suficientes o adecuadas al panorama portugués. En este punto, intentaremos también trasladar al derecho positivo español, con las diferencias obvias de tradición jurídica, algunas de estas soluciones señaladas, en el caso de que consideremos que se tratan de remedios propicios o ideales para el endeudamiento (excesivo) de los consumidores, teniendo en cuenta que el convenio y la liquidación previstos en el ordenamiento español podrán no acudir satisfactoriamente a la insolvencia de consumidores.

En resumen, tenemos el objetivo, algo amplio, es cierto, de analizar los aspectos legislativos relevantes, que puedan incidir sobre la insolvencia de los consumidores personas físicas, además de sistematizar el camino entre el surgimiento de la insolvencia y la forma de conclusión del proceso. No olvidamos que se trata de un estudio jurídico, por lo que quedan excluidos otros aspectos socio-económicos que permitirían la total comprensión del fenómeno del endeudamiento de los consumidores, a pesar de que, en casos puntuales, se puedan indicar con brevedad dichos aspectos.

En segundo lugar, tratándose de un estudio jurídico, es un estudio comparado entre la legislación española y portuguesa. Hemos optado por analizar estos dos ordenamientos, por diferentes razones: se trata, por un lado, de nuestro ordenamiento de origen y, por otro, nuestro ordenamiento de acogida. No son, sin embargo, razones meramente geográficas que nos conduzcan a este propósito. Lo que nos ha suscitado mayor curiosidad jurídica fue el hecho de la proximidad temporal de ambas reformas concursales (2003 en España e 2004, en Portugal) no ha conducido a idénticos resultados, conjuntamente con la partición de principios comunes que moldean el cuerpo de la ley (unidad, celeridad, simplicidad, mejor preparación técnica de los intervinientes, entre otros) a que se añade la inspiración que, en muchos de sus preceptos, la ley portuguesa va a buscar a su congénere española, como en lo que respecta a las personas especialmente relacionadas con el deudor, los créditos subordinados y, particularmente, la calificación de la insolvencia, que consubstancian innovaciones ante el derecho concursal portugués.

Por tal motivo, nuestro esfuerzo comparativo podrá obedecer a dos metodologías, de que se dará cuenta en el local apropiado – siempre que sea posible, por materialmente se traten de los mismos temas, la comparación se hará en simultáneo, a fin de permitir la comprensión de la cuestión discutida; en el caso de que el tema se preste a una mayor especificidad relacionada con el ordenamiento donde se encuentre, o las materias tratadas no estén previstas en una de las leyes, haremos el análisis en separado.

Con todo el expuesto, podremos aun adelantar que no pretendemos hacer un estudio exhaustivo sobre todas las cuestiones concursales, pero de las más relevantes en lo que respecta al deudor consumidor persona física. Este estudio contiene derecho sustantivo y derecho adjetivo, en dosis que pretendemos equilibradas, recurriéndose también, cuando necesario, a aspectos extraconcursoales, para mejor clarificar los aspectos que pretendemos analizar.

Hemos optado, con sacrificio, es cierto, del sentido original del texto, en traducir todas las citas en lengua extranjera para castellano, a fin de obtener una mayor coherencia lingüística. Dichas traducciones serán debidamente señaladas. Sin embargo, a fin de facilitarse la consulta, por parte del lector, de las diferentes normas que comparamos, introduciremos, en nota de pie, los artículos del CIRE, en lengua portuguesa.

CAPÍTULO I

Determinación del alcance subjetivo y objetivo de la insolvencia de los consumidores

I - El elemento subjetivo del concurso

1 - Consideraciones generales sobre la figura del consumidor persona física

En esta primera parte del capítulo inicial de nuestro estudio, pretendemos introducir el elemento subjetivo, es decir, presentar el sujeto principal de un proceso concursal que se base estrictamente en la condición de consumidor de la persona natural.

Para tanto, hay que dividir nuestra evaluación en dos partes distintas: por una parte, determinar, en relación a la ley positiva, cual es la noción de consumidor admitida por los sistemas jurídicos que pretendemos analizar, especialmente el sistema español y portugués. Por otra parte, hay que determinar la posibilidad de los procesos concursales, como dibujados en ambos países, admitieren o no el deudor consumidor persona física como sujeto del proceso.

La importancia de tal análisis es originada, como hemos indicado, por la inexistencia de reglamentación legal propia destinada a tratar la insolvencia/sobreendeudamiento de los consumidores, dejándose incluso para el dominio extrajudicial, la mayor parte de los elementos preventivos de tal estado patrimonial¹⁷. Así, ante un vacío legal de normas que contemplen en exclusivo el sobreendeudamiento/insolvencia de los consumidores, es imperativa la determinación de las soluciones positivas, teniendo como base el derecho concursal existente.

Nuestro propósito será, de este modo, saber si las soluciones legales positivadas en la LC y en el CIRE podrán o no ser viables. Por lo tanto, hay que circunscribir el campo de aplicación de las normas concursales a un deudor en particular: el deudor consumidor, pero que, en simultáneo, sea persona física, o natural, lo que corresponde, además, a la tendencia de la

¹⁷Con puntuales excepciones: el deber de evaluación de la solvencia de los deudores contratantes de crédito al consumo por parte de las entidades concedentes de crédito, previsto en el art. 8 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo núm. 2008/48, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito a los consumidores, que deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:PT:PDF> (en lengua portuguesa), consultado por la última vez en 27 de marzo de 2010, y la reciente reforma de la acción ejecutiva en Portugal, que permitió, como veremos, hacer la puente entre la acción ejecutiva y el tratamiento (extrajudicial) del sobreendeudamiento.

legislación comunitaria.¹⁸ Es, por lo tanto, el deudor consumidor persona física, que nos va a ocupar en el próximo punto, toda vez que se trata del elemento dinamizador de nuestro estudio, en la doble vertiente de determinar el concepto de consumidor y de consumidor sobreendeudado/insolvente.

1.1 - Evolución del concepto de consumidor

Actualmente no existe dificultad en localizar una definición de consumidor. Con esta afirmación no queremos decir definición legal, sino jurídica, doctrinaria y jurisprudencial, como veremos.

La rápida evolución del derecho del consumo, en todos los ordenamientos de la Europa Occidental, en gran parte debida al desarrollo promovido por la legislación comunitaria¹⁹, así como su consecuente armonización en términos estatales, ha creado un sistema de normas protectoras que se prevé tendencialmente idéntico en los Estados Miembros de la actual Unión Europea.

¹⁸ Como veremos, la legislación española presenta una extensión de la noción de consumidor a las personas jurídicas, siempre que cumplidos ciertos requisitos (art. 3 RD 1/2007) Pero esta no tiene sido la orientación del legislador comunitario, que mantiene la protección reservada a las personas singulares. Curiosamente, la primera referencia a una política común de protección de los consumidores, la Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y información de los consumidores, publicada en el DOCE núm. 092, de 14 de abril de 1975, establece, en su punto tercero, que “el consumidor no será solo considerado como un comprador o usuario de bienes e servicios para utilización personal, familiar o colectiva(...)”. Sin embargo, las primeras directivas, como la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativa a la protección de los consumidores en contractos realizados fuera de los establecimientos comerciales, prevé, en su art. 2, que consumidor es una persona natural que contrata fuera del ámbito de su actividad profesional.

¹⁹ La protección de los consumidores se recoge específicamente en el art. 153 del TUE. La primera referencia a una política global de derecho originario comunitario fue introducida por la AUE, de febrero de 1986, en su art.100-A. “Fue solamente con la Acta Única Europea que la Comunidad reconoció la protección del consumidor como un objetivo autónomo”, nos dice GUERRA MARTINS. Pero, como nos indica MENEZES LEITÃO, L.M. “desde el Tratado de Maastricht que se transfirió para la UE la competencia para legislar sobre derechos de los consumidores”, estableciéndose, en los términos de GUILLÉN CARAMÉS, J. “una base jurídica expresa que sirve de cobertura legal a las futuras actuaciones de la Comunidad encaminadas a proteger los diversos intereses de los consumidores”. GUERRA MARTINS, A.M. «O Direito Comunitário do Consumo – Guia de Estudo» *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, p. 70; MENEZES LEITÃO, L.M., «O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática» *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, p. 18; GUILLÉN CARAMÉS, J., *El Estatuto Jurídico del Consumidor (Política Comunitaria, Bases Constitucionales y Actividad de la Administración)*, Civitas, Cizur Menor, 2002, p.88.

Este sistema normativo, en constante evolución, es cierto, ha conducido a la una estabilización de las reglas relativas a la protección del consumidor, adoptándose una *perspectiva intermedia de protección*, como bien nos afirma FERREIRA DE ALMEIDA, que nos dice que la introducción, en el derecho, de la figura del consumidor se justifica por su condición de debilidad o vulnerabilidad²⁰, pero, en buen rigor, se ha llegado a un modelo de protección normativo que corresponde a una imagen del consumidor como un “participante en el mercado que, aunque aislado, es una persona emancipada, razonable y informada o que, por lo menos, busca información y es susceptible de estar bien informado, pudiendo y debiendo decidir sus propios negocios”.²¹ Esta es la orientación actual de la legislación, no solo comunitaria, pero estatal, en lo que respecta a la contratación orientada para el consumo, apoyada por la jurisprudencia comunitaria.²² En la actualidad, constitucional, legislativa y administrativamente, nos confrontamos con un sistema de normas protectoras que constituyen un bloque extremadamente valioso en lo que respecta a la contratación para consumo, así como a la protección, en general, del consumidor.

Sin embargo, la protección del consumidor, como finalidad, no parece ter llevado los legisladores a preocuparse por la definición jurídica de la figura del consumidor, por lo menos en relación a una definición armónica que pueda servir de base a la legislación ordinaria, lo que conduce a que, en la mayor parte de los casos, cada una de las leyes que se dirijan a la protección del consumidor, sean de origen comunitaria, o nacional, definan consumidor aisladamente. Por otra parte, el problema que nos preocupa jurídicamente, el sobreendeudamiento y, más concretamente, la insolvencia de los consumidores, no tiene consagración legal directa, en las más elevadas esferas legislativas, pero la protección de los derechos fundamentales del consumidor se encuentra recogida en términos generales en instrumentos normativos tan importantes como el Tratado de Funcionamiento de la Unión

²⁰ Así lo afirma, por ejemplo, el Ac. STJ 02A4341, de 11 de marzo de 2003 disponible en www.dgsi.pt: “es la idea básica del consumidor como parte frágil, leiga, profana, la parte débil económicamente o la menos preparada técnicamente de una relación de consumo concluida con un contraente profesional, la empresa.” Traducción nuestra.

²¹ Traducción nuestra. FERREIRA DE ALMEIDA, C. *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 29.

²² Nos dice GONZALEZ VAQUÉ precisamente que esto corresponde al “consumidor medio, *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*, empleado reiteradamente en su jurisprudencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y que el legislador comunitario ha tratado de incorporar como la noción de *consumidor de referencia* en diversas normativas comunitarias relativas a las práctica comerciales desleales, a la publicidad y al etiquetado.”. GONZALEZ VAQUÉ, L. «La noción de consumidor en el Derecho Comunitario del Consumo» *Estudios sobre consumo*, núm. 75, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002, p.25. y, para consulta de jurisprudencia comunitaria en este sentido, BAPTISTA DE OLIVEIRA, F. *O Conceito de Consumidor – Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 209 y ss. que nos indica que el concepto de consumidor médio se basa precisamente en dos aspectos fundamentales, que son la actitud y los conocimientos o información que posee el consumidor ante la contratación propuesta.

Europea o las Constituciones de los Estados Miembros, como ocurre con las Constituciones Española y Portuguesa.

Esta protección, por parte de la ley supranacional y nacional es la repercusión de una percepción generalizada de que, por una parte, la defensa de los consumidores es esencial para la concreción de los objetivos comunitarios (el mercado interno) y un derecho económico inamovible, y, por otro, sobre todo, que el derecho civil tradicional es insuficiente para el tratamiento jurídico de los problemas básicos derivados de la contratación para consumo, especialmente manifestada por el menor poder de negociar del consumidor que, colocado en una posición de inferioridad, necesita de una protección adicional. Se abre la puerta, a través de la consagración legal de un derecho fundamental, a la legislación ordinaria o infra constitucional, para intentar promover un sistema completo de normas de derecho del consumo, que concrete la protección esperada no solo por los Estados Miembros, sino también por la Unión.

Es indudable que la adhesión de los Estados europeos a la Unión Europea ha creado una red intensa de contratos internacionales que deberán regirse tendencialmente por las mismas reglas y consecuentemente, demostrando que los consumidores europeos no podrían pasar sin elevados niveles de protección.

Es, por esto, que el Tratado presenta, en sus art. 4. 2. f)²³ y 169²⁴, la previsión básica de defensa de los consumidores, dividida en derechos fundamentales que marcan la importancia de la actividad legislativa a los niveles indicados. También la Carta de los Derechos

²³ Establece el art. 4. 2 f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que “Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: (...) f) protección de los consumidores”.

²⁴ Establece el art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que :

“1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior;

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión.”

Fundamentales de la Unión Europea prevé, en su art. 38, que “en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores.”²⁵

Por su parte, a nivel constitucional, la Constitución Española, en su art. 51²⁶, y la Constitución Portuguesa, en el art. 60²⁷, siguen los dictámenes actuales en términos de protección

²⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, versión actual, publicada en el DOUE C 303/1 de 14 de diciembre de 2007.

²⁶ Establece la CE, que

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

A propósito de las normas constitucionales españolas en relación a este supuesto, BELTRÁN nos dice que existe una “injustificada desidia legislativa en la protección del consumidor, a pesar de existir un mandato constitucional (...) se ha llegado incluso a aducir el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, que el concurso de acreedores parece desconocer cuando ofrece a los empresarios mecanismos para facilitar el convenio de los que carece el consumidor.” BELTRÁN, E. «Insolvencia de las familias en la Ley Concursal Española», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p.201. En el mismo sentido, nos dice TAMAYO HAYA, que el art. 51 CE “encomienda a los poderes públicos la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, entre otros, sus legítimos intereses económicos y que ha de informar toda la legislación positiva. Esta intervención no sólo está permitida por la Constitución sino que constituye un auténtico deber.” TAMAYO HAYA, S. «El sobreendeudamiento de los consumidores», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 366-367.

²⁷ La CRP nos dice que:

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.
2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.
3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.

JORGE MIRANDA y RUI MEDEIROS nos añaden que “hay un derecho anterior y que no está declarado: la libertad de consumo, manifestación de un derecho general de libertad o de desarrollo de la personalidad, como libertad de consumir o de no consumir y de opción del bien a consumir.” Traducción nuestra. MIRANDA, J. y MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 618. Sobre la misma libertad de consumo, nos dice GUILLÉN CARAMÉS que “(...) conviene descartar la idea de que el artículo 51 vaya referido, de manera directa o indirecta, a la libertad de consumo. En este sentido, esta libertad no es sino un elemento adicional de la economía de mercado y, por lo tanto, nos remite al artículo 38 que es donde viene regulada de forma expresa la libertad de empresa.” GUILLÉN CARAMÉS, *El Estatuto Jurídico del Consumidor ...*, op. cit., p. 52 y ss. Lo que subyace, por lo tanto, es la consagración de la libertad de consumir, considerada por la doctrina, de forma directa o indirecta, como derecho inherente a un Estado de Derecho marcado por una economía libre, de acuerdo con la iniciativa privada, libertad esta que, en virtud de las

fundamental de los consumidores, estableciendo normas programáticas²⁸ que, en los últimos años, han sido fuertemente desarrolladas por la legislación ordinaria.²⁹

Las preocupaciones jurídicas con la figura del consumidor empezaron desde pronto, y la doctrina ha partido de la definición económica, en aras de buscar una definición jurídica adecuada.

Esta señala, esencialmente, que el consumidor es la figura principal del último estadio económico que empieza clásicamente con la producción de bienes, pasando por la distribución de los mismos y terminando con la adquisición de aquellos por parte de los consumidores. SAMUELSON y NORDHAUS nos dicen incluso que “si se analizan cuidadosamente la estructura de una economía de mercado, observamos una doble soberanía dividida entre los consumidores y la tecnología. Los consumidores, a través de sus gustos innatos o adquiridos – expresos por sus votos monetarios – deciden los fines últimos para donde los factores de producción son canalizados”.³⁰

Esto pone de relieve la importante función económica del consumidor. Trasladando su importancia para el campo del derecho, se obliga al legislador a una positivización y reglamentación de las relaciones entre productores y consumidores, como intervinientes

desigualdades existentes entre los principales intervinientes, debe ser protegida, también, por los poderes públicos.

²⁸Nos dice QUEIROZ, C.M.M. que “los derechos económicos, sociales y culturales, garantizados por normas de estándar constitucional, disponen de vinculación normativa general (...) no se presentan como simples “apelaciones al legislador”, “programas” o “líneas de dirección política”. Como normas constitucionales se presentan como medida de control judicial cuando esté presente la evaluación de constitucionalidad de medidas legales o reglamentares que los restrinjan o contradigan. Su incumplimiento puede dar lugar a inconstitucionalidad por omisión.” QUEIROZ, C.M.M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 151.

²⁹En estos supuestos de sobreendeudamiento/insolvencia del consumidor, el desarrollo del derecho ordinario, en lo que respecta a la protección de sus intereses económicos, puede afirmarse deficitaria, toda vez que los mecanismos preventivos, particularmente en lo que respecta a la contratación para consumo, pueden recogerse en la ley, por exigencia comunitaria, pero su cumplimiento es por veces deficiente, lo que puede llevar a la situación de desinformación financiera que contribuye para el surgimiento de la insolvencia. Por otro lado, tanto la legislación portuguesa, como española, en lo que respecta, como miraremos, a la resolución de este problema, no presentan soluciones adecuadas, lo que podrá plantear problemas de omisión legislativa o de inconstitucionalidad.

³⁰SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *Economía*, 14.^a Edición, McGraw Hill, Lisboa, 1996, p. 45. Traducción nuestra. Esto corresponde a una visión liberal de los mercados, superada más tarde por la averiguación, económica y sociológica, de que las decisiones y poderes de compra no son iguales para todos los consumidores. Sobre este aspecto, FERREIRA DE ALMEIDA, C. *Direito dos Consumidores*, op. cit., p. 204 y ss.

fundamentales del mercado. Esta concepción de consumidor lo indica, sin más, como destinatario final del ciclo de producción-consumo, pero sin analizar los problemas previos y posteriores a la contratación.

Por su parte, CUESTA RUTE afirma que “el término consumidor es un adjetivo, aunque sea sustantivado, que califica a una persona por referencia a la posición que ocupa en determinadas relaciones jurídicas que han como sustrato material relaciones de índole económica; (...) el acto de consumo se define por el destino del bien antes que por su naturaleza”³¹, lo que nos conduce a la noción de consumo final, en oposición al consumo intermedio, o sea, el consumo para transformación y distribución de bienes.

La evolución de la noción ha conducido a diferentes perspectivas jurídicas sobre la calificación del consumidor en cuanto ente participante de las relaciones jurídicas que, como vimos, fueran cimentadas por la noción comunitaria, y que han oscilado entre el primordial modelo paternal y el modelo intermedio, pasando por el modelo de auto-responsabilidad. Según FERREIRA DE ALMEIDA, estos modelos se caracterizan por, en primer lugar, el sujeto que se encuentra en “una condición estructural de inferioridad (...)”, por el sujeto que necesita de “protección en situaciones especiales (...)” y por el “sujeto prudente, pero necesitado de información”.³² Actualmente, se adopta en casi toda la legislación comunitaria y, por arrastre, en las legislaciones nacionales que incorporan tales modelos en su derecho positivo, el modelo intermedio del consumidor medio, que hemos visto más arriba.

Doctrinariamente, la noción de consumidor consiste en la caracterización de una *persona* (*física*, en primera instancia, jurídica, por extensión legal de algunos ordenamientos, contrariamente a la tendencia europeísta, como hace la ley española) *que adquiere bienes para consumo final, independientemente de la vida útil de los mismos, estando protegida legalmente contra situaciones que escapan a su condición de hombre medio, razonablemente informado sobre sus derechos y capaz de decidir en consciencia sus actos de contratación para consumo.*

³¹DE LA CUESTA RUTE, J.M. «Persona física y consumidor», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIÁVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del consumidor y insolvencia familiar*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 103.

³²FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Direito do Consumo*, *op.cit.* p. 28.

1.2 - La definición legal de consumidor

La consagración y establecimiento del derecho del consumo como un importante ramo del derecho privado no ha conducido a la consecuente adopción de nociones legales de consumidor, en el espacio jurídico-comunitario: ni todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea poseen una noción legal de consumidor, como se observa, por ejemplo, en Francia.³³ En España y Portugal, la inexistencia de codificación para el consumo implica la existencia de leyes sueltas, que pueden presentar diferencias en las definiciones de consumidor. En ambos ordenamientos, no obstante, existe una ley básica de protección de los consumidores, donde se extraen las nociones de consumidor que buscamos, como punto de partida para la delimitación de nuestro estudio.

La noción legal de consumidor, en España, al nivel de la legislación estatal³⁴, puede encontrarse en el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, donde se lee que “a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, *son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*”³⁵

Por otra parte, la noción de consumidor en Portugal se encuentra en el art. 2. 1. de la LDC³⁶, que define el consumidor como “*todo aquél a que sean suministrados bienes, prestados servicios o transmitidos cualesquiera derechos, destinados a uso no profesional, por persona que ejerza con carácter profesional una actividad económica que tenga como objetivo la*

³³La discusión sobre la definición de consumidor es larga, en Francia, país que presenta larga tradición en la protección del consumidor, como se recoge en el Code de la Consommation, aprobado por la Ley núm. 93-949 de 26 de julio de 1993. Nos indica PICOD que “la publicación del Código del Consumo fue la ocasión (...) para definir la noción de consumidor. Infelizmente, se trata de una simple reunión de textos compilados, de derecho positivo, no permitiendo abordar cualquier noción de consumidor”. Traducción nuestra. PICOD, Y. *Code de la Consommation Commenté*, 12.^a Edición, Dalloz, Paris, 2007, p. 5.

³⁴En oposición a la legislación autonómica, que también desarrolla la protección concedida a los consumidores, plasmada en los Estatutos Autonómicos del Consumidor y que también definen consumidor en cuanto persona natural y jurídica, siempre que la contratación se haga para consumo final.

³⁵ RD 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, modificada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio., y por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

³⁶ Lei de Defesa do Consumidor, aprobada por la Lei núm. 24/96, de 31 de julio y modificada por la Lei núm. 95/98 de 16 de diciembre y por el DL núm. 67/2003 de 8 de abril.

obtención de beneficios”.³⁷ Tanto la ley española, como la portuguesa presentan resquicios de los cuatro elementos que se creen presentes en la figura jurídica del consumidor: elemento subjetivo, objetivo, teleológico y relacional.³⁸

El primero se explora fácilmente, toda vez que el consumidor es, en primera instancia, una persona física, existiendo ordenamientos, como el español, que extienden la norma a las personas jurídicas. El segundo, lleva a que consideremos bienes de consumo, cosas muebles e inmuebles, incluyendo moneda, en cuanto objeto de los contratos de crédito al consumo, y servicios. Estos bienes, considerados en sentido amplio, están conectados con el elemento teleológico, que puede ser incluido en la ley a través de expresiones variadas y que, en las leyes que analizamos, se traduce en un ámbito ajeno a la actividad profesional o empresarial.

Encontramos así la noción de consumidor destinatario final³⁹ que, al abrigo de la anterior noción de consumidor de la Ley 26/1984, la LGDCU⁴⁰, era definido como “no solo quien adquiere los bienes o servicios para su uso personal, familiar o doméstico, sino también quien realiza esa adquisición para hacer un uso de los bienes o servicios ajenos al mercado de los

³⁷ Traducción nuestra.

³⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, C. *Direito do Consumo*, op. cit., p.29. La refundición de la ley española ha dividido el elemento subjetivo en dos artículos y ha creado una mayor abstracción en relación al objeto, eliminando las referencias anteriores. FOURGOUX, MIHAÏLOV y JEANNIN, refuerzan estos elementos, indicando que “el consumidor es un sujeto del derecho del consumo que, siendo una persona física, es el utilizador final, aun que potencial, de un bien o servicio para fines personales”. FOURGOUX, J.C., MIHAÏLOV, J. y JEANNIN, M.V. *Principes et pratique du droit de la consommation*, J. Delmas & Cie. Paris, 1983, p. 4. En el mismo sentido, CALAIS-AULOY indica los tres elementos clásicos, indicando también, de forma mitigada, el cuarto, el relacional, definiendo el profesional como lo “que trata de los intereses de su profesión”, en oposición al consumidor. CALAIS-AULOY, J. *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 1992, p. 5. y BOURGOIGNIE, T. *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo del Gobierno Vasco, Vitoria, 1994.

³⁹ Correspondiente a la noción de consumidor en sentido estricto, en su vertiente consumidor final, o sea, él que adquiere un bien o un servicio para uso privado, doméstico o familiar, de modo a satisfacer necesidades privadas, ajenas a cualquier actividad profesional, importando no el consumo en sentido amplio, que abarca la satisfacción de cualquiera sean las necesidades, pero la finalidad. Solo estos adquirentes son dignos de la protección de las reglas jurídicas de Derecho del Consumo. Para más desarrollo, LAURENTINO, S. «Os Destinatários da Legislação do Consumidor», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.um. 2, FDUC, Coimbra, 2000, p. 415 y ss., BOTANA GARCIA, G.A. «Noción de consumidor en el Derecho Comparado», *Estudios sobre Consumo*, núm. 18, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990, p. 54 y ss. Esta última noción, la de los adquirentes, corresponde a la noción de consumidor en sentido jurídico (en oposición al consumidor en sentido material), o sea, la parte del contrato y destinatario de las normas jurídicas de protección. En este sentido, ACEDO PENCO, A. «La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2000, p. 314.

⁴⁰ Ley 26/1984, General de Defensa de Consumidores y Usuarios, de 19 de julio, publicada en el BOE núms. 175 y 176, de 24 de julio de 1984, en su art. 1.2. que refería que “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.”

mismos”.⁴¹ Por último, el elemento relacional implica que el consumidor se oponga, en cuanto parte del negocio, a un profesional, empresario, comerciante, de naturaleza pública o privada, que sea el suministrador de bienes o servicios, en el ámbito de su principal actividad.

Analizando las definiciones legales indicadas, observamos que la refundición de la ley española de defensa de los consumidores ha contraído la noción anterior, eliminando las referencias, en la norma, al elemento objetivo y relacional y colocando el énfasis en los elementos subjetivo y teleológico. Desde pronto afirmamos que se mantiene la inclusión de las personas jurídicas como sujetos susceptibles de establecer relaciones jurídicas de consumo, una orientación contraria a la tendencia del derecho comunitario, pero adecuada a la tradición jurídica española⁴².

Por otra parte, se retiran las referencias a la contraparte de las relaciones jurídicas de consumo, el empresario, proveedor o suministrador, que pasan a recogerse en el art. 4 del RD 1/2007 (manteniéndose el elemento relacional) y omitiéndose las referencias al objeto de los contratos para consumo. Este último elemento es comprensible, toda vez que, no se tratando de una codificación, la definición básica de consumidor, de acuerdo con la norma referida, se destina solo a producir efectos dentro del ámbito definido por esta ley general, reservándose a las restantes leyes sueltas la definición del objeto de aplicación.

La ley portuguesa establece solo la persona física como integrante del elemento subjetivo⁴³, añadiendo todos los restantes elementos a la definición legal de consumidor, con una diferencia marcada, en relación con su congénere española: al revés de lo que nos indica esta, la ley portuguesa ha eliminado la referencia al ámbito de aplicación, dejando de constar, como

⁴¹BERCOVITZ, A., «Artículo 1», *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Civitas, Cizur Menor, 1992, p. 30.

⁴²Para mayor desarrollo, véase BERCOVITZ, A. «Artículo 1», *Comentarios a la Ley General... op. cit.*, p. 40 y 41.

⁴³El Anteproyecto de un Código del Consumidor, diseñado por el Ministerio de la Economía e Innovación, de 2006, proponía, en su art. 10. una noción de consumidor restringida a la persona física, pero extendía, en su art. 11, la aplicación del Código a las personas jurídicas que comprueben no ser competentes para la transacción en cuestión y, de cualquier modo, encontrando las soluciones basadas en la equidad. Nos parece que el legislador portugués pretende, en vez de de contrariar la definición comunitaria, permitir la justicia del caso concreto sin escapar de su tradición legislativa. El anteproyecto indicado, que no tuvo hasta ahora ningún desarrollo, está disponible en http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/AC_MA_3778.pdf, consultado en 23 de marzo de 2010. Nos dice TERESA ALMEIDA que “por una parte, el consumidor es, necesariamente, una persona física – la formulación de los derechos que le son conferidos es claramente dirigida a las personas, en sentido natural.” Traducción nuestra. ALMEIDA, T. *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2001, p. 11.

en la norma anterior⁴⁴, el ámbito de aplicación restrictivo. Esto significa que, en caso de omisión legislativa en leyes sueltas, la noción de la LDC funciona como precepto general, aplicable a todos los casos jurídicos en los cuales haya necesidad de definición de la persona del consumidor. Así se concluye que, con mayores o menores desvíos al patrón comunitario (que indica el elemento subjetivo mínimo), las leyes de protección de los Estados Miembros de la UE son equivalentes en lo que respecta a la definición de consumidor.

Llegados así a la definición general de consumidor, presente en ambos ordenamientos, hay que atender a un concepto de consumidor aún más restricto, toda vez que los estados de endeudamiento que pretendemos analizar pueden implicar la contratación para consumo.

Tanto en España, como en Portugal, la reglamentación de los contratos de crédito para consumo se basa en la transposición de directivas comunitarias, siendo que la última, la Directiva núm. 2008/48/CE de 23 de abril, fue transpuesta para el DL núm. 133/2009 de 2 de junio, en Portugal. El art. 3 a) de la predicha directiva indica que consumidor es “toda la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”, traduciendo el DL, en su art. 4.1 a), *ipsis verbis*, el texto comunitario, no dejando de resaltar que tal noción, más restringida que la recogida en la LDC, solo se aplica en los supuestos de esta ley.⁴⁵

Por otra parte, en España, la Directiva fue transpuesta para la reciente Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. En su art. 2.1, también se manifiesta la orientación comunitaria sobre el concepto de consumidor, de forma idéntica a la ley portuguesa, restringiéndose la aplicación de la ley a las personas físicas, en el sentido apuntado por la Directiva.

Verificamos que, de acuerdo con la previsión legal comunitaria, se consagra la persona física como la única susceptible de establecer contratos de crédito para el consumo.

⁴⁴Lei núm. 29/81 de 22 de agosto, que indicava, en su art. 2.1. la referencia a “para efectos de la presente ley (...). Traducción nuestra.

⁴⁵Esto porque se trata de una Directiva de ámbito máximo, o sea, “los Estados que la transpusieron se quedan [amarrados] a la noción contenida en la Directiva, sin margen para divagaciones conceptuales”. BAPTISTA DE OLIVEIRA, F. *O Conceito de Consumidor*, *op.cit.*, p. 174.

2 – El consumidor persona física como sujeto del proceso concursal

La persona física hace parte, indudablemente, del proceso concursal, como se encuentra dibujado en los ordenamientos jurídicos español y portugués.⁴⁶ El presupuesto subjetivo del concurso se encuentra en el art. 1.1. LC, que indica que “la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica” y en el art. 2.1 a) CIRE, que establece que “pueden ser objeto de proceso de insolvencia cualesquiera personas físicas o jurídicas”.⁴⁷

La proximidad temporal de la reforma concursal emprendida en ambos países ha conducido al mismo desenlace, o sea, a la universalización⁴⁸ del proceso, que se extiende a todos los deudores insolventes, con independencia del tipo de deudas que los caracteriza.

⁴⁶En nuestro estudio excluirémos los consumidores personas jurídicas de nuestra análisis, toda vez que nos preocupamos en determinar las soluciones legales aplicables a los deudores personas físicas que no sean empresarios o comerciantes, soluciones individuales o, cuando en presencia de una familia, adecuadas a ella. No olvidamos, sin embargo, la posibilidad de considerar las personas jurídicas como consumidores, pero la insolvencia de tales entidades plantea problemas que exceden la amplitud definida para nuestro trabajo y, sin perjuicio de que estos deudores se consideren como sujeto pasivo en el proceso, por aplicación del art. 1.1 de la LC (recordamos que en Portugal el consumidor es, legalmente, una persona física), en la mayor parte de los casos tal insolvencia no estará relacionada con obligaciones contraídas en el ámbito del derecho del consumo y, por lo tanto, la solución no será idéntica a aquella encontrada para las personas físicas.

⁴⁷Traducción nuestra. La LC adopta, de entre dos criterios posibles, los de la personalidad jurídica y el de la autonomía patrimonial, el primero, haciendo una extensión del presupuesto subjetivo a la herencia, en cuanto patrimonio autónomo, en el art. 1.2. Por el contrario, el CIRE adopta un criterio mixto, expreso en la aparente incoherencia de la ley que indica “sujetos pasivos del proceso de insolvencia” y después los desarrolla, como vimos, en cuanto objetos del proceso de insolvencia. Esto significa que pueden iniciar o ser demandados en un proceso concursal las personas, por una parte, y los patrimonios jurídicamente relevantes, con o sin personalidad judicial, como se hace en la ley portuguesa, que, para tanto, se inspira en la *InSo* alemana, pero sin traducir literalmente los términos que constan en su párrafo §11 que dice: “un procedimiento de insolvencia puede abrirse sobre el patrimonio de toda persona natural o jurídica”, poniéndose de relieve el patrimonio y no la personalidad jurídica (toda vez que la ley alemana también extiende su aplicación a patrimonios autónomos). GOZALO LOPEZ, V. «Texto de la Ordenanza alemana de insolvencia [Insolvenzordnung (InSo)] de 5 de octubre de 1994, *RDM*, núm. 216, Madrid, 1995.

Pero la aparente incongruencia en la redacción del CIRE no incomoda la doctrina, que sintetiza “en buena verdad, de lo que trata el art. 2 es de definir el ámbito subjetivo de aplicación del instituto de insolvencia y, consecuentemente, del proceso judicial organizado que le dá expresión, allí se integrando las entidades y figuras que el núm. 1 indica, lo que tiene por efecto que, observados los presupuestos y requisitos del proceso, este puede ser por ellas o contra ellas promovido”. Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 64. Por otra parte, SERRA, C. afirma como presupuesto del CIRE el de la autonomía patrimonial, aún indicando que debería adoptarse un criterio general y no la enumeración de los objetos del proceso. SERRA, C. «As novas tendências do direito português da insolvência — Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto de Código da Insolvência», AA. VV., *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — Comunicações sobre o Anteprojecto de Código*, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 23.

⁴⁸No nos referimos como tal a la universalidad del proceso, que respecta a la llamada de todos los acreedores del deudor (en sentido objetivo) y a la inclusión (tendencial) de todo el patrimonio afecto a ello (en sentido objetivo) como nota SERRA, C., *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 150, sino que a la consagración legal de un único proceso para todas las personas insolventes,

Dice la Exposición de Motivos de la LC, que “la superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada a simplificar el procedimiento”. La reforma española condujo, especialmente, a la reunión de normativas dispersas que formaban el régimen concursal, dividido en normas para empresarios (la suspensión de pagos y la quiebra) y para no empresarios (el concurso de acreedores y la quita y espera) y que “se distinguían unas de las otras fundamentalmente en función del estatuto personal del deudor”.⁴⁹ La reforma de la ley, que ha conllevado la contracción de todos los mecanismos concursales en un solo proceso, permitió al legislador prever que, por lo menos, esto se tornaría más sencillo, rápido y eficaz, lo que, en primera instancia, alcanza el propósito fundamental del concurso que es, sin, más, la satisfacción de los acreedores. Por otra parte, dichas características del proceso permiten también al insolvente encontrar, de forma satisfactoria, una salida para su estado patrimonial negativo.⁵⁰

Contrariamente, en Portugal se mantuvo la persona física no empresaria abarcada por la nueva ley concursal, pero dándole un destaque que otrora no existía: esto porque el antiguo código

a que PULGAR EZQUERRA designa como unificación subjetiva. PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo de la prevención ...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor ...*, op. cit., p. 74. Por su parte OLIVENCIA RUIZ lo designa como unidad de disciplina, que, refiere, es una opción de política legislativa, que supera la vertiente represiva de la insolvencia, en el sentido de retirar los agentes económicos desnecesarios del mercado. Pero, como bien nota “la unidad de disciplina como opción de política jurídica y como principio no se rompe por el hecho de que, dentro de esa unidad, se contengan normas específicas para el concurso de los empresarios, sociales o no”. Se comprueba una vez más que el legislador español ha preparado una ley tallada para los empresarios, olvidando las normas específicas para deudores no empresarios, pero aplicándola con excepción de estas reglas específicas. Es verdad que se trata de una unidad de disciplina, pero la excepción, las normas para empresarios, serán, en la práctica, la regla, en términos procesales OLIVENCIA RUIZ, M. *La Terminología Jurídica de la Reforma Concursal*, Iustel, Madrid, 2006, p. 153. Curiosamente, en sentido contrario, la doctrina portuguesa considera la unidad de disciplina una opción de política legislativa, no absoluta, precisamente por los motivos opuestos, es decir, por la existencia de normas específicas para los consumidores. CARVALHO FERNANDES, L.A. «O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do Regime da Falência no Direito Português», *Coleção de Estudos Sobre a Insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p.86. Disponible en castellano, en la RDCP núm. 1, La Ley, Madrid, 2004, p. 147 y ss.

⁴⁹FERNÁNDEZ CARRON, C. *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Físicas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 27. El derogado art. 1912 del C.C español establecía que el deudor en situación de insolvencia podría solicitar la quita y espera o una de las dos.

⁵⁰Nos dice GONZALEZ NAVARRO, que el concurso implica dos elementos fundamentales que, por una parte permiten al deudor “sanear o liquidar su actividad patrimonial, mercantil o no, con el horizonte, explícitamente descrito por el legislador en la Exposición de motivos, de que la misma pueda continuar” y, por otra, respecto a los acreedores, es “un instrumento (...) para garantizar el cobro de las deudas u obligaciones de modo ordenado”. GONZALEZ NAVARRO, B.A. «Los presupuestos del Concurso», in *Diario La Ley*, núm. 6250, Editorial La Ley, Madrid, 2005, disponible en www.laleydigital.es.

portugués, el CPEREF⁵¹, hacia una extensión del ámbito subjetivo del proceso, previsto en el art. 1.1 y reservado a las empresas, en su art. 27, a los deudores no empresarios, permitiéndole el recurso, según el art. 240 y ss. CPEREF, a la figura de la concordata particular, o sea, un acuerdo con sus acreedores, que debería ser aprobada por aquellos y homologada judicialmente, creándose una alternativa a la liquidación y a la declaración de insolvencia.⁵² Esto porque, desde el CPC/1961⁵³, el derecho concursal, al contrario que ocurría en España, se encontraba ya reunido en una única ley, lo que no significaría, sin embargo, unidad del procedimiento, toda vez que se distinguen las soluciones destinadas a deudores empresarios y los que regulaban la situación de los deudores no empresarios.

Una y otra reforma, la española y la portuguesa, han colocado el deudor persona física consumidor en pie de igualdad con los deudores empresarios, tradicionalmente destacados en estos supuestos concursales. A esta promoción a que aludimos no es ajena la inspiración de la *InSo* alemana (que marca particularmente la reforma portuguesa) que, como hemos visto, designa para intervinientes del proceso las personas, sean físicas o jurídicas, en su párrafo §11 y que, de forma más consolidada, comprueba que la armonización de la reglamentación concursal y su transposición para un proceso único es más útil, no solo a los acreedores, como también a los concursados, que pueden hacer de ella un uso preventivo, como veremos. Sin embargo, la especificidad de los deudores no empresarios no fue tutelada de la misma forma por ambos ordenamientos, como veremos posteriormente.

La previsión legal es clara, como hemos constatado, y ninguna duda persiste sobre la presencia de la persona física, independientemente del origen, empresarial o no, de sus deudas, en las leyes bajo análisis.⁵⁴ Afirma ILLESCAS que el art. 1.1 LC traduce que “se

⁵¹Código do Processo Especial de Recuperação de Empresas e Falência, aprobado por el DL núm. 132/93 de 23 de abril que contenía el antiguo régimen concursal portugués, en sustitución del proceso especial previsto en el CPC de 1961. Bajo la vigencia de este código, el término falencia estaba reservado a los empresarios y el término insolvencia a los no empresarios.

⁵²Todavía, no se permitía al deudor no empresario, al revés de lo previsto para los deudores empresarios, cualquier tipo de refinanciación de la deuda. Como nos decía SOARES GOMES, existiría un tratamiento diferenciado que impondría “una discriminación negativa, demasiado onerosa para el fallido singular que, después de la liquidación de su activo, continua a sufrir la pesadilla de la deuda restante, sin una perspectiva motivadora de la recomposición de su situación económica”. SOARES GOMES, M. T. «Do sobreendividamento das pessoas singulares – em busca de quadro legal», *Sub Judice* núm. 24, Almedina, Coimbra, 2003, p. 35. Traducción nuestra.

⁵³Código de Processo Civil portugués.

⁵⁴Ni todos los ordenamientos permiten la aplicación de la reglamentación concursal al consumidor. El art. 1.1. de la Legge Fallimentare italiana, el Regio Decreto y Relazione de 16 de marzo de 1942, n.º 267, publicado en la

reparten los papeles, por así decir, en punto de dar cabida bajo la unidad de régimen recién establecida tanto a los deudores mercantiles y no mercantiles en cuanto a los deudores personas físicas y jurídicas”.⁵⁵

La persona física tiene, así, legitimación procesal, en cuanto sujeto activo o pasivo del proceso, cuando acompañada de capacidad concursal, o sea, el deudor persona física puede solicitar o ser demandado en el proceso de insolvencia. Esta noción de capacidad concursal incluye no solo las personas dotadas de capacidad de obrar, en términos civiles, sino también todas aquellas que sean representadas a través del mecanismo de la representación legal (menores de edad o declarados incapacitados) – en las palabras de ROJO, el criterio básico es que “pueden ser declaradas en concurso todas las personas nacidas a los efectos civiles (art. 30 CC) en tanto no hayan fallecido o no hayan sido declaradas fallecidas”.⁵⁶

En virtud de la unidad procesal, no es necesario someter el deudor a la criba de la definición de consumidor para determinar su legitimación procesal, sino que solo para determinar, dentro de las reglas previstas en la LC, cuales son, o no, susceptibles de aplicación, visto que existen normas legales aplicables solamente a las personas jurídicas y, muchas veces, al deudor empresario (particularmente en lo que respecta a las normas que imponen la llevanza de contabilidad).

En el caso concreto que analizamos, la noción de consumidor importa para determinar el tipo de deudas que han de fundar el endeudamiento que ha conducido a la insolvencia, así como, dentro de las soluciones legales presentadas, cuales son las más adecuadas a invertir el estado creado, por una parte y, por otra, a cumplir el propósito del proceso concursal, que es aquél de

Gazetta Ufficiale n.º 81 de 6 de abril de 1942, no lo permite. NIGRO nos dice que la reglamentación insolvencial italiana, basada en múltiples instrumentos, busca “resolver la crisis económica-financiera no de cualquier sujeto, sino sólo de aquellos que desarrollan una actividad de empresa”. NIGRO, A. «La insolvencia de familias en derecho italiano», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12, Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 216. Esto porque, según el autor, el impacto del sobreendeudamiento de las familias en Italia es muy limitado y no hay alcanzado aún una situación de alarma. Pero la aprobación de un proyecto de ley, por el Senado italiano en abril de 2009, que hay como objetivo la reglamentación del sobreendeudamiento, nos da cuenta de una nueva perspectiva del legislador. Por otra parte, RODRÍGUEZ-CANO nos dice claramente que “son indiferentes la actividad del deudor y la naturaleza de sus deudas”. RODRÍGUEZ-CANO, A. «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores» in *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 22

⁵⁵ILLESCAS, R. «La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes», AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volume II, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, p. 1991.

⁵⁶ROJO, A. «La capacidad concursal general», (art.1) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 145. Esto incluye los incapaces, siempre que representados legalmente.

satisfacer los créditos de terceros. La problemática, sin embargo, como hemos dicho más arriba, no se agota en la figura del consumidor persona física⁵⁷, pero se extiende a las familias. Así, no estamos solamente ante el encuadramiento legal de la persona física, sino, en *plus*, de la persona física consumidora y, quizás, de una realidad más larga, como sea la insolvencia de la unidad familiar. TRUJILLO DIEZ sintetiza el problema, afirmando que “lo que nos ocupa propiamente es lo que la jerga económica denomina sobreendeudamiento de las familias, de los hogares o de las economías domesticas, esto es, la tutela que merecen las situaciones de crisis del presupuesto familiar, incluso sin desmerecer el posible origen empresarial de las deudas. La elección de un concreto concepto de consumidor es una opción política.”⁵⁸ Por su parte, DE LA CUESTA RUTE dice incluso que “sea o no empresario o ejerza o no una actividad asimilable a estos efectos a la empresarial, la finalidad de otorgar un tratamiento adecuado a la familia debe aislarse de toda perspectiva que no sea precisamente la que deriva de la situación familiar del agregado”.⁵⁹

Comprendemos que no es fácil aislar el ámbito de estudio, toda vez que los conceptos utilizados pueden alcanzar diferentes áreas de conocimiento, dificultando la concentración en los problemas jurídicos. Empezando por el de consumidor, con reminiscencias y bases en el concepto económico, pasamos para el concepto de sobreendeudamiento, muchas veces confundido con la insolvencia, y que es analizado bajo diferentes matices, como el de los consumidores, particulares o, como indicado arriba, de las familias. GUTIERREZ DE CABIDES nos indica que “y, en todo caso, debe advertirse que ni el hogar, ni la familia u otros conjuntos análogos como tales serán técnicamente el sujeto del proceso concursal al que pudiera llegarse y declararse finalmente en su caso como consecuencia de aquel sobreendeudamiento. Tales conjuntos (...) han más una significación humana, sociológica y económica, que técnico-jurídica”.⁶⁰ El problema ultimo con que nos confrontamos es, por otra

⁵⁷Pudiendo utilizarse también el término deudor particular, en oposición, al comerciante/empresario, como hacen algunos autores, en la línea del proceso francés del *surendettement des particuliers*, previsto en el artículo L.130 del Códice de la Consommation.

⁵⁸TRUJILLO DIEZ, I.J. *El Sobreendeudamiento...*, op. cit., p. 6.

⁵⁹DE LA CUESTA RUTE, «Persona física y consumidor», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor...*, op.cit. p., 106.

⁶⁰GUTIERREZ DE CABIDES, P. *El sobreendeudamiento domestico: prevención y solución – crisis económica, crédito, familias y concurso*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 25. Cumple destacar que, en otros ordenamientos europeos, la familia es elemento central de la definición de sobreendeudamiento, como nos indica el estudio de la Dirección General del Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, *Towards a Common Operational European Definition of Over-Indebtedness*, de febrero de 2008, retirado de ec.europa.eu, consultado en 30 de marzo de 2010. Este es definido, en la página 37 como un “pequeño grupo de personas (o una persona) que reparten la misma vivienda y dividen parte, o toda, su renta y

parte, el de encontrar una solución legal para la insolvencia de la persona física consumidora, por cuanto las soluciones legales presentadas o se dirigen especialmente a él (como el caso del CIRE, de la *InSo* y del *Bankruptcy Code* estadounidense) o no lo hacen (como el caso de la LC). En este caso, el tratamiento de la insolvencia de la persona física consumidora se define por un concepto negativo, por cuanto se eliminan los preceptos aplicables solamente a empresarios/comerciantes y se traza la vía a seguir por los que sobran. Además, visto que para los códigos bajo estudio es indiferente el origen de las deudas del concursado, no se plantea la problemática de determinar la legitimidad concursal derivada de aquellas.

Pero normalmente, el discurso público sobre cuestiones de insolvencia de los particulares incide sobre el ámbito plural, de las familias, por lo que no puede ser desconsiderado, ya no por el legislador, pero por el juez u órgano administrativo a que compete la aplicación de la ley, la composición de la familia, para efectos de encontrar una solución favorable. Esto porque, no olvidemos también, el derecho concursal no es el ramo más adecuado para solución de cuestiones respecto de la protección al consumidor, pero meramente de satisfacción de los acreedores.

En suma, la legitimidad de la persona física que se recoge en los artículos 1.1. y 2.1. a) de la LC y CIRE, respectivamente, permite la inclusión del consumidor persona física en el proceso concursal dibujado por ambos ordenamientos, haciendo con que la insolvencia, concepto verdaderamente jurídico, pueda también aplicarse en estos supuestos. Por otra parte, la elevación del agregado/unidad familiar⁶¹ a objeto del proceso concursal es posible, aunque de forma limitada, por la inclusión del concurso de cónyuges en los supuestos procesales. En la ley portuguesa, la previsión legal se encuentra en el art. 264 y ss. del CIRE, promoviéndose la

patrimonio” y permite que las reglas jurídicas definidas para sanar el sobreendeudamiento comprendan la legitimidad de la familia. Este concepto, según dicho estudio, hace parte también de la tendencia comunitaria, toda vez que el propio Comité Económico y Social lo utiliza, en un informe INT/043, de 20 de junio de 2000. Pero la transposición del concepto de unidad familiar para la legislación positiva y en cuanto presupuesto de legitimidad, a pesar de que indicada en términos de política legislativa en varios Estados Miembros, no ha sido lograda.

⁶¹ No olvidemos que agregado/unidad familiar es una expresión importada del derecho fiscal, especialmente de los impuestos sobre la renta de las personas físicas que permiten la tributación conjunta (véase por ejemplo el art. 82 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre las personas físicas y de modificación parcial de las leyes sobre impuestos de sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, publicada en el BOE de 29 de noviembre de 2006, y el art. 14 del Código del IRS, aprobado por el DL 442-A/88 de 30 de noviembre de 1988) y que incluyen personas casadas, parejas de hecho, con o sin dependientes a cargo y/o personas singulares con dependientes a cargo. La relevancia de las deudas contraídas por el agregado es valorizada para determinación de la insolvencia, lo que amplía el concepto de persona física en el proceso.

coligación procesal (para demandar y ser demandado) por opción de las partes⁶², mientras que en la LC no se encuentra ninguna previsión específica, visto que la indicación del art. 25.3 solo parece indiciar la existencia de dos procesos contra los cónyuges, permitiéndose la acumulación posterior, a solicitud de la administración concursal.⁶³ Pero, en la práctica, como nos indica FERNÁNDEZ SEIJO, “desde el inicio de la aplicación de la Ley Concursal se ha optado – Auto del Juzgado del Mercantil núm. 3 de Barcelona de 29-12-2004 – por admitir la solicitud conjunta de concurso voluntario de ambos cónyuges con una sola demanda y documentos anexos – sin perjuicio de que se deban discriminar los activos y pasivos de cada uno de los miembros del matrimonio.”⁶⁴ El proyecto de reforma de la LC, que analizaremos posteriormente, introduce también esta posibilidad.

La previsión legal de los concursos sobre deudores casados permite, como se constata, la introducción, aunque incipiente, de la noción de insolvencia familiar. Por lo que hemos visto, observamos que el consumidor, en España, como en Portugal, encuentra respuesta a su estado

⁶² El CIRE establece aún en su art. 2.1 h) la legitimidad de otros patrimonios autónomos, además de la herencia, para ser objeto de un proceso de insolvencia. MARTINS nos define como tal “los patrimonios que poseen un régimen especial de responsabilidad por deudas; se trata de una determinada masa de bienes exclusivamente afectada al pago de determinadas deudas – respondiendo por tales deudas y solamente por esas”. Por su parte, EPIFANIO nos indica que el legislador ha deseado abarcar con este apartado dos situaciones – las de los patrimonios autónomos indicados arriba y los patrimonios colectivos, que se consideran patrimonios separados y se distinguen por los primeros haberen un titular y los segundos, varios. Nos dice la autora que “una forma considerada incompleta de patrimonio colectivo son los regímenes matrimoniales de comunidad”. En este sentido, MOTA PINTO nos añade que “el patrimonio colectivo es determinado por una causa o objetivo. En relación con la prosecución de tal objetivo puede generarse un pasivo” por el que son responsables los titulares y el colectivo de bienes (no determinada ninguna cuota), a la cual, además, han derecho los co-titulares, como nos dice CARVALHO FERNANDES, “cualquier de los titulares, en rigor, (hay) derecho a una cuota de liquidación, cuando ocurra el reparto del patrimonio colectivo. En cuanto esto persistir, solo el conjunto de los titulares puede ejercer derechos sobre el.” Tal parece indicar que el régimen de comunidad matrimonial podría, de *per se*, ser objeto del proceso, sin necesidad de pasar por los preceptos de la coligación procesal y originándose el litisconsorcio necesario previsto por el art. 28-A del CPC. Pero siendo el concurso de acreedores un proceso especial, prevalecen las normas contenidas en el CIRE, que fija reglas distintas para el concurso de personas casadas, en cuanto personas físicas y desconsiderando el aspecto de insolvencia familiar, que cabría en los supuestos indicados. MARTINS, L.M. *Processo de Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 63, EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 18, MOTA CAMPOS, C.A. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 350 y CARVALHO FERNANDES, L.A. *Teoria Geral do Direito Civil*, Tomo I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001. Traducción nuestra. En el régimen francés, los dos cónyuges pueden solicitar la apertura del procedimiento, siendo, sin embargo, analizados por separado algunos de los requisitos, como la buena fe del deudor.

⁶³ Designada acumulación de concursos sobrevenida. ORELLANA CANO, N. «Presupuestos de la declaración del concurso», *Competencias de los juzgados de lo mercantil - Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2008, disponible en www.tirantonline.com, consultado por última vez el 22 de abril de 2010.

⁶⁴ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. «La posición jurídico procesal del cónyuge del concursado. Declaración de concurso de ambos cónyuges», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor...*, *op. cit.*, p. 147.

de insolvencia en el derecho concursal positivo, con mayores o menores adaptaciones al proceso dibujado, en primera instancia, para deudores empresarios.

Así, hay que determinar si la insolvencia, en cuanto estado patrimonial que consiste en la imposibilidad de cumplimiento de obligaciones vencidas, como definido en el art. 2.2 LC, deriva o no de un endeudamiento para consumo.⁶⁵

⁶⁵ A propósito del mediático caso de solicitud de concurso voluntario de dos consumidores en Barcelona, nos dice COLINO MEDIAVILLA: “parece que tanto el marido, que está de baja, como la mujer, trabajan por cuenta ajena en el momento de solicitar la declaración de concurso, esto es, no son empresarios ni profesionales, de donde deriva, a los efectos que nos ocupan, su calificación como consumidores.” COLINO MEDIAVILLA, J. L. «Concurso de Consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, Editorial La Ley, Madrid, 2005, consultado en www.laleydigital.es por última vez el 22 de abril de 2010.

II - El elemento objetivo del concurso

1- Consideraciones generales

La segunda parte de este capítulo servirá para desarrollar los conceptos relativos a la vertiente objetiva, es decir, las nociones de insolvencia, tanto inminente, como actual, y de sobreendeudamiento.

La noción de insolvencia, presupuesto único del proceso, tanto en España, como en Portugal, es el elemento fundamental para comprender el problema del concurso de acreedores. Uno de los principales problemas que se plantea es, precisamente, la dificultad de determinar con precisión la fecha de verificación del estado de insolvencia. Para tanto, la ley positiva prevé un criterio objetivo amplio que permite encuadrar la debilidad patrimonial del deudor en aras de desencadenar el proceso, indicando dos momentos distintos. En primer lugar, se indica la insolvencia inminente, que atribuye al deudor el *poder* de iniciar el proceso; en segundo, la insolvencia actual, que determina, en el régimen español, el *deber de solicitud*, toda vez que el legislador portugués ha optado por no extender el deber de solicitud a los deudores consumidores.

A fin de comprenderse el fundamento del proceso, iremos analizar con profundidad las nociones legales, muy semejantes, previstas en la LC y en el CIRE, siguiendo la ordenación temporal de la ley, o sea, caracterizando la insolvencia inminente y, por último, la insolvencia actual.

El hecho de que ambos legisladores no particularizan el criterio objetivo, adaptándolo a los consumidores, es el punto de partida para nuestro último punto, que tiene como propósito hacer una comparación entre la noción de insolvencia y la de sobreendeudamiento. ¿Hablandose, en la práctica jurídica, de sobreendeudamiento y de insolvencia, serán verdaderamente realidades jurídicas distintas, que carecen de tratamiento diferente, o corresponderán a una idéntica realidad patrimonial, pudiendo el legislador recurrir, solamente, al derecho concursal?

La existencia, tanto en España, como en Portugal, de varios anteproyectos contemporáneos o posteriores a la reforma concursal⁶⁷, así como, por ejemplo, las alteraciones al proceso ejecutivo en Portugal, que en virtud del DL. núm. 226/2008 y de la Portaria núm. 312/2009⁶⁸ han creado un sistema de ataque al sobreendeudamiento, demuestran una voluntad legislativa, aunque sin éxito, de implementar un sistema de tratamiento del endeudamiento del consumidor que no se agote en el derecho concursal positivo. Parece así indicarse que el legislador no considera sobreendeudamiento e insolvencia equivalentes o, por lo menos, que en el caso de hablarse de endeudamiento excesivo de consumidores, el derecho concursal podrá no ser suficiente o adecuado a su resolución.

A fin de extraer una conclusión sobre la necesidad o no, de una duplicación normativa, en este campo, cúmplenos analizar, en las próximas líneas, las tres nociones indicadas; más, analizando las nociones legales de insolvencia inminente y actual, circunscriberemos el elemento objetivo del proceso concursal.

2 – El concepto jurídico de insolvencia

2.1 - La insolvencia inminente

Dentro de la unidad sistemática⁶⁹ definida por la legislación concursal española y portuguesa, el presupuesto objetivo del proceso es único, es decir, el estado patrimonial que desencadena el proceso es lo mismo: la insolvencia. Pero tanto la LC, como el CIRE, establecen la posibilidad del deudor solicitar anticipadamente la apertura de su concurso, a través de la

⁶⁷En Portugal, el ya indicado anteproyecto del Código del Consumidor, de marzo de 2006, consagra, en su art. 581 y consecuentes un sistema de tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, acompañado de cerca por la proposición de ley 122/000295, de 9 de mayo de 2003, en España, y que mucha inspiración va a beber al procedimiento del Códice de la Consommation francés. Cabe destacar que el proyecto español es contemporáneo de la LC, por lo que el legislador entendió no ser necesario el tratamiento separado de las dos temáticas. Como refiere FERNANDEZ CARRON, “la mayoría parlamentaria argumentó que el contenido de aquella (proposición de ley) era ya en su mayor parte, objeto de numerosas leyes en nuestro ordenamiento, al igual que de iniciativas a nivel de la Unión Europea, por lo que debía esperarse por el resultado de tal proceso”. FERNANDEZ CARRON, C., *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Físicas*, op. cit., p. 23.

⁶⁸DL. 226/2008, de 20 de noviembre, que altera el Código de Proceso Civil en el sentido de simplificar la acción ejecutiva y Portaria 312/2009, de 30 de marzo.

⁶⁹OLIVENCIA RUIZ. M. *La terminología jurídica...*, op. cit., p. 147 y ss. Este autor divide la unidad, principio fundamental que estuvo en el origen de ambas reformas legislativas que analizamos, en cuatro principios (u opciones de política legislativa), que son la unidad legal, de disciplina, de procedimiento y de denominación (del concurso, único). El presupuesto único del concurso, la insolvencia, se contiene en la unidad de procedimiento.

figura de la insolvencia inminente, prevista, respectivamente, en los art. 2.3 LC⁷⁰ (y de forma complementaria, en el art. 6.1 LC) y 3.4 del CIRE, estableciéndose un fundamento distinto de la insolvencia actual y exclusivo de los deudores.

Su previsión legal viene de encuentro al indicado en la E.M. de la LC: “el deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia: pero tiene la facultad de anticiparse a este.” Esto tiene como objetivo principal “evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.”

Sabemos que, por una parte, la ley no olvida que la principal finalidad del concurso es la satisfacción de los acreedores; por otra, el proceso de insolvencia, de acuerdo con los propósitos del legislador, pierde su connotación perjudicial y se reviste de un carácter preventivo que, a nuestro entender, es esencial para el concurso de deudores consumidores, visto que la posibilidad de negociación con sus acreedores es facilitada por una anticipación en el proceso y por una evitación del agravamiento de su estado patrimonial debilitado. El elemento temporal es esencial para que el propio proceso concursal sea beneficioso tanto para acreedores como para el propio deudor.

Siendo así, la previsión legal de la insolvencia inminente desarrolla un papel fundamental para el deudor, toda vez que permite enfrentar su situación patrimonial negativa, buscando soluciones adecuadas al problema y, sobre todo, adelantarse al impulso procesal de los acreedores, como se recoge en el art. 7 de la LC y 20 del CIRE, a los cuales se impide el acceso a esto presupuesto, así como evitando el deterioro inevitable de su patrimonio.

Nuestro ámbito de estudio se restringe, en este campo, al concurso voluntario del deudor, municiónado de una prognosis de insolvencia, según la ley, basada en la *imposibilidad, a corto plazo, de cumplimiento de obligaciones de regular y puntual*.

⁷⁰En el artículo 2.3 LC se puede leer “si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”; en el art. 3.4 CIRE vemos “equipara-se à situação de insolvência actual a que seja meramente iminente, no caso de apresentação pelo devedor à insolvência”.

Este instrumento de anticipación es atribuido al deudor como un poder, toda vez que el presupuesto único del concurso contempla la insolvencia actual, que es demostrada a los acreedores a través de indicios fuertes y objetivos, que refuerzan la seguridad jurídica en este caso concreto. No habría así necesidad de extender la noción de insolvencia inminente a los acreedores, lo que constituiría una peligrosa injerencia en la administración que el deudor hace de sus bienes. Así, el aspecto preventivo del concurso se mantiene entregado a los deudores que, demostrando diligencia en la evaluación de su patrimonio, intentan, con el instrumento que la LC les atribuye, desencadenar un proceso de insolvencia que, caso sea posible, termine con una solución favorable no solo a sus acreedores, como a si propios.⁷¹

Observamos que la insolvencia inminente es una derivación del presupuesto único de apertura de un concurso⁷²- la insolvencia, apartándose de aquello concepto por vía del elemento temporal, tratándose de una solicitud de concurso anticipada y, de hecho, conteniendo una casi insolvencia, es decir, una casi imposibilidad de cumplimiento de deudas, exigibles o no, pero atendiendo a la fuerte probabilidad de incumplimiento de aquellas a corto plazo⁷³, como se recoge en el art. 2.3 de la LC (“se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor

⁷¹En sentido contrário, LABAREDA, J. «O Novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – Alguns aspectos mais controversos», *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 7 y ss. Nos dice el autor, en la página 22 de dicho estudio, que “el objetivo de buscar, el más rápidamente posible, una solución para la miseria del deudor, que justifica que el deudor solicite su concurso antes del incumplimiento, igualmente legitimaría el derecho de los acreedores a recurrir al proceso cuando, omitiendo el deudor la solicitud, puedan demostrar la imposibilidad inminente de aquél pagar anticipadamente.” Traducción nuestra. No concordamos completamente con esta visión, sin olvidar su indiscutible interés teórico, por el hecho de que el conocimiento de la imposibilidad de cumplir pertenece al deudor. La atribución de esta posibilidad a los acreedores implica muchos procesos rechazados por inexistencia del presupuesto objetivo. Además, la definición de hechos externos en ambos ordenamientos parece indicar que la seguridad jurídica es una preocupación del legislador que no se quiere disminuida.

⁷²HERNANDEZ MARTÍ, J. *Presupuesto Objetivo del Concurso y Fundamento de la Solicitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 45, que afirma que la insolvencia inminente es un presupuesto especial, o una insolvencia con unas características propias.

⁷³En la Ac. TRC, de 12 de enero de 2010, processo núm. 1734/09.9TBMGR.C1, el recurrente alega que, aunque no logrando probar los deudores que solicitan la insolvencia su estado de insolvencia actual, por falta de documentos, el juez no debería declarar la solicitud improcedente, sino, toda vez que es un poder del deudor, observar se existe o no insolvencia inminente y, como tal, declarar la insolvencia. La decisión fue en el sentido de derogar el auto de rechazo y sustituirlo por otro que permita el perfeccionamiento de la petición inicial, pero nos parecería aceptable la argumentación de las partes, toda vez que los deudores fundamentarán la imposibilidad de cumplimiento, en el futuro, de una parte significativa de sus deudas. Disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 3 de marzo de 2011.

que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”).⁷⁴ Por su parte, el legislador portugués no hace cualquier tipo de definición en el art. 3.4 del CIRE.⁷⁵

Antes que nada, tratándose de un poder concedido al deudor (en contraposición al deber de solicitud)⁷⁶, se trata de un poder constitutivo (de un nuevo estado, el de insolvente, que genera efectos personales y patrimoniales) y potestativo, en el sentido que producen efectos de derecho.⁷⁷ El deudor desencadena el proceso concursal de un modo que se configura favorable a ello, pero sin nunca olvidar que los intereses de los acreedores son los principales protegidos – lo que va de encuentro a la idea de concurso preventivo y no meramente represivo, para el deudor.⁷⁸

De las nociones arriba referidas, observamos que dos elementos son fundamentales – por una parte, el elemento previsional, o sea, aquello en que el deudor hace el pronóstico de un incumplimiento de deudas que, observándose, corresponderá a una insolvencia actual – por otra, el elemento temporal, siendo que la anticipación que es permitida el deudor deberá contenerse en un periodo relativamente corto, correspondiente a deudas exigibles a corto plazo.⁷⁹ La LC, en plus, añade el elemento de la puntualidad en el cumplimiento de las deudas, algo que no existe en la definición de insolvencia actual. La doctrina nos suministra definiciones más completas: “ocurrencia de circunstancias que, no teniendo aún conducido al

⁷⁴ Véase, de forma más completa, el párrafo §18 núm. 2 de la *InSo* que nos dice que “el deudor se encuentra en situación de amenaza de insolvencia cuando es previsible que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento (exigibilidad)”. GOZALO LOPEZ, V. «Texto de la Ordenanza alemana...», *RDM*, *op. cit.*, p. 567.

⁷⁵ EPIFANIO, M.R. *Manual de Direito...*, *op. cit.*, p. 24, que nos dice que la equiparación entre insolvencia actual y inminente hecha por el legislador portugués es muy amplia y ambigua, lo que puede permitir la utilización del proceso de insolvencia como forma de iludir acciones ejecutivas individualmente propuestas por los acreedores. En el mismo sentido, pero en relación a la legislación española, HERNANDEZ MARTI, J. *Presupuesto Objetivo del Concurso...* *op. cit.*, p. 50.

⁷⁶ PULGAR EZQUERRA lo define como un “deber moral”, en la medida en que se facilita la satisfacción de los derechos de los acreedores. PULGAR EZQUERRA, J., «Artículo 2», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 159.

⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, Almedina, Lisboa, 2000, p. 177.

⁷⁸ Nos dice SUARÉZ-LLANOS GOMES que “porque lo cierto es que al contemplar esta posibilidad la Ley ha configurado un instrumento, no estrictamente preconcursal pero que permite adelantar la apertura del procedimiento para posibilitar el saneamiento de empresas in crisis sin llegar, por tanto, a su liquidación”. De notar, una vez más, que la propia doctrina revé en la LC la forma de tratar los concursos de empresas y no de otro tipo de deudores. De todos modos, la anticipación promovida por la insolvencia inminente, así como sus objetivos preventivos, son extensibles al deudor consumidor. SUARÉZ-LLANOS GOMES, L. «El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia», *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 45.

⁷⁹ MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 80, afirmando el autor que el deudor se presenta al proceso antes de cumplidos los presupuestos de insolvencia previstos en el CIRE.

incumplimiento en condiciones de poder considerarse la situación de insolvencia ya actual, con toda la probabilidad la irán determinar a corto plazo”⁸⁰; CERDÁ ALBERO afirma que “la clave de la insolvencia inminente se encuentra en el elemento de pronóstico que encierra. Esta previsión implica que, en un futuro próximo, es más probable que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia, a que esta situación se elimine. ROJO indica que que “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea la imposibilidad de cumplir como objetivamente probable a corto plazo, y no que prevea simplemente como posible que se encontrará en ese estado.”⁸¹

Descomponiendo la noción en diferentes piezas, empezamos por el elemento previsional, que se recoge en el art. 2.3. LC (y extensible, doctrinariamente, e la legislación portuguesa). Este punto es extremadamente importante no solo porque permite al deudor el ejercicio del poder de desencadenar el proceso, sino también condiciona la evaluación de su patrimonio y el contenido de su solicitud.

El deudor, en confrontación con su estado patrimonial, deberá, de acuerdo con los patrones del hombre/deudor medio⁸², calcular la posibilidad de incumplimiento puntual y regular del conjunto de sus obligaciones. La previsión del deudor debe jugar con el tipo de obligaciones asumidas, las rentas previsibles y con la imposibilidad de modificación de circunstancias a corto plazo, lo que llevará, con un juicio muy cierto de probabilidad, a una situación de insolvencia objetivamente valorada según el art. 2.2 LC.

Vemos así que, tanto se trate de una situación de falta de diligencia, o por ocurrencia de un hecho externo y inesperado, cuando el conjunto de deudas haya superado el conjunto de rentas existentes, no se trata de una situación temporal sino un estado patrimonial estructuralmente negativo que, no tratado, dará origen a una situación de insolvencia, están cumplidos los presupuestos de insolvencia inminente. Si este juicio puede ser difícil en los casos en que tratamos de una empresa, se torna más fácil en caso de consumidores: sus rentas

⁸⁰Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L, y LABAREDA, J., *Código ..., op. cit.*, p. 73.

⁸¹ROJO, A. «Presupuesto objetivo», (art. 2), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 176.

⁸²CARVALHO FERNANDES, L. A. y LABAREDA J. *Código..., op. cit.*, p. 73 y PRENDES CARRIL, P. «El presupuesto objetivo del concurso: La insolvencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 636/2004, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, p.3. Disponible en www.westlaw.es, consultado por última vez el 3 de marzo de 2011.

son fijas y estables, el conjunto de deudas es menor y si concreta con mayor facilidad, y las circunstancias externas, como el desempleo o la modificación del estado civil, son las más de las veces, causas de larga duración.

Con esto pretendemos afirmar que cada caso debe pasar por la criba del consumidor medio, sea ello el propio deudor, o el juez o intérprete de la norma. La prognosis debe así tener en cuenta un conjunto de factores que hacen pender la balanza para una situación de insolvencia probable, como sean la imposibilidad de reversión de la previsión de imposibilidad de pagar el conjunto de obligaciones asumidas. Como nos dice MARTINS, L. M. “se alejan las situaciones de mera probabilidad o plausibilidad de insolvencia, para que el deudor se pueda presentar a la insolvencia. Es necesaria una certeza, una convicción objetiva del deudor, de que prácticamente se encuentran agotadas las posibilidades de cumplir con sus obligaciones”.⁸³ En otras palabras, nos dice ROJO, que “al tratarse de una previsión, la insolvencia inminente es un *estado objetivamente probable*, y no un estado absolutamente seguro”.⁸⁴

Por otra parte, el elemento temporal, definidor de la antelación que el deudor puede utilizar para rellenar el concepto de insolvencia inminente, es de difícil concreción, correspondiendo al tribunal el análisis de los presupuestos definidos por los artículos 2.3 LC y 3.4 del CIRE y el encuadramiento en el juicio de prognosis hecho por el deudor. La ley no establece cualquier intervalo temporal que establezca el período de insolvencia inminente⁸⁵, ni indica, como la doctrina, la aplicación del concepto solo a deudas exigibles a corto plazo. Además, hablándose de corto plazo, no existe también cualquier referencia en la ley a tal característica (y también no existe dicha referencia cuando se habla de sobreendeudamiento) y deberemos tener en cuenta que la prognosis hecha por el deudor no empresario será ciertamente distinta de la realizada por una empresa, por lo que no seguimos la tendencia doctrinaria de definición de plazos para la emisión del juicio de prognosis⁸⁶ y remitimos para los tribunales la

⁸³MARTINS, L.M. *Processo de Insolvência*, *op.cit.*, p. 68.

⁸⁴ROJO, A., art.2, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p.176.

⁸⁵ En nuestro entender no deberá hacerlo, porque, como poder de solicitud perteneciente al deudor, esto no puede estar limitado temporalmente por la ley, vaciándose el propósito de la insolvencia inminente que, además, mira la defensa, en primera instancia, de un interés privativo del propio deudor.

⁸⁶EPIFÂNIO, M. R., *Manual de Direito...*, *op.cit.*, p.24, indica el plazo de un año, como mínimo, para la posibilidad de anticipación. No podremos olvidar que, para un empresario, especialmente para una sociedad mercantil sustentada en elementos de contabilidad y cuyo tipo de activos y pasivos son más determinables que los de un deudor no empresario persona física (particularmente cuando la insolvencia se basa en hechos externos,

aceptación, o no, de la solicitud del deudor, toda vez que, como veremos, tal actuación no equivale a una confesión.

La LC añade dos elementos más: la *regularidad* y la *puntualidad* de pago de las deudas. El primer elemento surge también en el art. 2.2 de la LC, y puede tener dos significados – el pago retrasado, aunque se cumplan las obligaciones⁸⁷, o el pago sustentado en fórmulas irregulares o ilegales. Toda vez que la puntualidad solo es referida cuanto se trate de insolvencia inminente, correspondiendo precisamente al cumplimiento en el momento de la exigibilidad, indica HERNANDEZ MARTI que la regularidad equivale solo al segundo sentido indicado.⁸⁸

La insolvencia inminente será así definida como aquella en la cual el deudor pronostica que, a breve plazo, no podrá cumplir de forma adecuada y en la fecha acordada las obligaciones que recaen sobre su esfera jurídica o, como nos dice GONZALÉZ NAVARRO, “se prevé que ello va a ocurrir en un plazo más o menos próximo, es decir, que no va a poder (el deudor) cumplir regularmente con sus obligaciones, o que sólo podrá hacerlo irregularmente, o que podrá cumplir regularmente pero con retraso”.⁸⁹ PULGAR EZQUERRA indica, siendo pues una idea central, que siempre que el deudor prevea no poder cumplir regularmente, basándose en

ajenos a su comportamiento), es más fácil calcular, dentro del sector de mercado y sus condiciones en un determinado periodo, el plazo de anticipación para solicitar la insolvencia inminente. El hecho, sin embargo, de que la legislación concursal se aplica independientemente del tipo de deudor, impide que se reglamente esta cuestión. En este sentido, indicando diferentes plazos, pero concordando con esta última idea, ALBURQUERQUE, P. «Declaração da Situação de Insolvência», *O Direito*, núm. 137, Almedina, Coimbra, 2005, p. 513. Por otra parte, ROJO, defiende que, teniendo en cuenta el plazo previsto en el art. 2.4.4 de la LC, o sea, el incumplimiento de un determinado tipo de obligaciones durante tres meses, lo que permite a los acreedores desencadenar el proceso, podríamos establecer un paralelo y atribuir seis meses de antelación a todos tipos de deudores para solicitud basada en insolvencia inminente. ROJO, A., «Presupuesto objetivo», *ComLC...*, *op. cit.*, p. 176. Como bien retrata RUBIO VICENTE, “la falta de consenso en este punto, al margen de la inseguridad jurídica que destila, sólo puede constituir un serio obstáculo para instar su solicitud y consiguiente declaración de concurso, pues en lugar de clarificar y precisar en este punto el presupuesto objetivo dificulta enormemente su determinación, pudiendo estar o no en esta situación en función del distinto límite o arco temporal que se considere; algo que no conjuga nada bien precisamente con el objetivo de esta disposición de anticiparse cuanto antes a la insolvencia.” RUBIO VICENTE, P.J. «Prevención de la insolvencia y propuestas de reforma», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, La Ley, Madrid, 2006, pp. 194-195.

⁸⁷SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., SANCHEZ-CALERO GUILARTE J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume I, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 111, que nos dice que “el cumplimiento del tiempo convenido o que resulte exigible de acuerdo con la naturaleza de la obligación es un requisito de regularidad de cumplimiento, con lo que cumplir regularmente comprendería hacerlo de manera puntual. Pero al utilizar ambos términos, lo que hace el art. 2.3 de la Ley Concursal es resaltar la importancia que tiene la previsión de que no se podrán respetar los plazos de las obligaciones como síntoma de una insolvencia inminente que permite al deudor solicitar la declaración concursal.”

⁸⁸HERNANDEZ MARTÍ, J. *Presupuesto objetivo...op. cit.*, p. 34.

⁸⁹GONZALÉZ NAVARRO, B.A. «Los presupuestos del Concurso», *Diario La Ley*, *op. cit.*, p. 13. Disponible en www.laleydigital.es.

sus ingresos ordinarios, habiendo necesidad de recurrir al crédito, implicando también que no cumpla puntualmente sus obligaciones, se encuentra en un estado de insolvencia inminente.⁹⁰

La intención del legislador, añadiéndose el elemento de la puntualidad, parece indicar, a nuestro entender, un refuerzo de la seguridad jurídica, toda vez que se prevé que el incumplimiento incida no solo en la forma de pago, sino también en el tiempo del pago. Si el deudor considera, con gran certeza, que no cumplirá un conjunto de obligaciones de forma total y dentro del plazo, aunque sean exigibles las obligaciones, es porque el presupuesto de la insolvencia inminente se observa. Pero, por otra parte, la interpretación extensiva, en dos sentidos, del término “regularmente”, siempre permitiría llegar a idéntico resultado.

Por último, el deudor deberá, en la solicitud del concurso, comprobar su endeudamiento, como nos indica el art. 2.3 de la LC y el art. 23. 1 y 23.2 a) del CIRE, describiendo la insolvencia inminente como fundamentación de la solicitud.

Como sabemos, para ambas leyes, no se hacen previsiones específicas respecto del tipo de deudas contenidas en el proceso, no relevando la calidad del deudor. Pero poniendo de relieve las especificidades de los concursos de deudores no empresarios, y su estrecha relación con el sobreendeudamiento que describimos arriba, recuperamos el concepto de conjunto de deudas que indicamos con anterioridad, toda vez que la caracterización de la insolvencia inminente implica la observación del patrimonio del deudor teniendo en cuenta todas las obligaciones existentes, sean exigibles o no.

Tratándose de un juicio de prognosis, el observador debe atender no solo a las obligaciones que se han vencido, sino también a las que existen, són a corto plazo exigibles y si se prevé una falta de liquidez generalizada para su cumplimiento. Así, la puntualidad se asocia al retraso en el pago previsto; la regularidad respecta al número de prestaciones incumplidas o a

⁹⁰PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor*, op. cit., p. 82. La autora desarrolla los varios criterios doctrinales aplicables a la noción de regularidad, tomando en consideración diferentes fuentes, pero concluye que se ha de buscar el sentido en la propia LC, ya que la regularidad respecta a los medios normales de pago, o sea, en este caso del concurso de consumidores, recurriendo a los ingresos ordinarios. En el mismo sentido, BELTRÁN, E. «El concurso de acreedores del consumidor», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 131. Del mismo autor, para más desarrollo sobre el concepto, BELTRÁN, E. «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 46 y ss.

incumplir. Esto porque el juicio de insolvencia inminente no se basa solo en la previsión de un retraso por parte del deudor en el cumplimiento de deudas, pero implica una previsión de la incapacidad estructural de pago, a corto plazo, del conjunto de sus deudas, de la forma aplazada. Es la debilidad del patrimonio del deudor que, objetivamente analizada, permitirá al deudor y al juez determinar si se trata verdaderamente de insolvencia inminente, a que se añade la previsibilidad de no modificación de las condiciones que se observan.

Mirando al tipo de deudas de los consumidores, el incumplimiento de las prestaciones relativas al crédito para adquisición de vivienda es un señal de alarma, especialmente en los casos en que es una deuda entre muchas⁹¹: es normalmente la única prestación cumplida, incluso cuando surgen las primeras dificultades económicas – pero en el caso que nos ocupa, es también un señal de alarma para los acreedores, toda vez que en estos casos, muy probablemente, el deudor ha previsto la posibilidad de su insolvencia. Por último, concluimos que, proveyendo la LC una definición concreta de insolvencia inminente, la tarea de definir lo que trata el precepto es más sencilla que en el CIRE, donde, recordamos, el legislador no define lo que entiende como insolvencia inminente.

En resumen, la ley no se refiere particularmente a los tipos de deudas abarcadas por el concepto de insolvencia inminente, optando por un criterio objetivo y amplio. En verdad, “para determinar si una insolvencia probable es o no inminente, no hay que atender al número o a la importancia de las obligaciones contraídas, sino simultáneamente a los factores de liquidez del activo y de exigibilidad del pasivo; pero no es suficiente; hay que determinar si la imposibilidad de cumplir es objetivamente probable que se produzca de modo inmediato.”⁹² Importante es el análisis del conjunto de deudas ante la capacidad (futura) de pago del deudor: todas las obligaciones existentes, como afirma CERDÁ ALBERO, son contabilizadas – “esto

⁹¹En el caso de que el deudor posea solo una deuda, en particular la que materializa la adquisición de vivienda, el acreedor único no solicita su concurso, toda vez que no existe una ejecución universal, sino a una acción ejecutiva singular. Del lado del deudor, este puede recurrir a medios extrajudiciales pero no nos parece que se impida el acceso del deudor al concurso, visto que no se prevé, en la ley positiva, otra forma de prevenir/tratar la insolvencia (en Portugal, no olvidemos, las medidas innovadoras en la acción ejecutiva en materia de sobreendeudamiento pueden ser utilizadas solo porque los acreedores inician el proceso). Para desarrollo de esta idea, FERNANDÉZ CARRON, E. *El Tratamiento de la Insolvencia...*, *op. cit.*, p. 36 y, en términos generales, SERRA, C., «¿Un concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 345 y ss.

⁹² ROJO, A., Artículo 2, *ComLc...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 176

es, incluidas también las que aún no sean vencidas, líquidas o exigibles. Se trata pues, de las obligaciones ya nacidas, con independencia de su exigibilidad”.⁹³

Teniendo en cuenta el tipo de deudores que analizamos, más que deudas ordinarias, derivadas de la vida familiar (y que generalmente se agotan en un momento de consumo inmediato, pero pudiendo ser adiado su pago en el tiempo, como deudas derivadas de servicios de salud, educación, u otras) lo que contribuye en gran medida para el desequilibrio de las finanzas del deudor es el recurso al crédito, siendo también estas deudas las que merecen mayor preocupación, toda vez que los acreedores poseen mecanismos y estructuras más rápidas para desencadenar procesos ejecutivos y, *maxime*, la insolvencia.

Concluimos también que la insolvencia inminente constituye una importante palanca en el arranque del proceso de tratamiento de los consumidores endeudados: a pesar de que el proceso concursal no está, por lo menos en España, pensado específicamente para ellos, la insolvencia inminente es una alternativa a los esquemas paraconcursales de negociación de deudas, que no se encuentran específicamente previstos en el ordenamiento español o portugués, imprimiendo así una mayor probabilidad de aprobación de un convenio en el proceso, en el caso español, y de un plan de pagos, en el caso portugués.

Por último, criticando la reforma operada en la LC por el RD 3/2009, de 27 de marzo, BELTRÁN nos dice que el legislador debería unificar los conceptos de insolvencia actual e inminente, en virtud de la poca utilización de la segunda figura, dejando de ser necesaria la prueba de su endeudamiento y de la insolvencia, en caso de presentación por parte del deudor, por lo que

“se agilizaría la solución de la crisis y se evitarían muchos problemas prácticos (...) si el perjuicio de los deudores instarán su concurso tratando de perjudicar a los acreedores llegase a ser realidad – obsérvese que la idea es contradictoria con el carácter infamante del concurso -, el problema se resolvería fácilmente por aplicación de las normas generales que prohíben el fraude de ley”.⁹⁴

Comprendemos la bondad de la idea, esencialmente en lo que respecta a los deudores empresarios que, fundamentalmente son los principales destinatarios de la LC – la defensa de

⁹³ CERDÁ ALBERO, F. El presupuesto objetivo del concurso», *Revista Jurídica de Catalunya, op. cit.*, p. 970.

⁹⁴ BELTRÁN, E. «La defectuosa concepción del presupuesto objetivo», *Los Problemas de la Ley Concursal – I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 76.

un criterio distinto, el de la crisis económica, es transversal al pensamiento de la parte de la doctrina concursal⁹⁵, toda vez que un concepto amplio es esencial para abarcar todas las situaciones patrimoniales distintas que una empresa puede experimentar cuando se encuentra en dificultades económicas y o financieras. Pero, no se tratando aisladamente el problema del sobreendeudamiento, o no se introduciendo soluciones específicas dentro de la propia ley concursal, la insolvencia inminente rellena esto vacío, presentando al deudor, como vimos, una posibilidad de anticipación y de negociación privilegiada con sus acreedores, dentro del cuadro legal, que nos parece indispensable, no olvidando, sin embargo, que la noción referida antes tiene la funcionalidad de albergar todos tipos de deudores. Como nos dice ÁLVAREZ VEGA,

(...) dado que nuestra legislación concursal ha optado por no introducir elementos paraconcursoales ni tampoco preventivos de la insolvencia es necesario acudir al presupuesto objetivo para que al anticipar el momento de declaración del concurso se evite que el patrimonio del deudor llegue en estado tan exhausto que pueda considerarse como un «cadáver jurídico» lo que perjudica tanto a los acreedores como al deudor, al impedir respecto a este último cualquier clase de recuperación patrimonial⁹⁶.

Nos parece que la insolvencia inminente cumple los requisitos para ello, permitiendo al deudor jugar con la anticipación legal, obteniendo un proceso que puede ser conducido, también, en su favor, especialmente porque permite obtener una mayor apertura de los acreedores para llegar a una solución negociada, como veremos en el último capítulo de nuestro estudio, en virtud de no se observar aun la incapacidad generalizada de cumplimiento de deudas que caracteriza la insolvencia actual.

2.2 – La insolvencia actual

Tratándose de la noción principal del proceso concursal, la insolvencia actual es cuidadosamente definida por el legislador.

Nos indica SÁNCHEZ-GUILARTE CALERO que “la amplitud del presupuesto subjetivo del concurso obligaba a la correspondiente formulación amplia de su presupuesto objetivo (...) la extensión del concepto general de insolvencia implica una consciente renuncia a exigir un

⁹⁵ Para mayor desarrollo, confrontar SERRA, C. *A Falência no Quadro...*, op. cit., p. 241 y ss.

⁹⁶ ÁLVAREZ VEGA, I. «El concurso de consumidor en España», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 306.

incumplimiento relevante, sea del punto de vista temporal, o sea cuantitativo”.⁹⁷ Así, indica la LC, en el art. 2.2, que “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, mientras que en el CIRE la noción se recoge en el art. 3.1, afirmándose que “se considera en situación de insolvencia el deudor que se encuentre imposibilitado de cumplir sus obligaciones vencidas”. Dichas nociones, amplias, vienen de encuentro a los objetivos del legislador, que expone, en la EM, “la unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso”. El CIRE apunta, en su Preámbulo, “simplificando la pluralidad de presupuestos objetivos presentes en el CPEREF, la actual ley se basa en un único presupuesto objetivo: la insolvencia”.⁹⁸ Observamos así que ambas nociones adoptan el mismo criterio, el de la liquidez o *cash flow* pero, por encima de todo, se distinguen en el tipo de deudas que integran el estado de insolvencia: exigibles, para la ley española, vencidas, en el caso de la ley portuguesa, siendo también diferente la formulación legal, exigiéndose falta de cumplimiento regular en la LC y imposibilidad de cumplimiento, *tout court*, en el CIRE.

Con respecto a las concepciones existentes para definir la insolvencia, podremos entonces apuntar dos⁹⁹, como hemos indicado más arriba: un criterio de liquidez o *cash flow* y un

⁹⁷SANCHÉZ-CALERO GUILARTE, J. , «Artículo 2», *Comentários a la Legislación...*, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁸Traducción nuestra. El CPEREF establecía la insolvencia y la situación económica difícil como presupuestos objetivos del proceso, en su art. 3. Por otra parte, el CIRE consagra un criterio general de insolvencia, y un criterio especial, previsto en el art. 3.2, aplicable solamente a personas jurídicas y a patrimonios autónomos por cuyas deudas ninguna persona física es personalmente responsable, por forma directa o indirecta, y que nos dice que la insolvencia se manifiesta cuando el pasivo sea manifiestamente superior al activo. MARTINS nos ejemplifica afirmando que “en el caso de las personas jurídicas, los dos presupuestos legales de los art. 3.1 y 3.2 son aplicables, toda vez que de la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones vencidas, pueden ser declaradas insolventes aunque el pasivo sea inferior a su activo según las normas de contabilidad aplicables”. Se mantiene así la unidad de procedimiento querida por el legislador, visto que la causa de pedir siempre será la imposibilidad de cumplimiento de deudas vencidas. MARTINS, L.M. *Processo de Insolvência ...*, *op. cit.*, p. 66. La jurisprudencia dice incluso que “la existencia de un pasivo superior al activo no puede servir de fundamento para decretar la insolvencia de personas físicas, visto que el sujeto puede presentar una situación líquida negativa y no ser insolvente, siempre que el recurso al crédito le permita cumplir puntualmente sus obligaciones en general”. Traducción nuestra. Véase el Ac. TRL, núm. 6415/08.9TBALM.L1-7, de 26 de mayo de 2009, disponible www.dgsi.pt, consultado por última vez el 14 de abril de 2010.

⁹⁹Desarrollando esta idea, HERNÁNDEZ-MARTÍ afirma que el concepto de insolvencia puede oscilar entre “situaciones de desbalance o insuficiencia patrimonial y situaciones de iliquidez crónica y no superable con un recurso al crédito o si se quiere (por utilizar una terminología económico-contable) a situaciones de insolvencia patrimonial (contable o económica: activo inferior al pasivo, pero que será diferente si es el resultado de tomar en consideración los valores o los valores de mercado), a situaciones de insolvencia financiera (falta de tesorería para el cumplimiento de las obligaciones de pago) o de insolvencia negocial (incapacidad de generar recursos).” HERNÁNDEZ-MARTÍ, *Presupuesto objetivo*, *op. cit.*, p. 27. En el caso de los deudores no empresarios, los

criterio del balance. BELTRÁN nombra la primera como concepción funcional y la segunda como concepción patrimonial (que está presente, de forma secundaria, como vimos, en el CIRE), afirmando el autor que en la primera “el centro de gravedad se sitúa en el hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir, cualquier que sea la causa de esa imposibilidad” y en la segunda “la situación de desbalance o déficit patrimonial es esencial”.¹⁰⁰ Por otra parte, nos dice PRENDES CARRIL, que esta definición

[...] alcanza tanto a los tradicionales supuestos de falta de crédito o iliquidez también conocidos como supuestos de insolvencia provisional, pues se entiende que el deudor aun cuando en este momento no puede hacer frente a sus pagos, sin embargo, posee activo o patrimonio suficiente para afrontarlos; como a los denominados supuestos de insolvencia patrimonial o definitiva, a saber, cuando el activo es inferior al pasivo.¹⁰¹

Podremos así afirmar que si, por una parte, en el CIRE, los dos criterios fueran acogidos, con particularidades en relación a la utilización del criterio patrimonial, en España la formulación, más amplia, permite a los aplicadores de la ley fundamentar la existencia de la insolvencia en varios criterios, siempre que se reconduzcan, al final, a la imposibilidad de pagos regulares, estructuralmente valorada.

Analizando en primer lugar el art. 2.2 de la LC, observamos que la noción se puede descomponer en tres elementos: *la falta de liquidez, la regularidad de cumplimiento y la exigibilidad del conjunto de obligaciones del deudor.*

El elemento estructural es central en la definición de insolvencia actual. Recurriendo de nuevo a ROJO, nos dice claramente el autor que la insolvencia es un estado: “en la concepción legal no es insolvente quien momentáneamente se encuentra en la imposibilidad de cumplir las obligaciones. “Ser” insolvente es «estar» en insolvencia; (...) para que exista insolvencia se

aspectos financieros y contables son desnecesarios por lo que la opción siempre sería entre los dos aspectos indicados, el funcional o el patrimonial. Es cierto que, con una definición tan amplia, los legisladores permiten al intérprete la introducción flexible de estos aspectos, adaptados al deudor en concreto. Para mayor desarrollo sobre este punto, refiriéndose a la dicotomía entre el desbalance patrimonial y la iliquidez, así como a cuestiones derivadas del deudor persona colectiva, véase PULGAR EZQUERRA, J. «Artículo 2», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios ...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 102 y ss.

¹⁰⁰BELTRÁN, E. «La regularidad...», *ADC*, núm. 11, *op. cit.*, p. 56. Para más desarrollo, véase MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência, op. cit.*, p. 77. Por otra parte, no podremos olvidar que, en lo que respecta al derecho derogado con relación a la materia del concurso no empresarial, el CC español establecía en su art. 1913 que “el deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, debe presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida”, lo que indica la mezcla entre los dos criterios, el del desbalance patrimonial y el de la falta de liquidez. Nos parece que la exigibilidad legal de unión de los dos criterios para determinar el estado de insolvencia haría retrasar el inicio del proceso, toda vez que la LC permite que, actualmente, el deudor se base solamente en uno de aquellos, poniendo de relieve el aspecto preventivo del concurso.

¹⁰¹PRENDES CARRIL, P. L «El presupuesto objetivo...», *Actualidad Jurídica Aranzadi, op. cit.*, p. 2. Disponible en www.westlaw.es.

requiere continuidad de la imposibilidad”.¹⁰² ORELLANA CANO añade que “la configuración de la insolvencia como un estado significa que debe referirse a un periodo de tiempo determinado que cree estado, y no a un retraso momentáneo”.¹⁰³ Esto equivale a afirmar que el estado de insolvencia es persistente o permanente en relación con un determinado deudor, en oposición a una coyuntura negativa que podrá ser contornada por él, y que determina, sin posibilidad de recurso a una solución alternativa, la imposibilidad de cumplir las obligaciones, como define la ley. Se trata de un estado negativo patrimonial, en el sentido que no existen fondos disponibles, en un cierto momento, el de la exigibilidad (o del vencimiento, en Portugal).

En el caso de los deudores que analizamos, los consumidores, esto significa, en primer lugar, que sus ingresos normales no son suficientes (o son inexistentes) para el pago de las obligaciones asumidas, con independencia de su tipo. Por otra parte, la aplicación de un criterio de insolvencia patrimonial a esto tipo de deudores es más compleja, toda vez que en la mayor parte de los casos, el deudor no dispone de un patrimonio (activo) superior al conjunto de sus deudas (pasivo) y, teniéndolo, existe, igual que en los casos de deudores empresarios, insolvencia, cuando tal patrimonio no puede, en tiempo útil, ser convertido en liquidez necesaria para hacer frente a deudas exigibles. Asimismo, esta situación se equipara a aquella en la cual se niega al deudor el acceso al crédito. Por otra parte, de acuerdo con las disposiciones recogidas en el CIRE, el criterio de insolvencia patrimonial está legalmente reservado a un tipo de deudores específico, que no contempla los consumidores, por lo que, arriesgamos, el criterio de insolvencia dicha funcional es la más adecuada en estos supuestos, tanto en España, como en Portugal, esencialmente en virtud de la constitución del patrimonio de esto tipo de deudor, que es tendencialmente fijo, así como sus ingresos, que constituyen normalmente el modo de pago tradicional de las deudas contraídas. No releva para la ley, como afirmamos varias veces, el tipo de deudas que son susceptibles de servir de base al proceso.

¹⁰²ROJO, A., art.2, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 169. Para más desarrollo sobre este concepto, ORDUÑA MORENO, F.J. *La insolvencia: análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p.141 y ss. Analizando la teoría de BONELLI, el autor concluye que es necesario modernizar el concepto jurídico de insolvencia (nos encontramos en los supuestos de quiebra, ante el derecho a la época vigente) y definirla como “aquel estado del patrimonio de una persona, por el que esta se revela impotente para hacer frente a las deudas que lo gravan”.

¹⁰³ORELLANA CANO, N. « Presupuestos de la declaración del concurso », *Competencias de los juzgados de lo mercantil ...*, *op. cit.*, p. 16. Disponible en www.tirantonline.es.

El elemento estructural se incluye, entonces, en la imposibilidad presente en los criterios legales, tratándose de un elemento duradero, es decir, la falta de liquidez y la incapacidad de recurrir al crédito son permanentes y, sobre todo, determinan, como veremos, en España, el momento en lo cual el deudor se sujeta al deber de solicitud.¹⁰⁴

En relación con la imposibilidad de cumplimiento, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE nos indica dos situaciones encuadrables en el art. 2.2:

[...] (i) el deudor que ha sido interpelado o requerido al efecto no ha podido cumplir una o más obligaciones que resultaban exigibles, o (ii) el deudor de una o varias obligaciones exigibles carece actualmente de capacidad para cumplirlas, a pesar de que ese incumplimiento no se haya denunciado formalmente por uno o varios acreedores.¹⁰⁵

La insolvencia actual se caracteriza por la existencia de incumplimiento, no importando el tipo de deudas o su cantidad, y la imposibilidad deberá derivar, para existir insolvencia, del estado patrimonial de fondo, negativo, y no de otros hechos que legítimamente el deudor pueda alegar para no efectuar el pago. Como nos dice PULGAR EZQUERRA, por ejemplo, cuando el deudor “no paga porque no quiere o porque se trata de un crédito litigioso sometido a controversia judicial”¹⁰⁶. No olvidemos también los objetivos del concurso y, como bien expone HERNÁNDEZ MARTÍ,

[...] la concreción del presupuesto objetivo del concurso, junto a los fundamentos para la solicitud de declaración de concurso, expresan la opción legislativa sobre el momento temporal en que el concurso debe ser declarado. Demasiado tarde pone en peligro el derecho de los acreedores ver satisfechos sus créditos. Demasiado temprano supone un solapamiento con el ámbito en el cual se desenvuelve el sistema de acciones individuales sobre el deudor.¹⁰⁷

Es por eso que las partes deben analizar cuidadosamente el presupuesto objetivo, con las cambiantes (más sencillas para el deudor no empresario) indicadas, pudiendo el proceso iniciarse por solicitud del deudor o de sus acreedores, como veremos en el próximo capítulo.

¹⁰⁴ Nos dice ALBUQUERQUE que “la imposibilidad aquí en cuestión no puede ser entendida en sentido técnico-jurídico riguroso. La imposibilidad objetiva implica la extinción de las obligaciones (art. 790 del C.C. portugués). La imposibilidad subjetiva respecto a la persona del deudor implica igualmente la extinción de la obligación si el deudor en su cumplimiento, no se puede sustituir por un tercero”. Traducción nuestra. ALBUQUERQUE, P. «Declaração da situação...», *O Direito, op. cit.*, p. 511. Se trata de una noción de imposibilidad más flexible y para efectos de aplicación de la legislación concursal, interpretada de forma teleológica y sistemática, y no puramente literal.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 108.

¹⁰⁶ PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ MARTÍ, J. *Presupuesto objetivo...*, *op. cit.*, p. 23.

La imposibilidad de cumplimiento deriva, entonces, de factores relacionados íntimamente con el deudor, es decir, los hechos que han conducido al estado de insolvencia fueran creados o agravados en virtud de comportamientos y opciones del deudor o, por otra parte, de factores externos que han creado o contribuido para empeorar una situación patrimonial debilitada y que desemboca precisamente en la imposibilidad de cumplir. Este análisis es, sin embargo, indiferente para la evaluación del criterio objetivo, que no valora cuales los motivos de la insolvencia (ni siquiera el tipo de deudas existentes en el proceso), a pesar de poder ser relevante para efectos de calificación del concurso y para procedimientos de tratamiento del sobreendeudamiento o, en el caso portugués, para atribución de la exoneración del pasivo restante, prevista en el proceso concursal.

Requisito de la ley es la exigibilidad de las obligaciones, sin dependencia de cualquier actuación del acreedor a que corresponda las respectivas obligaciones. Nos dice SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, que las obligaciones exigibles son “aquellas que no se ven afectadas por ninguna condición, plazo o circunstancia similar que, de acuerdo con el régimen general en materia de obligaciones, permite considerar que se da una pendencia que impide recabar del deudor la prestación comprometida”¹⁰⁸. Es precisamente la posibilidad dada a los acreedores de exigir las obligaciones que marca el estado de insolvencia del deudor, toda vez que, existiendo o no solicitudes en este sentido, su cumplimiento estará comprometido, en virtud de su capacidad de pagos se tener agotado, por los varios motivos que analizamos¹⁰⁹. Las obligaciones exigibles, esencialmente de *dare*, en lo que respecta a los deudores no empresarios, toda vez que se traducen en pagos, o sea, obligaciones dinerarias¹¹⁰, marcan el

¹⁰⁸SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Artículo 2», *Comentários...op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁹Ac. STJ, proceso num. 06A3271, de 14 de noviembre de 2006, que considera el deudor insolvente cuando se verifique “la falta de médios próprios, crédito y patrimonio suficiente”. Disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 15 de abril de 2010.

¹¹⁰No olvidamos que “no se exige que el incumplimiento se origine en la imposibilidad del deudor realizar pagos (no es suficiente el mero incumplimiento contractual) debiendo ser considerado el “conjunto de las obligaciones del deudor”: Traducción nuestra. RAPOSO SUBTIL, A. [et al], *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Vida Económica, Porto, 2005, p. 76. Sabemos que el conjunto de obligaciones del deudor puede contener otro tipo que de obligaciones, diferentes de las obligaciones de *dare*, pero en el caso del deudor no empresario tal no es muy común, basándose su pasivo precisamente en obligaciones dinerarias. Nos refiere FERNANDÉZ SEIJO, por ejemplo, que “no siendo necesario que se trate de obligaciones pecuniarias, bastará con que afecten a elementos que integren el patrimonio del deudor – por ejemplo – la entrega de un bien mueble”. FERNANDÉZ SEIJO, J.M. «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 258.

punto de partida¹¹¹ para caracterizar el estado de insolvencia y permitir al deudor desencadenar el proceso o, como se sabe, en España, indicar el momento de origen del deber para iniciar el proceso.

En la ley portuguesa no se prevé la exigibilidad, sino el vencimiento de las obligaciones (como nos dice el art. 3.1 CIRE), pero tal diferencia de terminología no es relevante, en la medida en que, por ejemplo, CARVALHO FERNANDES y LABAREDA indican “la mención legal a la imposibilidad de cumplir obligaciones vencidas y, luego, exigibles”¹¹², así como afirma la jurisprudencia que “la exigibilidad de la obligación coincide con su vencimiento, no siendo exigible la prestación cuando la obligación se encuentra sujeta a plazo que no se haya vencido, o a una condición que aun no se haya observado”.¹¹³ Por su parte, MENEZES LEITÃO¹¹⁴ no equipara totalmente el vencimiento a la exigibilidad, en virtud del recogido en el art. 780 del C.C. portugués, que indica la pérdida del beneficio del plazo establecido a favor del deudor en caso de insolvencia, aunque judicialmente no declarada, permitiendo al acreedor exigir el cumplimiento de la misma. Esto significa que la exigibilidad es un concepto más largo que el vencimiento, y que este último se desvaloriza, en virtud de dicho artículo, en caso de insolvencia, por lo que sería más adecuada la referencia a exigibilidad, en la ley, que al vencimiento. Así comprendemos que la exigibilidad en cuanto elemento central de la noción de insolvencia, al contrario que sucede en Portugal, se adecua a lo previsto en el C.C. español, en virtud del art. 1129 que nos indica que el deudor pierde el

¹¹¹ Para determinar el punto de partida, nos dice DIEZ PICASO, *apud* PULGAR EZQUERRA que “la exigibilidad, que vá más allá que el mero vencimiento de las obligaciones, conectando el acaecimiento del término o condición, es aquella cualidad por virtud de la cual la obligación es reclamable por vía judicial y puede dar lugar a una acción.”. PULGAR EZQUERRA, J. «Artículo 2», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 111.

¹¹² CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA J., *Código...*, *op. cit.*, p. 70. Traducción nuestra.

¹¹³ Ac. TRC, núm. 1054/03.3TBCTB, de 27 de febrero de 2007, disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 13 de enero de 2011. Traducción nuestra.

¹¹⁴ MENEZES LEITÃO, L.M. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 43. El mismo autor nos dice que, a pesar del criterio legal no implicar la declaración judicial de insolvencia para que este criterio opere, no es suficiente el “justo recelo de insolvencia”. MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito das Obrigações*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2007, p. 162. Nos parece que conyugar el CC con el CIRE implica que los acreedores, se si observaren los criterios de los hechos índices previstos en la legislación concursal, podrán aducir situación de insolvencia para efectos de aplicación de este artículo. Por otra parte, la insolvencia no declarada puede serlo en acción propuesta por los acreedores a fin de anticipar, a efectos de este artículo, la exigibilidad de la obligación. Sobre esto, ANTUNES VARELA, J.M. *Das Obrigações em Geral*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2006, p. 47 y ALMEIDA COSTA, M.J. *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1015 y ss. Este último autor refiere aún, que la solicitud del deudor, basándose en insolvencia inminente, es suficiente para rellenar este artículo. Añade también, que el art. 780 no se equipara al art. 91.1 del CIRE, que prevé, en caso de declaración de insolvencia, el vencimiento de las obligaciones del deudor, toda vez que en la primera situación, de exigibilidad anticipada, se exige la demanda del acreedor, algo que no ocurre en el CIRE, donde los efectos ocurren automáticamente.

derecho a utilizar el plazo establecido en el caso de que se torne insolvente y no preste cualesquiera garantías a los acreedores. Nos afirma DOMINGUEZ LUELMO que “en realidad el acreedor puede actuar como si la deuda estuviera vencida aunque en realidad no lo esté, es decir, puede exigir antes de lo vencimiento. Es por eso preferible hablar (...) de «exigibilidad anticipada»”.¹¹⁵

Por otra parte, controvertida es también la cantidad de obligaciones exigibles (o vencidas) necesarias para que se considere la existencia de insolvencia y no de un mero retraso de los pagos o momentánea falta de liquidez. Planteamos esta cuestión, no solo en virtud del elemento literal de los artículos referentes al presupuesto objetivo, que obviamente habla de obligaciones, remitiendo para la existencia de varias lo que, fundamentalmente, materializa el proceso concursal como un proceso de ejecución universal, pero esencialmente las presunciones o hechos externos de insolvencia que nos son presentados, respectivamente, en el art. 2.4 de la LC y 20.1 del CIRE y que designan, en las palabras de ROJO/BELTRÁN, una “insolvencia calificada”, a cual surge cuando “se añade la concurrencia de alguno de los «hechos externos» de especial gravedad que, con criterio taxativo, enumera la propia Ley”,¹¹⁶ especialmente el párrafo 1 de la LC, que se refiere al sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, que obtiene idéntica consagración en 20.1 a) del CIRE. Estos hechos externos son instrumentos al servicio de los acreedores, por cuanto identifican fundamentos para que aquellos puedan iniciar el proceso, no siendo extensibles al deudor, toda vez que este deberá fundamentar su solicitud en el estado de insolvencia que ya referimos. Así, por lo menos ante lo previsto en la ley española, parece que el legislador exige la imposibilidad de cumplir más de una obligación para que se rellene el concepto de insolvencia, toda vez que, a pesar de la del CIRE indicar el sobreseimiento como hecho externo, indica enseguida, en el art. 20.1.b), que “la falta de cumplimiento de una o más obligaciones, que por su montante o circunstancias del incumplimiento, revele la imposibilidad del deudor satisfacer puntualmente la generalidad de sus obligaciones”¹¹⁷ es también un fundamento válido para que los acreedores inicien el proceso. El tenor literal de la LC parece difícilmente superable, exigiéndose entonces el incumplimiento de más que una

¹¹⁵DOMINGUEZ LUELMO, A. «Artículo 146», SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2582.

¹¹⁶ROJO, A. art.2, ROJO-BELTRÁN, *ComLc* Tomo I, *op. cit.*, p.167. Más desarrollo sobre la legitimidad de los acreedores y los hechos externos en el capítulo siguiente.

¹¹⁷Traducción nuestra.

obligación – esto del punto de vista del deudor que se presenta al concurso, que conoce verdaderamente su estado patrimonial, mientras que para los acreedores, sin embargo, la ley establece como mínimo el sobreseimiento general de pagos (o, también, dice el párrafo 4 del art. 2.4, el incumplimiento generalizado de ciertos tipos de obligaciones, en los tres meses anteriores a la solicitud del concurso). Esta exigencia, mayor para los acreedores, tratándose los hechos externos indicados en la ley de elementos reveladores y postuladores de la existencia de insolvencia actual de los deudores, se explica en la medida de que, estableciéndose, con la verificación de tales hechos, una certeza de insolvencia (o “presunción” de tal), la posibilidad de solicitudes infundadas o precipitadas es disminuida. Sin embargo, SÁNCHEZ GUILARTE-CALERO nos adelanta que

[...] la insolvencia se suele manifestar a través de la falta de cumplimiento de varias de las obligaciones que resultan exigibles al deudor o, en situaciones especialmente graves, de un incumplimiento general. Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de entender que existe un estado de insolvencia a partir de la incapacidad de hacer frente a una única obligación, obviamente con un contenido extraordinario del punto de vista económico.¹¹⁸

Por otro lado, observamos que el CIRE consagra la posibilidad de los acreedores iniciaren el proceso existiendo el incumplimiento, por parte del deudor, de una única obligación lo que, por mayoría de razón y basándonos en igual amplitud del presupuesto objetivo definido por el art. 3.2, es extensible a los deudores cuando se trate de solicitud voluntaria de concurso (sin necesidad, obviamente, de comprobarse, como exige la ley en caso de concursos iniciados por los acreedores, los restantes requisitos legales, como sean establecer el nexo de causalidad entre la obligación incumplida y la incapacidad de incumplimiento puntual de las restantes, entre otros).

¹¹⁸SÁNCHEZ GUILARTE-CALERO, J. «Artículo 2», *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 108-109. El mismo autor apunta que el presupuesto objetivo definido por la LC es suficientemente largo para acoger tal idea, mismo que la jurisprudencia bajo la vigencia del derecho concursal derogado le sea contraria. Por otra parte, en la vigencia de la actual ley, se dice que “la nueva LC no exige para que el concurso necesario pueda ser declarado que el sobreseimiento en los pagos sea definitivo, total y completo, pues en contra de tal opinión se han venido pronunciado la generalidad de las resoluciones judiciales, cual ocurre con las SAP Barcelona de 24 de marzo de 2006”, como se recoge en el auto de la AP de Zaragoza, de 17 de septiembre de 2007, y en el AJM núm. 1 de Cádiz, de 4 de marzo de 2008, que “es la causa más frecuente en el caso del concurso voluntario y debe valorarse en cada supuesto concreto. Debe tratarse de un sobreseimiento general, en el sentido expuesto por la jurisprudencia anterior a la reforma (SSTS 29 diciembre 1927, 12 julio 1940, 12 marzo 1986 y 7 octubre 1989), es decir definitivo, no esporádico, aunque no se precisa que sea completo, ya que como decía RAMIREZ, no significa que el deudor deba estar en situación de incumplimiento de todas las obligaciones”. Disponible en <http://www.bufete-baro.com/admin/docs/Jurisprudencia-concursal.pdf>, consultado la última vez el 10 de marzo de 2010. A pesar de no si afirmar en ninguna parte que se acepta solamente una obligación, la jurisprudencia parece estar más tolerante para aceptar esta posibilidad.

Pero fundamentalmente, y porque tratamos de concursos de consumidores, lo que se pretende alcanzar con esta posibilidad de basar la insolvencia en solo una obligación exigible, es la determinación de cuales las obligaciones que pueden encuadrarse como indicativas de tal insolvencia.

Toda vez que las obligaciones del deudor consumidor se basan en dos vértices, las normales (contratos de suministro de servicios esenciales, alimentación, educación o formación de la familia, en la mayor parte de los casos) y las derivadas de contratación para consumo, que pueden incluir las anteriores (por ejemplo se pagas recurriendo a crédito) así como la adquisición de coche, vivienda y otros bienes o servicios destinados al consumo propio o familiar del insolvente, deberá recurrirse al caso en concreto para observar cuales de aquellas son regular y puntualmente cumplidas por el deudor y, habiendo una imposibilidad de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones referidas arriba, se está determinada una imposibilidad de cumplimiento ante todas las obligaciones exigibles. El deudor consumidor pagará, normalmente, con regularidad, los créditos correspondientes a la adquisición de vivienda, sacrificando los demás, por lo que cuando se verifique una imposibilidad de cumplimiento de esto tipo de obligaciones, tal puede ser fuertemente indicativo de su estado de insolvencia.¹¹⁹ Esta apertura dada por la amplitud del concepto de insolvencia es tanto más importante por cuanto, como sabemos, el proceso de insolvencia es una forma del deudor poder solucionar, con sus acreedores, a través de la mediación operada por el tribunal y por los órganos del proceso, su estado patrimonial negativo, reportándonos a los aspectos no solo preventivos pero curativos del proceso concursal.

En lo que respecta a la regularidad, indicada como elemento fundamental de la noción de insolvencia, hemos ya observado algunos matices en su concreción doctrinaria cuando hablamos de insolvencia inminente, toda vez que este requisito se incluye también en los supuestos legales de aquella. Recordando lo que fue dicho, la regularidad implica que el deudor opte por modalidades de cumplimiento normales, es decir, en caso del deudor

¹¹⁹LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento dos Consumidores...op. cit.*, p. 80, onde se dice que “el crédito para adquisición o construcción de vivienda es, en Portugal, la principal causa de endeudamiento de las familias”. Por otra parte, en un estudio datado de 2008, sobre el sobreendeudamiento en Portugal, se observa que “los créditos retrasados más frecuentes son, por orden descendente, el crédito personal (el primero) – 26,3 %, el crédito para adquisición de vivienda – 20,1% y el crédito para adquisición de coche – 18,1%”. Traducción nuestra. AAVV, *Um perfil dos sobreendividados...op. cit.*, p. 32. Se comprende por esta vía que la imposibilidad de cumplimiento de uno de estos tipos de obligaciones señala la existencia probable de una situación de insolvencia por parte del deudor.

consumidor, el cumplimiento de sus obligaciones se efectúa con base en sus ingresos ordinarios. PULGAR EZQUERRA, en lo que respecta a esto tipo específico de concurso, resume de forma muy clara la situación de insolvencia actual por imposibilidad de cumplimiento regular cuando afirma que es

[...] tan insolvente quien no puede cumplir sus obligaciones como quien podría hacerlo pero por medios irregulares, suscitándose si cuando el deudor acude al crédito para seguir cumpliendo sus obligaciones, ello sería constitutivo de un cumplimiento irregular de las obligaciones y, por tanto, sería tan insolvente como cuando no cumple sus obligaciones, lo que conectaría con el mismo concepto de irregularidad”.¹²⁰

Esto significa que, ante obligaciones exigibles, el recurso al crédito, que empeore el pasivo del deudor, transforma un instrumento normal de pago en instrumento irregular, toda vez que no busca sustituir los ingresos ordinarios para cumplimiento de obligaciones corrientes, dentro de un presupuesto familiar suficiente y planeado, sino acudir a una situación de imposibilidad de cumplimiento, constituyendo nuevas obligaciones que el deudor no tendrá capacidad de pagar.

Así, cuando se afirma que el deudor no hay posibilidad de recurrir al crédito, como supuesto de insolvencia, esto se relaciona íntimamente con la imposibilidad de cumplimiento regular.¹²¹ BELTRÁN divide la palabra regularidad en tres distintos sentidos: el cumplimiento regular de las obligaciones puede ser interpretado como conforme a las reglas generales de pago de las obligaciones; conforme a las reglas concursales; conforme a los medios normales de pagos observados en un determinado sector de actividad.¹²²

Como sabemos, la doctrina interpreta las reglas definidas en la LC basándose, tendencialmente, en la idea primaria de que el deudor sea un empresario, pero la división efectuada arriba puede interpretarse extensivamente a fin de incluir los deudores consumidores. El primer sentido respecta a las condiciones generales de derecho que indican los modos y el tiempo del cumplimiento – esto nos remite para las reglas imperativas o dispositivas definidas por la ley civil, así como para las reglas específicas establecidas entre

¹²⁰PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIÁVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor...op. cit.*, p. 81-82.

¹²¹Recordamos la aplicación del deber de averiguación de solvencia por parte de los concedentes de derecho al consumo, presente en el art. 10 del DL. 133/2009 y 14 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, de acuerdo con el art. 8 de la Directiva 2008/48/CE.

¹²²BELTRÁN, E. «La regularidad en el cumplimiento...», *Anuario de Derecho Concursal*, num. 11, *op. cit.*, p. 74 y ss.

las partes, tanto para el modo, como para el tiempo. Pero si es verdad que la violación de dichas normas relativas al modo de cumplimiento establecido en la ley o pactado por las partes puede determinar la irregularidad requerida por la noción de insolvencia actual, esto no se aplica al elemento temporal, toda vez que la puntualidad no es exigida sino que para la insolvencia inminente. Esto significa, por interpretación literal del precepto, que los retrasos en los pagos, no son determinantes para calificar el incumplimiento como insolvencia, por no se rellenar el concepto de regularidad, y no considerando la ley la impuntualidad como requisito de insolvencia. Esto impide al deudor sustentar su pretensión de apertura del proceso basándose en el criterio de la falta de puntualidad, aunque cumpliendo regularmente parte de las deudas, pero es permitido a los otros legitimados, con recurso a los hechos externos, alegar el sobreseimiento general de pagos, como se recoge en el art. 2.4.1 de la LC, no invalidando, sin embargo, que no se observe la insolvencia, toda vez que el deudor podrá alegar su solvencia.

Sin embargo, ROJO defiende que la ley no puede ser interpretada, en esto punto, literalmente, afirmando que “hay insolvencia si el deudor puede cumplir tardíamente las obligaciones exigibles, pero no puede cumplirlas a la medida que sean exigibles (...) el deudor momentáneamente retrasado no es insolvente, pero merece esa calificación el deudor que sólo puede cumplir con retraso.”¹²³ Otros se oponen a esta idea, como GONZALEZ NAVARRO, que nos dice que la “impuntualidad no es más que precisamente, un hecho externo, un indicio que algo falla en la empresa y que es preciso intervenir, pero no necesariamente mediante un proceso concursal.”¹²⁴ El autor basa esta idea en el incumplimiento de obligaciones de pago, que son precisamente las que afectan al deudor consumidor y no otras, por lo que esto razoamiento no se aplica a él, toda vez que la impuntualidad lo puede afectar más que propiamente la falta de regularidad en el cumplimiento, por lo que, para cubrir todos tipos de deudores, la formulación extensiva de ROJO nos parece más aceptable, configurándose así la falta de puntualidad como un incumplimiento de las reglas generales relativas al tiempo de pago de las obligaciones, como apuntado más arriba.

¹²³ROJO, A. «La unidad del presupuesto subjetivo», ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 143. En plus, añade el autor, el retraso continuado como fundamento de insolvencia es esencial para hacer operar el plazo del deber de solicitud del proceso a que se sujeta el deudor. No olvidamos también que la referencia a la puntualidad constaba en la redacción de la norma dada por el Anteproyecto de la LC, pero se ha retirado en la versión final.

¹²⁴GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «Los presupuestos...», *Diario La Ley...op. cit.*, p. 12. Disponible en www.laleydigital.es.

Respecto de los dos restantes sentidos de interpretación indicados por BELTRÁN, la falta de regularidad inadecuada a las reglas concursales asienta en el principio de que el deudor no puede cumplir sobrecargando la masa pasiva, o sea, realizando negocios perjudiciales a la masa activa del concurso, que puedan, por lo tanto, ser reintegrados en el proceso (art. 71 LC y 120 y 121 del CIRE). Esto está íntimamente conectado a la obtención de créditos suplementares, por ejemplo, para proceder al pago de obligaciones exigibles – la creación de más acreedores en un momento en que el deudor se encuentra insolvente va a provocar el perjuicio de los restantes. Se podría afirmar que si el deudor puede obtener crédito no se encuentra en un estado de insolvencia, pero recuperando la idea de PULGAR EZQUERRA, que apoyamos,

*[...] si el recurso al crédito se produce por encima del nivel de ingresos de que dispone el consumidor, habría de conceptuarse el cumplimiento de las obligaciones por esta vía como irregular, pues nos hallaríamos ante un recurso abusivo al crédito que, lejos de coadyuvar al cumplimiento regular de las obligaciones, haría sino incrementar la masa pasiva del concurso”.*¹²⁵

Por último, hemos ya ejemplificado lo que significa la falta de regularidad que equivale a la imposibilidad de pagos recurriendo a los medios normales, en este caso, a los ingresos ordinarios. Sintetizando, apunta BELTRÁN SANCHEZ, a propósito de esto aspecto, que “en definitiva, es insolvente quien no puede satisfacer las obligaciones vencidas con sus ingresos ordinarios, regulares, aunque tenga bienes suficientes”.¹²⁶

Analizados que están todos los criterios legales derivados de la LC hay que decir que, en lo que respecta a la ley portuguesa, la doctrina no ha sido tan productiva en el análisis del precepto del art. 3.1.del CIRE que, recordamos, establece que la insolvencia es, de acuerdo con el criterio general, la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones vencidas. Lo que decimos arriba en lo que respecta a la imposibilidad de cumplimiento es extensible al régimen portugués, así como, como referimos antes, a las obligaciones exigibles, toda vez que la mayor parte de la doctrina e incluso la jurisprudencia equipara vencimiento y exigibilidad. En cuanto al número de obligaciones incumplidas necesarias para establecer el estado de insolvencia, como hemos visto, la ley portuguesa presenta un criterio adicional a par del

¹²⁵PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del consumidor...op. cit.*, p. 84.

¹²⁶BELTRÁN SANCHEZ, E.M. «La insolvencia ...», *El futuro...*, op. cit., p. 204.

sobreseimiento general de las obligaciones, en su art. 20.1.b), que permite, por lo menos a los acreedores, justificar el inicio del proceso con el incumplimiento parcial de obligaciones, siempre que se compruebe que su montante o circunstancias del impago sean marcos de una incapacidad de pagar más larga, o sea, que se verifique la insolvencia. La jurisprudencia es también clara en esto punto, afirmándose que “lo que verdaderamente releva para la insolvencia es la imposibilidad de satisfacer obligaciones que, por su significado en el conjunto del pasivo del deudor, o por las propias circunstancias del incumplimiento, ponen de relieve la impotencia del obligado, de continuar a satisfacer la generalidad de sus compromisos”.¹²⁷

Por último, el CIRE no hace referencia a la regularidad o puntualidad del cumplimiento en el texto de la ley, pero la doctrina los considera relevantes para caracterizar el concepto legal, por lo menos la puntualidad. Esto sucede en virtud de la redacción del anteproyecto del CIRE, que mantenía la referencia a la puntualidad que advenía del CPEREF, que la indicaba en su art. 3.1.

El CIRE omite esta característica de la incapacidad de cumplimiento indicadora de insolvencia, pero la doctrina se pone de acuerdo cuanto a su manutención como criterio fundamental.¹²⁸ La regularidad de pagos, como fue dicho, no surge en la doctrina ni en el texto legal, pero la amplitud del concepto de insolvencia permitirá su invocación en los

¹²⁷Ac. TRP, de 26 de octubre de 2006, núm. 0634582, www.dgsi.pt, consultado por última vez el 20 de abril de 2010. Se trataba de la solicitud de la declaración de concurso de dos personas físicas, casadas, reclamando el acreedor la insolvencia por incumplimiento de la obligación de indemnizar por quiebra de contrato-promesa, siendo, además la deuda de montante elevado (cerca de 500 000€). La declaración de concurso se había solicitado por frustración de una acción ejecutiva. Traducción nuestra. Tal idea, plasmada en el auto indicado, es una citación de CARVALHO FERNANDES, L. y LABAREDA, J. *Código...*, *op. cit.*, p. 72.

¹²⁸CARVALHO FERNANDES, L. y LABAREDA J. *Código...*, *op. cit.*, p. 70, donde afirman los autores que “es, rigurosamente inherente a la idea de cumplimiento, la realización aplazada de las obligaciones a cumplir, visto que solo por esta vía se satisface plenamente al interés del acreedor y se concreta integralmente el plano que vincula al deudor”. Por su parte, MARTINS dice que “el requisito de la puntualidad esta previsto en el espíritu del CIRE”. MARTINS, L.M. *Processo...*, *op. cit.*, p. 65. Además, el criterio de la puntualidad es esencial para caracterizar el cumplimiento de las obligaciones, basándose en los enseñamientos del Derecho de Obligaciones. Nos dice MENEZES LEITÃO que “este principio significa la exigencia de una correspondencia integral en todos los aspectos, y no solo en el temporal, entre la prestación efectivamente realizada y aquella a que el deudor se encuentra vinculado, sin lo que se observará una situación de incumplimiento”. Traducción nuestra. El principio de la puntualidad, definido de tal forma, contempla no solo criterios temporales estrictos (puntualidad *strictu sensu*) como amplía el concepto para contener criterios de cumplimiento regular. MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito das Obrigações*, Volume II, *op. cit.*, p. 142. O, como nos define ANTUNES VARELA, “el cumplimiento debe coincidir, *punto por punto, en toda la línea*, con la prestación a que el deudor se encuentra obligado”. Traducción nuestra. ANTUNES VARELA, J.M. *Das Obrigações em Geral*, Volume II, *op. cit.*, p. 14 y 15.

fundamentos del proceso, secundándose su necesidad en los tribunales, especialmente en los casos de insolvencia inminente, cumpliendo al tribunal determinar la existencia, o no, de insolvencia, basándose en estos supuestos.

Analizados los requisitos legales impuestos por el legislador en la definición de insolvencia actual, verificamos que, de forma muy idéntica, la LC y el CIRE identifican con claridad los requisitos que permiten identificar, con la mayor precisión posible, el presupuesto objetivo del proceso concursal. El deber de solicitud, en el caso español, que estudiaremos en el capítulo siguiente, a que se añade, en el caso portugués, los requisitos de solicitud de la exoneración del pasivo restante, que analizaremos en el último capítulo, obligan a que el deudor consumidor persona física comprenda, de forma inequívoca, en cual momento su capacidad de pago se ha agotado, ante el pasivo previamente asumido. Por otra parte, hemos indicado, el recurso al proceso concursal, por parte del deudor consumidor persona física, es más beneficioso cuando el incumplimiento de obligaciones no se arrastre indefinidamente, potenciando una mayor lesión de los derechos de los acreedores.

Comprendemos que el deudor consumidor persona física, por desconocimiento, dificultades de acceso a la justicia o estigma social, por ejemplo, evite el recurso al proceso concursal, pero el legislador ha dibujado el presupuesto objetivo de modo a obviar, en la medida posible, las dificultades de evaluación, por parte del deudor, de su estado de insolvencia. La incapacidad persistente y estructural de pago, de forma regular y puntual, de deudas previamente contratadas, bien como la imposibilidad de recurso al crédito, criterios que se observan, tanto en el concepto de insolvencia de la LC, como del CIRE, así lo posibilitan.

2.3 – Insolvencia vs. sobreendeudamiento

El término sobreendeudamiento surge normalmente asociado a la temática del endeudamiento excesivo de los consumidores, no solo en estudios jurídicos, sino económicos o sociológicos.¹²⁹ La inexistencia de reglamentación legal específica, tanto en España, como en Portugal, puede, de esta forma, dificultar la identificación de la realidad jurídica subyacente al problema así como distinguirla de los conceptos concursales, como sean los de insolvencia inminente y actual, que referimos.

Por esto, recurrimos a ejemplificación: TRUJILLO DIEZ indica que - “una familia DINKY (*double income, no kids*) con el sosiego de su situación actual y brillante que les anuncia su juventud y su doble salario, acuden al crédito hipotecario para comprar su primera vivienda y a la compraventa financiada de un turismo; sin embargo, posteriormente, con la llegada del primer hijo, la mujer decide abandonar su empleo para dedicarse enteramente a la familia; la incapacidad total de pagos se producirá cuando el marido sea despedido de su puesto de trabajo; más frecuente será incluso que el matrimonio se separe, quedándose la mujer y los hijos en una situación económica de subsistencia y el marido debiendo hacer frente a la pensión compensatoria a favor de la mujer, a la de alimentos para los hijos, a la hipoteca de la vivienda y las cuotas del vehículo y al alquiler y gastos de su propia vivienda.”¹³⁰ Diferentemente, tenemos que “E. ha empezado su recurso al crédito al consumo en 1996. Desde ahí, no ha conseguido parar: los préstamos se destinaron a viajes, bienes para el hogar, vestuario y tarjetas de crédito. (...)E. es profesora, de 46 años, soltera, vive con su madre (...) obtiene una renta mensual de 1060€y tiene gastos mensuales con instituciones financieras de montante total de 1000€(...) habiendo incumplido dos prestaciones.”¹³¹

Hemos puesto de relieve estos dos ejemplos: un hipotético, otro real. Los dos pueden suponer situaciones de sobreendeudamiento, pero con raíces diferentes, o sea, originadas en el comportamiento del deudor, o en factores externos. Esta distinción, como se verá, no es

¹²⁹Un reciente anteproyecto de Ley brasileño, teniendo en cuenta esta misma perspectiva, define el sobreendeudamiento en su art. 5. B) como el “fenómeno social, jurídico y económico capaz de generar la incapacidad del deudor, persona física, de buena fe, en pagar el conjunto de sus deudas de consumo...”. Disponible en <http://www.flaviocitro.com.br/v1/index.php/2010/06/04/anteprojeto-propoe-prevencao-e-renegociacao-judicial-do-superendividamento/>, consultado por la última vez en 4 de junio de 2010. Traducción nuestra.

¹³⁰TRUJILLO DÍEZ, I.J. *El Sobreendeudamiento ...*, op. cit., p. 3

¹³¹Traducción nuestra, LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento...*, op.cit., p. 184

insignificante. Sin embargo, antes de analizar dichas raíces, hay que definir sobreendeudamiento que, desde ya adelantamos, no es de fácil concreción, porque la inexistencia de un régimen legal y de consecuente definición jurídica dificulta la toma de posición. Así, en términos generales, podemos afirmar que el sobreendeudamiento consiste en una *situación de imposibilidad duradera o estructural por parte del deudor en cumplir el conjunto de sus deudas vencidas o a vencer*.¹³²

FRADE y ABREU LOPES nos dicen que “en términos generales, el sobreendeudamiento se refiere a situaciones en las cuales las familias son incapaces de pagar una o más deudas basándose en su renta disponible”, que se caracteriza, económicamente, como refieren las autoras, por dos situaciones distintas: “una parte previamente comprometida, utilizada en los gastos corrientes de la familia y en los pagos de obligaciones crediticias, y una parte sobrante utilizada para el consumo extraordinario o para el ahorro”.¹³³ COLINO MEDIAVILLA nos dice que

[...] respecto a los consumidores, la expresión sobreendeudamiento se utiliza, en primer lugar, para referirse a la situación en que el consumidor tiene un exceso de deudas pero todavía está cumpliendo con normalidad, o a la situación en que el consumidor, aun sin tener deudas, tiene sus ingresos casi totalmente comprometidos por los gastos, o a una situación que mezcle ambas posibilidades. Todavía nos hallamos, pues, en el ámbito de la normalidad en los cumplimientos. [...]. Pero la expresión sobreendeudamiento también se utiliza respecto a los consumidores, en segundo lugar, para referirse a la situación en que hay incapacidad general para pagar, a tratar mediante un procedimiento colectivo. En estos casos la expresión sobreendeudamiento se refiere a la misma situación fáctica que, con la denominación insolvencia, se establece como presupuesto objetivo del procedimiento concursal, lo que parece inútil.”¹³⁴

Sobreendeudamiento e insolvencia pueden, entonces, considerarse nociones distintas o, al contrario, equivalentes. Pero tomemos el asunto por partes: partiendo del presupuesto del

¹³²LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento, op. cit.*, p. 2. “el sobreendeudamiento, también designado por concurso o insolvencia de los consumidores, respecta a las situaciones en las cuales el deudor es imposibilitado, de forma duradera o estructural, de pagar el conjunto de sus deudas, o cuando existe una amenaza seria de no poder hacerlo por ocasión de su vencimiento.” Traducción nuestra. En el mismo sentido, TRUJILLO DÍEZ, I. J. *El Sobreendeudamiento...op. cit.*, p. 12, el sobreendeudamiento es “la imposibilidad de hacer frente al conjunto de las obligaciones financieras (...) según un plano de ingresos racional”. Este autor matiza la noción en indicando varios grados de sobreendeudamiento, teniendo en cuenta la realidad de las rentas del deudor y su posibilidad de pago real.

¹³³FRADE, C. y ABREU LOPES, C., «Overindebtedness and Financial Stress: a comparative study in Europe», Niemi-Kiesiläinen, J, Ramsay, I. e Whitford, W. (dir), *Consumer Credit, Debt & Bankruptcy*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2009, p. 249. Traducción nuestra.

¹³⁴COLINO MEDIAVILLA, J.L. «Concurso de consumidor» *Convergencias y paralelismos en el Derecho de Sociedades y en el Derecho Concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea*, III Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los Negocios, 2007, p. 7 y ss, disponible en <http://eprints.ucm.es/7848/1/conccons2007-publicHarv2006EPRINT.pdf> consultado por la ultima vez en 17 de abril de 2010.

endeudamiento del deudor, el legislador puede reaccionar de diferentes formas – regular el sobreendeudamiento bajo un proceso específico, ignorar la noción en términos jurídicos o someter la situación de hecho al derecho concursal, creando normas especiales o no.

Como hemos afirmado, en Francia, existe un proceso especial para el sobreendeudamiento, que se distingue de las leyes de concurso de empresas. Existe, así, una concreta definición legal en el art. L 330-1 del *Code de la Consommation*: “la situación de sobreendeudamiento de las personas naturales surge cuando se observa la imposibilidad manifiesta por parte del deudor de buena fe de cumplir deudas no profesionales vencidas o a vencer”.¹³⁵ Confrontados con tal noción, siempre afirmamos que no se distingue en mucho de la antes indicada, particularmente porque la reglamentación francesa fue pionera en la identificación jurídica del problema. La diferencia radica en el sobreendeudamiento de buena fe o no, que trataremos enseguida, pero tal no influye en la caracterización del contenido patrimonial negativo definido por la ley, pero solamente tiene consecuencias a nivel de la sujeción al procedimiento o no.

Tanto el legislador español, como el portugués, han intentado regular el sobreendeudamiento. En el indicado anteproyecto del Código del Consumidor portugués definía, en los artículos 581 y ss., un sistema alternativo al proceso de insolvencia recogido en el CIRE, denominado procedimientos de reestructuración del pasivo del deudor insolvente - un proceso judicial, pero coadyuvado por una entidad administrativa, el *Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas* (GAPS) que, según el art. 592, haría parte de un triángulo formado por el Tribunal y los acreedores, cuyo objetivo sería el de crear un plan de pagos de forma a solucionar el problema apuntado. En el indicado art. 581, bajo designación de *insolvencia* de las personas singulares *sobreendeudadas*, el legislador portugués definía sobreendeudamiento como la circunstancia en la cual “las personas físicas no dispongan de bienes o rentas embargables suficientes para asegurar el cumplimiento puntual de sus obligaciones”.¹³⁶

¹³⁵Traducción nuestra. El deudor se encuentra sobreendeudado cuando, “el conjunto de rentas variables y el capital fijo no son suficientes para pagar a los acreedores” incluyendo “deudas contractuales, como los créditos y extracontractuales, como los impuestos o deudas de alimentos”, que quedan excluidas del proceso previo de reorganización de deuda previstos en el art. L 331 y consecuentes siempre que no se incluyan deudas de tipo profesional. PICOD, Y., *Code de la Consommation*, op. cit., p. 415.

¹³⁶ Traducción nuestra.

En España, por su parte, los intentos legislativos sobre el tratamiento del sobreendeudamiento tuvieron cuerpo en dos proyectos distintos: la proposición de ley núm. 122/000295 y la proposición de ley núm. 622/000012¹³⁷ que, igual que el Anteproyecto portugués, no obtuvieron éxito - ambas definen idénticamente sobreendeudamiento (sobrevenido), en sus art. 3.2., como “la situación en que un consumidor de buena fe se ve en la imposibilidad actual y continuada de hacer frente al cumplimiento del conjunto de sus deudas no profesionales, exigibles, o no”. Esta definición sigue muy próxima de la definición del art. L - 330-1 del *Códe de la Consommation* francés, y añade el elemento de buena fe del deudor, que se encuentra ausente de la definición del Anteproyecto portugués (que se recoge en el art. 582, como criterio funcional, definiéndose el acceso al sistema, no haciendo, sin embargo, parte de los elementos centrales del sobreendeudamiento).

Por último, de modo a definirse sobreendeudamiento, volvemos al citado estudio de la Dirección General del Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, *Towards a Common operational European definition of over-indebtedness*, que indica los elementos identificables en las diferentes nociones de sobreendeudamiento buscadas junto de los E.M., mayoritariamente procedentes de estudios pre legislativos, al revés de tener origen en reglas positivas. La dificultad en tratar legalmente el sobreendeudamiento es incluso perceptible en el hecho de que la propia EU no avanzó aún en la fijación de criterios o definiciones legales en esta materia, indicándose, sin embargo, que el sobreendeudamiento se identifica con recurso a seis elementos: la unidad familiar, contratos de crédito, capacidad de pago, estructura, patrones de vida y falta de liquidez y que comporta cuatro dimensiones: económica, temporal, social y psicológica:

[...] las varias definiciones referidas arriba reflejan el fenómeno multi-dimensional que es el sobreendeudamiento. Estas dimensiones incluyen una dimensión económica de estarse sobrecargado con obligaciones y una dimensión temporal de sobreendeudamiento a corto plazo versus problemas estructurales a largo plazo, que son comunes en las definiciones revistas. También se observa una dimensión social incluyendo exclusión financiera o exclusión de

¹³⁷ Proposición de ley relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, de 6 de mayo de 2003, publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados., Serie B, núm. 336-1, de 9 de mayo, presentada por el grupo parlamentario socialista y proposición de ley sobre prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, publicada en el BOCG, Senado, III A, de 12 de noviembre de 2004, presentada por el grupo parlamentario catalán. De relevar que la primera es contemporánea a la LC y, la segunda, fue propuesta un año después, lo que permite deducir que no fue pacífica la solución encontrada por la LC y, también que se considera, jurídicamente, que existe la necesidad de separar las dos temáticas, objetivo que también no fue alcanzado en España.

participación en la vida económica/social en general así como una dimensión psicológica en términos de stress y desestabilización psicológica.¹³⁸

Analizando los criterios arriba indicados, observamos que estos implican que la unidad familiar sea el elemento central del sobreendeudamiento, al revés de la tradicional legislación concursal, que contempla la persona singular como figura central. Se incluyen todas las deudas (no empresariales) de los deudores, sean de corto, medio o largo plazo, siendo que la incapacidad de pago ante los compromisos asumidos es determinante para comprobarse el sobreendeudamiento; en términos temporales la definición implica que la incapacidad anterior sea persistente y no puntual o esporádica, que el nivel de vida de la unidad familiar se reduzca en virtud de tal incapacidad de pagos y que no sea posible recurrir a cualesquiera bienes o crédito para hacer frente al incumplimiento. Este estudio nos demuestra así la multiplicidad de caminos que pueden ser utilizados para encuadrar jurídicamente el sobreendeudamiento y que, indudablemente, pretenden cortar con la noción de insolvencia establecida en la legislación positiva, no solo por privilegiar otro tipo de sujetos, sino otro tipo de deudas. Además, y recuperando los ejemplos inicialmente dados, teniendo en consideración las nociones presentadas, solamente el deudor de buena fe, a que corresponde el sobreendeudamiento pasivo, necesita de una protección especial. Con esto, introducimos los dos conceptos primarios en cuestiones de sobreendeudamiento: *el activo, o de mala fe; y el pasivo o de buena fe.*¹³⁹

El primero corresponde a un endeudamiento motivado por razones endógenas o internas, relativas a la persona del deudor cuando este “contribuye activamente para colocarse en imposibilidad de pago, por ejemplo, no planeando los compromisos asumidos y procediendo a una acumulación exagerada de créditos en relación a a las rentas efectivas y esperadas”¹⁴⁰. Esta actuación puede ser motivada por dolo o negligencia, correspondiendo no en tanto a la violación de las reglas de diligencia dibujadas para el buen padre de familia y más para el consumidor medio, que equivale al consumidor razonablemente informado de sus derechos y

¹³⁸ *Towards a common...*, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁹ Al lado del sobreendeudamiento hipotecario, “es decir, la imposibilidad de amortizar préstamos o créditos garantizados con bienes inmuebles”. ROJO FERNANDÉZ-RIO, A. «Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 253.

¹⁴⁰ LEITÃO MARQUES, M.M., [et al.], *O Endividamento...op.cit.*, p. 2. La doctrina francesa nombra este comportamiento de buena fe contractual.

deberes que, disponiendo de una renta insuficiente *ab initio*, se endeuda sin posibilidad, ya prevista, de cumplir con sus obligaciones, o existiendo fuerte probabilidad de tal suceder.

Por otra parte, la situación más común es aquella motivada por factores externos y imprevisibles – el sobreendeudamiento pasivo: “circunstancias no previsibles (desempleo, precariedad del empleo, divorcio, enfermedad, muerte de un familiar, accidente...) que afectan gravemente la capacidad del reembolso del deudor, dejándolo en una situación de imposibilidad de cumplimiento.¹⁴¹ Añade PULGAR EZQUERRA que el sobreendeudamiento pasivo (o sobrevenido) puede también originarse en “contingencias que, aun pudiendo ser previsibles, sobrepasan las previsiones razonables, p.e elevación de los tipos de interés, en particular respecto de créditos hipotecarios...”.¹⁴² Por su parte, ROJO FERNANDÉZ-RIO indica otra categoría, dentro del sobreendeudamiento sobrevenido, que designa por indirecto y que consiste en “el pago de avales por parte de familiares y amigos del deudor insolvente”.¹⁴³

La verificación de una situación de sobreendeudamiento pasivo es aquella que permite desencadenar, como referimos, por ejemplo, ante la ley francesa, así como en los anteproyectos citados, la actuación de una ley de tratamiento que protege el interés de los consumidores sobre aquellos de los acreedores. A los sobreendeudados activos restan las normas que no impongan requisitos de acceso basados en la buena fe, como ocurre, genéricamente, con las normas concursales (sin embargo, como veremos, del acceso a la exoneración del pasivo restante, por ejemplo).

La buena fe calcada de la reglamentación francesa, y seguida, como vimos, por los proyectos presentados, deriva de una presunción legal susceptible de prueba en contrario y, en Francia, corresponde a una buena fe contractual y no procesal, es decir, no basta al deudor desencadenar el proceso de buena fe (comunicando al órgano administrativo su verdadera

¹⁴¹Traducción nuestra. LEITÃO MARQUES, M.M., [et al], *O Endividamento...op. cit.*, p. 2

¹⁴²PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo de la prevención ...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor ...*, *op. cit.*, p. 66. La autora divide los dos tipos de sobreendeudamiento en originario y sobrevenido, de encuentro a las teorías de la buena fe, requeridas por los proyectos legislativos, y al elemento intencional que es requerido para su determinación. Por otro lado, PULGAR EZQUERRA caracteriza la necesidad de intervención del legislador en estas materias como una forma de equilibrar, dentro del marco del estado de bienestar, la política de concesión de crédito al consumo que le esta inherente, con la protección social en casos de enfermedad o desempleo, que también derivan de los principios de aquél.

¹⁴³ROJO FERNANDÉZ-RIO, A. «Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento...», *El Futuro de la Protección ...*, *op. cit.*, p. 251.

situación patrimonial), sino actuando de buena fe en la época de su endeudamiento o sea, debe hacerse una “evaluación de la postura del deudor en el momento en que ha contraído sus diferentes compromisos”¹⁴⁴, sin perjuicio de que la buena fe procesal sea requisito de continuación del proceso (véase art. L-332-2 del *Code de la Consommation*). Esto corresponde a la buena fe en sentido objetivo y no subjetivo, o sea, “la buena fe requerida es manifiestamente concebida como la ausencia de mala fe y no como un comportamiento particularmente diligente del deudor”.¹⁴⁵ FERRIERE y CHATAIN desarrollan esta idea afirmando que la idea fundamental de buena fe en Francia es la “una norma moral de comportamiento, valorada en abstracto de acuerdo con los buenos costumbres de la vida en sociedad”.¹⁴⁶

Por otra parte, de acuerdo con el caso en concreto, varios son los criterios que, empíricamente recogidos por las comisiones de sobreendeudamiento y los tribunales, y generalizados por la doctrina, son utilizados para admitir, como deudores de buena fe, los sobreendeudados al proceso. Recurriendo de nuevo a la doctrina citada, el elemento fundamental es la intención del deudor, que se divide en dos aspectos distintos: por una parte, es necesario observar si el deudor tenía o no consciencia de una incapacidad primaria para hacer frente al contratado y, por encima de todo, si el deudor agrava o no su endeudamiento, estando en una situación crítica, para cumplimiento de obligaciones no fundadas en un motivo legítimo.¹⁴⁷ Adelantada esta calificación, se abren las categorías referidas de sobreendeudamiento activo y pasivo, quedando excluida una categoría intermedia, que se denomina sobreendeudamiento activo inconsciente, es decir “el deudor que actuó con alguna precipitación o que no ha efectuado correcta y rigurosamente los cálculos en el momento que ha contraído las deudas”,¹⁴⁸ permitiéndose a este tipo de deudores, tutelada la buena fe procesal, el acceso al proceso, a pesar de que el sobreendeudamiento no deriva exclusivamente de factores externos.

¹⁴⁴Traducción nuestra. ¹⁴⁴ LEITÃO MARQUES, M.M., [et al], *O Endividamento, op. cit.* p. 237

¹⁴⁵PICOD, Y. *Code de la Consommation, op. cit.*, p. 416.

¹⁴⁶Traducción nuestra. FERRIERE, F. y CHATAIN, P-L, *Surrendetement des Particuliers*, Dalloz, Paris, 2006 p. 35.

¹⁴⁷GUTIERREZ DE CABIDES, P. *El Sobreendeudamiento Doméstico...*, *op.cit.*, p. 85.

¹⁴⁸LEITÃO MQRQUES, M.M. [et al], *O Endividamento...*, *op. cit.*, p. 237. PULGAR EZQUIERRA describe este tipo de sobreendeudamiento como “sobreendeudamiento activo por asunción excesiva de deudas, si esta situación no fue buscada conscientemente, esto es, si el deudor no fue consciente de agravar o crear su sobreendeudamiento, aspecto éste en el que podía incidir el nivel intelectual y preparación universitaria del deudor.” PULGAR EZQUIERRA, J. «Concurso y consumidores ...», *RDCP, op. cit.*, p.51. Para más desarrollo, aún TRUJILLO DIEZ, I J. , *El sobreendeudamiento ...*, *op. cit.*, p. 92 y ss. Por otra parte, nos dice FRADE que “los consumidores no abordan el riesgo de crédito de forma tan estructurada y profesional. Para la gestión del riesgo de incumplimiento y de sobreendeudamiento adoptan determinados comportamientos o patrones de

Las características del sobreendeudamiento de buena fe se trasladan para el proceso de insolvencia siempre que, como es el caso de la ley americana, alemana o portuguesa, el deudor pretenda obtener la llamada exoneración del pasivo restante, como veremos en el último capítulo.

Por último, después de constatarse que la definición teórica de sobreendeudamiento no es fácil, hay que añadir que no existe una fórmula simplificada para determinación del estado de sobreendeudamiento o insolvencia. El indicado estudio de la Comisión Europea establece también, basándose en el estudio comparativo entre los varios E.M., ahora sustentado en datos estadísticos y sondajes, un conjunto de indicadores para determinar el sobreendeudamiento, que contemplan no solo el tipo de deudas, sino el tipo de incumplimiento, siendo posible la utilización de varios de estos indicadores: existencia de obligaciones demasiado onerosas y que obligan la familia a un nivel de vida inferior; aplazamientos estructurales de, por lo menos, una obligación financiera; conjunto de obligaciones asumidas por la unidad familiar considerado pesado para la familia; capacidad de pago considerada muy difícil o difícil por la unidad familiar y falta de liquidez (definida como una incapacidad de pago ante un gasto inesperado).¹⁴⁹. Observamos que estos indicadores, que pueden servir no solo de criterios legales, como de barómetro a los aplicadores de las leyes destinadas a tratar el problema del sobreendeudamiento, permiten separar los individuos multi-endeudados de los sobreendeudados y encuadrarlos en el proceso adecuado a su situación patrimonial. El sobreendeudamiento puede ser matizado y no solo ser concebido como el estado final previsto por las nociones que analizamos, que implica la incapacidad de pago y que se aproxima peligrosamente de la noción de insolvencia, que trataremos enseguida.

Entre otras posibilidades, también relacionadas con un elemento de previsión y cálculo del sobreendeudamiento, el llamado grado o tasa de esfuerzo representa una ayuda preciosa – esto

consumo, de endeudamiento y de aforro, suscriben seguros de protección al crédito y constituyen garantías”, lo que permite una base de sustentabilidad para el cumplimiento de sus deudas, pero el deudor no está libre de un cálculo errado sobre las obligaciones que contrata. Traducción nuestra. AAVV, *Um perfil dos sobreendividados em Portugal*, CES, 2008, p. 8, disponible en http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/452_relatorio_proj_regulacao_consumo.pdf, consultado por última vez el 3 de marzo de 2011. En contra, con una visión más blanda de la buena fe, ligada a la buena fe procesal, SAINT-ALARY-HOUIN, C. «El tratamiento de las dificultades financieras de los deudores en Francia», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 406.

¹⁴⁹*Towards a common...op.cit.*, p. 55.

consiste en establecer una ratio entre el servicio de la deuda (intereses más las amortizaciones del préstamo) y la renta disponible¹⁵⁰. Conjugado con el extracto socio-económico, puede preverse una mayor posibilidad de incumplimiento en cuanto más bajos sean las rentas pero, como miramos, solamente atendiendo al comportamiento del deudor o a los factores ajenos que contribuirán para dicho incumplimiento se podrá evaluar el verdadero punto, dentro de los grados de endeudamiento existentes, que corresponderá al sobreendeudamiento y *maxime*, a una situación de insolvencia.

Por otra parte, no nos olvidamos de que en estas cuestiones siempre es de la mayor importancia el caso concreto y el juicio de los órganos encargados de los procesos, tanto de tratamiento del sobreendeudamiento, como de la insolvencia. Indican FERRIÈRE y CHATAN que las comisiones de sobreendeudamiento francesas,

(...) proceden en dos etapas. En primer lugar se hace un inventario del conjunto de las rentas y de las deudas, sin distinguir del restante, conforme sean deudas que serán o no susceptibles de ser reescaladas o adiadas o mismo en el caso de se encontraren vencidas, anuladas. Solamente después la comisión confronta estos elementos a fin de determinar si el deudor si encuentra en la situación descrita en el art. 330-1, párrafo 1.”¹⁵¹

Analizadas entonces diferentes nociones de sobreendeudamiento, afirmamos que, por cuanto en otros campos de estudio, el sobreendeudamiento pueda ser estudiado de varias perspectivas y establecidos grados para él, así como métodos de prevención o consecuencias, en el derecho el legislador se encuentra entre el dilema de separar el tratamiento del sobreendeudamiento y el de la insolvencia o, considerándose que el sobreendeudamiento no es más que la insolvencia de los consumidores, tratarlo en el proceso concursal; o una tercera vía, que es la de considerar que el sobreendeudamiento equivale verdaderamente a la insolvencia, pero optándose por un proceso concursal distinto (como apuramos en el anteproyecto portugués del Código del Consumidor).

Llegados a esto punto, hay que analizar si la situación patrimonial de endeudamiento excesivo definida arriba como sobreendeudamiento podrá, o no, corresponder al primer de los conceptos arriba indicados, la insolvencia inminente. Sabemos que la LC y el CIRE están, en su esencia, pensados para el deudor empresario, sea o no una persona física. Los

¹⁵⁰LEITÃO MQRQUES, M.M. [et al], *O Endividamento...*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁵¹Traducción nuestra. FERRIÈRE, F. y CHATAIN, P-L, *Surrendetement ...*, *op. cit.*, p. 47.

consumidores son familiarizados con la palabra sobreendeudamiento y no insolvencia y es por esto, a que se añade otros factores, como sea el coste del proceso concursal, o el elemento psicológico que importa una declaración de insolvencia, la falta de tradición jurídica que los procesos concursales de no empresarios han en estos ordenamientos, que es más rara su utilización por ellos. Pero el hecho de que el proceso concursal reviste el carácter preventivo a que ya nos referimos antes, conlleva un paralelo entre la noción de sobreendeudamiento dada y la de insolvencia inminente presentada. De hecho, a pesar de no correspondieren enteramente como la doctrina afirma¹⁵² (esto es, el sobreendeudamiento no es la insolvencia de los particulares) en términos teóricos, el sobreendeudamiento puede, en determinado grado, siempre que cumplidos los requisitos de la LC, corresponder a un estado de insolvencia inminente, pudiendo el consumidor tratarse en el proceso concursal.

Recordando las nociones de sobreendeudamiento doctrinariamente referidas, en el caso de que encaremos el concepto como un endeudamiento excesivo, pero cumplidos los pagos de ello derivado sin fallos o, por otra parte, cuando el deudor no está endeudado pero sus ingresos ordinarios están casi en la totalidad comprometidos con los gastos normales de la vida familiar, no existe aquí posibilidad de cruzar la noción con la insolvencia, tanto inminente, como actual. Por otra parte, la solución curativa para el deudor que se encuentre en esto estado solo puede ser obtenida de modo extrajudicial, particularmente a través de negociaciones con sus acreedores. Lo afirmamos, toda vez que mirando a los anteproyectos analizados más arriba, creemos que el legislador no tuvo en mente esto tipo de sobreendeudamiento, pero él que comporta una incapacidad de pagos concreta, a fin de que el deudor pueda acceder al tratamiento previsto por la ley.

Recordando las palabras de COLINO MEDIAVILLA,

¹⁵²FERNANDÉZ CARRÓN, E. *El Tratamiento...*, *op. cit.*, p.18, que equipara las dos situaciones. La mayor parte de la doctrina concluye que puede, en algunos casos, existir una correspondencia entre los dos conceptos. PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto...», *Endeudamiento...*, *op. cit.*; TRUJILLO DIÉZ, I. *El sobreendeudamiento...*, *op. cit.*, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE dice incluso que “un endeudamiento excesivo o sobreendeudamiento son síntomas razonables de de una próxima insolvencia, aún cuando no se hayan traducido en un incumplimiento de las obligaciones exigibles”. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. «Artículo 2», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios... op. cit.*, p. 106. Otros hay que tratan aisladamente el fenómeno del sobreendeudamiento, no lo reconduciendo a la insolvencia, como lo hacen LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento ...*, *op. cit.*, y hay quien afirme que no son equiparables, como QUINTANA CARLO, I. «El sobreendeudamiento...» *Estudios sobre la ley...*, *op. cit.*, p. 2257. Este último autor nos dice que, más importante que considerar que sobreendeudamiento e insolvencia no son la misma cosa, es considerar que nunca una situación de sobreendeudamiento puede ser tratada como una insolvencia, especialmente terminando con una liquidación.

[...] cuestión distinta es que, en tales situaciones, haya un grave riesgo de que, sea por hechos imprevisibles y patrimonialmente adversos, sea por un comportamiento inadecuado o negligente del consumidor, se termine incurriendo en una situación de incapacidad general para pagar, es decir, se pase al ámbito de la anormalidad en los cumplimientos, con la consiguiente necesidad de aplicación del procedimiento colectivo correspondiente.¹⁵³

En este caso, no estamos aún hablando de insolvencia, es decir, actual. Pero analizando las palabras del autor, trasladando el grave riesgo que indica para la noción de insolvencia inminente legalmente establecida, en caso de si tratar de un sobreendeudamiento activo, podemos afirmar que, en este caso, el deudor siempre podrá hacer el juicio de prognosis exigido por la ley, y encontrarse en una situación de insolvencia inminente. Por otra parte, en caso de sobreendeudamiento pasivo, por hechos externos y generalmente imprevisibles, en el caso de que la incapacidad de pago no se produzca inmediatamente, el deudor podrá, de la misma forma, depararse con una fuerte probabilidad, derivada del riesgo arriba indicado, existente en virtud de un endeudamiento previo, de encontrarse insolvente a corto plazo.

Por eso, observamos, que es posible, en el caso concreto, que el deudor sobreendeudado pueda recurrir al proceso concursal para enfrentar su insolvencia inminente, tanto em España, como en Portugal, especialmente porque las nociones de sobreendeudamiento de los referidos anteproyectos españoles se equiparan, como veremos, a la insolvencia actual, no se indicando expresamente la inminencia del sobreendeudamiento como requisito posible para recurso al tratamiento del sobreendeudamiento. Como afirma incluso PULGAR EZQUERRA, la definición de sobreendeudamiento, en los anteproyectos analizados, consistía en

(...) una práctica identidad conceptual entre el referido sobreendeudamiento y la insolvencia actual regulada en el art. 2.2., *resultando que un consumidor paradójicamente encontraría una mayor anticipación temporal en el momento de enfrentar sus dificultades económicas en el concepto concursal de «insolvencia inminente»*.¹⁵⁴

Por su parte, el art. 581¹⁵⁵ del anteproyecto portugués del Código del Consumidor se refería a la circunstancia de que el deudor sobreendeudado es aquél que no dispone de bienes o rentas embargables, tanto actuales, como esperados para hacer frente al cumplimiento puntual de sus

¹⁵³ COLINO MEDIAVILLA, J.L. «Concurso de consumidor», *Convergencias y paralelismos ...*, op. cit., p. 7.

¹⁵⁴ PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto...», *Endeudamiento...op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁵ Nos dice dicho artículo que: “1- As pessoas singulares que não disponham de bens ou rendimentospenhoráveis suficientes para assegurar o cumprimento pontual das suas obrigações podem requerer que a respectiva regularização se efectue nos termos de um acordo com os credores ou de um plano judicial de pagamento; 2 - A insuficiência do património determina-se em função dos bens e rendimentos, tanto actuais como esperados, e das obrigações constituídas, ainda que estejam por vencer no momento da apresentação do pedido.”

obligaciones, con independencia de su vencimiento de las deudas. Una vez que este anteproyecto fue elaborado después de la entrada en vigor del CIRE, pretendiendo crear una alternativa judicial al proceso concursal, verificamos que el legislador creaba un presupuesto objetivo amplio que, como observamos, permitiría una equivalencia del sobreendeudamiento así definido a la insolvencia inminente recogida en el art. 3.4 CIRE.

Concluimos que sobreendeudamiento e insolvencia inminente podrán, en uno de los grados del sobreendeudamiento, como definido por la doctrina, cruzarse. Afirmamos tal, por una parte, porque en España, igual que en Portugal, no existen sistemas específicos, legales, para tratar el problema del sobreendeudamiento, debiendo el deudor recurrir al proceso concursal para obtener una solución judicial para su estado patrimonial pudiendo, si sobreendeudado, encuadrar su situación en el presupuesto objetivo del proceso. Por otra parte, las definiciones legales y doctrinarias de ambos conceptos han puntos comunes – cuando hablamos de un deudor que tiene un exceso de deudas, cuyas rentas se tornan, por cualquier motivo, insuficientes para hacer frente a tales deudas y, esencialmente, cuando el deudor prevea, en anticipación, por esos motivos, que no será capaz de cumplir regular e puntualmente, sus obligaciones, no nos resta más que indicar la existencia de insolvencia inminente.

En lo que respecta a la relación entre sobreendeudamiento y insolvencia actual, hemos referido que las nociones de sobreendeudamiento presentes en los anteproyectos se aproximaban de la noción de insolvencia actual que tanto la LC, como el CIRE, presentan.

A pesar de los diferentes criterios adoptados (las proposiciones de ley españolas se orientan para la aplicación del criterio del *cash flow*, el anteproyecto portugués, presenta una mistura entre este y el criterio del *asset*, que el CIRE reserva para las personas jurídicas¹⁵⁶), el sobreendeudamiento allí indicado equivale a insolvencia actual. Verdaderamente, se puede afirmar que la situación patrimonial en que se basa el inicio de los procesos, tanto de tratamiento extraconcursal del sobreendeudamiento, como el concursal, son idénticas.

¹⁵⁶ Ora si bien observamos, el Anteproyecto parece contener un concepto mixto, en oposición al del CIRE, que contempla el primero, lo que nos lleva a concluir, sin analizar la bondad de cualquiera de las definiciones, que el legislador no ha tratado de solucionar al sobreendeudamiento, pero a la insolvencia, lo que conduce a que también, en el ordenamiento jurídico portugués no exista, ni de forma proyectada, una definición de sobreendeudamiento distinta del concepto presente en el CIRE. Véase MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 77 y 78.

Existen, sin embargo, diferencias entre los dos conceptos. En primer lugar, el sobreendeudamiento, nos dice la doctrina, presenta grados. Hemos indicado anteriormente que caso el endeudamiento excesivo del deudor se ponga en una escala creciente, solo los últimos niveles, que corresponden a una imposibilidad de cumplimiento, serán equivalentes a insolvencia, tanto actual como inminente. Señala incluso ZABALETA DIAZ que, “una vez producida la crisis patrimonial es cuando entra en juego la normativa concursal. El estadio anterior es el ámbito del conjunto de medidas de diversa índole relacionadas con la prevención que conforman el tratamiento del sobreendeudamiento”.¹⁵⁷ En segundo lugar, los propios conceptos jurídicos de sobreendeudamiento e insolvencia a que aludimos, presentan pequeñas diferencias.

El primer elemento distintivo es la inclusión de la buena fe en la definición de sobreendeudamiento (o como requisito de acceso, como lo hacia el anteproyecto portugués) y que no existe, obviamente, en la insolvencia. Esto ocurre, como sabemos, en virtud de los intereses protegidos – el tratamiento del sobreendeudamiento se reserva para los deudores que se encuadran en el sobreendeudamiento pasivo y que son los que carecen de especial protección por parte del derecho del consumo. A los restantes, restan los intentos extrajudiciales o el recurso al proceso de insolvencia que no indica cualquier tipo de referencia a la buena fe (incluso en los ordenamientos que determinan normas propias para los concursos de deudores) toda vez que los intereses protegidos son *prima facie*, los de los acreedores. Los aspectos relativos al comportamiento del deudor ante su insolvencia serán analizados, en el proceso concursal, por el juez en el ámbito de la calificación de la insolvencia o, en el caso portugués, también en lo que concierne a la concesión de la exoneración del pasivo restante. Por otra parte, tratándose la buena fe de un elemento subyacente al presupuesto subjetivo, no podría constar, de todos modos, en la definición básica del presupuesto objetivo del concurso.

Por otra parte, en la noción de sobreendeudamiento recogida en los proyectos españoles, el deudor se encuentra sobreendeudado cuando ocurre la imposibilidad de cumplimiento del conjunto de sus obligaciones no profesionales, sean exigibles o no. Aquí, podremos afirmar

¹⁵⁷ ZABALETA DÍAZ, M. «La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm 8, Editorial La Ley, Madrid, 2008, p. 225.

que el concepto legal de insolvencia es más estrecho, toda vez que el criterio solo se cumple ante deudas exigibles, quedando las no exigibles reservadas a la prognosis que se hace en el ámbito de la insolvencia inminente.

Nos parece que el concepto propuesto de sobreendeudamiento es más amplio, permitiendo al deudor recurrir a la protección y tratamiento no solo cuando incumple ciertas deudas exigibles, sino cuando prevea no poder cumplir la totalidad de sus deudas a corto plazo, uniéndose lo que insolvencia inminente y actual separan. Lo que se pone de relieve es entonces el conjunto de las deudas y no las condiciones que estas comportan – en realidad, por mucha que sea la diferencia conceptual entre sobreendeudamiento e insolvencia, ambas dicen respecto, redactados así los preceptos, a un estado de imposibilidad continuada de hacer frente al conjunto de deudas. La diferencia principal, como bien observamos, es la anticipación permitida por el sobreendeudamiento, pero tal también se permite recurriendo a la insolvencia inminente, como hemos visto. Lo que se distingue, aquí, no es verdaderamente el estado patrimonial del deudor que, como definido en estos términos, es muy cercano de aquel definido para la insolvencia, tanto actual, como inminente, pero otros propósitos, como indicaremos enseguida.

En lo que respecta al anteproyecto portugués, el legislador opta por una redacción legal de sobreendeudamiento más original, y más apartada que su congénere española en relación a la principal fuente de inspiración, el *Code la Consommation* francés: en ella se conjugaban las concepciones patrimonial y funcional relativas a la insolvencia, pudiendo el deudor considerar que su patrimonio o sus ingresos ordinarios eran insuficientes para permitir el cumplimiento puntual de las deudas asumidas. Por otra parte, sin lo indicar expresamente, esta noción implica un estado actual de inexistencia de patrimonio o ingresos, por lo que estamos ante algo que nos acuerda más de la insolvencia actual que de la inminente – se pierde así la anticipación querida por esto tipo de práctica de protección del consumidor. Podría incluso afirmarse que la interpretación literal del art. 581 del Anteproyecto, que refería la inexistencia de bienes o rentas embargables, indicaría, en realidad, una situación de insolvencia actual.

Concluimos, por consiguiente, que la noción de sobreendeudamiento puede equipararse a la noción de insolvencia presente en las leyes concursales de los ordenamientos español y portugués, particularmente, cuando se trate de un grado de sobreendeudamiento que excede el

ámbito preventivo, o sea, la protección del deudor anterior al incumplimiento, o posibilidad de incumplimiento, de sus obligaciones.¹⁵⁸

¿En esto sentido, toda vez que la distinción entre sobreendeudamiento e insolvencia se basa en la opción tomada por el legislador – la insolvencia de los consumidores, el sobreendeudamiento así definido, implica un tratamiento legislativo aislado del derecho concursal?

QUINTANA CARLO afirma, por ejemplo, que “no deben confundirse los conceptos insolvencia y sobreendeudamiento; ambos son diferentes no solo a la distinta naturaleza de la situación económica que indican, sino – lo que es más importante, a los efectos que ahora nos interesan – por las soluciones que para regularlo debe arbitrar el ordenamiento jurídico.”¹⁵⁹ En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO afirma que “la institución del sobreendeudamiento no tiene por finalidad básica la satisfacción de los acreedores, sino la adopción de las medidas que permitan al particular superar la situación de endeudamiento a que se ha visto abocado.”¹⁶⁰ También PULGAR EZQUERRA nos dice que

[...] cuando (...) se reclama la necesidad de un texto normativo que regule el sobreendeudamiento del consumidor, en realidad lo que se está promoviendo es la regulación legal de la prevención de la insolvencia del deudor consumidor, pues ni el sobreendeudamiento activo ni el pasivo comportan en todo caso una situación de insolvencia. En efecto, si el deudor sigue cumpliendo sus obligaciones recurriendo por ejemplo al crédito hipotecario (...) al menos a corto plazo, no se encontrará en situación de insolvencia.¹⁶¹

Además, nos indica ÁLVAREZ VEGA, “el sobreendeudamiento hace referencia a un problema más amplio con consecuencias no sólo jurídicas y económicas sino también de cariz social y familiar.”¹⁶²

¹⁵⁸La propia introducción del tratamiento del sobreendeudamiento en el Anteproyecto portugués indica “insolvencia de las personas físicas sobreendeudadas”, demostrando una clara confusión de los dos conceptos. Traducción nuestra.

¹⁵⁹QUINTANA CARLO, I «El sobreendeudamiento de los consumidores y la ley concursal» AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, p. 2257.

¹⁶⁰BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. «El presupuesto...», *Las Claves...*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁶¹PULGAR EZQUERRA, J. «Concurso y Consumidores en el Marco del Estado Social del Bienestar», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, La Ley, Madrid, 2008, p. 47. En el mismo sentido, nos dice GOZALO LOPEZ que “insolvencia y sobreendeudamiento no son términos que aparezcan indisolublemente unidos, sino que, por el contrario, son conceptos que se contraponen en base a las posibilidades del deudor acceder al crédito”. GOZALO LOPEZ, V. «La protección de los consumidores en el procedimiento concursal», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 285.

¹⁶²ÁLVAREZ VEGA, I. «El concurso de consumidor...», *El Futuro...op. cit.*, p. 304.

En realidad, la idea principal que podrá extraerse es que la existencia de una ley de tratamiento del sobreendeudamiento, distinta del proceso concursal, radica en los distintos intereses protegidos – en el primer caso, tratándose de un procedimiento extrajudicial o judicial, son protegidos intereses del deudor consumidor; en el segundo, son valorizados los derechos de los acreedores.

Sin embargo, la existencia de normas propias o específicas en el propio proceso concursal, para la insolvencia de las personas físicas, como ocurre en el ordenamiento jurídico portugués o alemán, demuestra que el derecho concursal puede acoger, con éxito, la insolvencia de los consumidores. Por otro lado, toda vez que ambos proyectos de legislación sobre sobreendeudamiento, tanto españoles, como el portugués, incluían tramitación judicial, no comprendemos la necesidad de duplicación de procesos judiciales, en leyes distintas – el proceso concursal puede acoger, aunque con especificidades, todos los deudores que pretendan recurrir al tribunal. Se podría, por lo tanto, dejar para una ley propia de protección del consumidor, los aspectos relativos a la prevención del sobreendeudamiento y a su tratamiento administrativo o extrajudicial.

Defendemos el mantenimiento de un proceso judicial para la insolvencia/sobreendeudamiento de los consumidores, con adaptaciones, debido a la aun débil implementación de los medios extrajudiciales, tanto en Portugal, como en España, especialmente con relación a las dificultades para la negociación de deudores con los propios acreedores. La existencia de medidas de aplicación jurisdiccional, como sean la exoneración del pasivo restante, o de un plan de pagos forzoso, impiden que indiquemos la eliminación de los tribunales, en estos supuestos, por lo menos ante la realidad jurídica y económica actual, como una medida a implementar. Defendiendo la existencia de un proceso judicial, consideramos que su inclusión en las leyes concursales no comporta una lesión inexcusable a los derechos de los deudores consumidores, o disminuye su protección. Veremos, a lo largo de estas páginas, que esta idea inicial implica, como afirmamos, una modificación al derecho positivo, a pesar de que, como sabemos, el presupuesto subjetivo de tanto la LC, como el CIRE, permitieren la inclusión del deudor consumidor persona física.

Con esta exposición, observándose que sobreendeudamiento e insolvencia actual pueden ser idénticos, para efectos de acceso al concurso, iremos proseguir nuestro estudio de modo a determinar cual es el camino, en el derecho concursal positivo, que compete al deudor consumidor seguir, toda vez que constituye la única vía, judicial, de acudir a su insolvencia.

CAPITULO II

La declaración de insolvencia de los consumidores en la LC y en el CIRE

I - La fase declarativa del proceso

1 – Consideraciones Generales

Este capítulo pretende analizar los aspectos procesales de la insolvencia, valorados los aspectos sustanciales o materiales relativos a los presupuestos subjetivo y objetivo del proceso. Por lo tanto, en este segundo capítulo, analizaremos los criterios relativos a la *legitimación*, distinguiendo los diferentes intervinientes, la cuestión del *deber de solicitud*, como dibujado en ambos ordenamientos, trazaremos el camino por entre la *tramitación procesal*, y miraremos los preceptos relativos al *tribunal* competente, así como a los *costes*, y encerramos con consideraciones sobre el particular caso de la *insolvencia de los cónyuges*.

Teniendo en cuenta la noción de consumidor que presentamos en el primer capítulo, nuestro análisis se circunscribe a los deudores consumidores personas físicas, quedando excluidos de nuestro estudio los consumidores personas jurídicas (que se admiten en España, el art. 3 del RD 1/2007) y los deudores empresarios, sean personas físicas o jurídicas, a pesar de que en la mayor parte de los casos, las normas legales y las soluciones consagradas sean equiparables. No es novedad, como hemos afirmado a lo largo de nuestro estudio, que tanto la LC, como el CIRE, privilegian la insolvencia empresarial, en términos de política legislativa, pero no es menos verdad que el legislador tuvo consciencia de que otro tipo de deudores podría recurrir al proceso concursal como forma de solucionar su estado insolvencial y, por ese motivo, los presupuestos subjetivos se han ampliado, a fin de tornar la reglamentación concursal, en ambos ordenamientos, tendencialmente universal, es decir, apropiada para la mayor parte de los casos de insolvencia.

La especificidad de los deudores personas físicas no fue, todavía, contemplada de igual forma en ambos ordenamientos: en España, la LC se ha mantenido silenciosa relativamente a esto aspecto, mientras que el CIRE ha dictado reglas específicas para el concurso de personas físicas previéndose el plan de pagos y la exoneración del pasivo restante, sin perjuicio de aplicación de las reglas generales en lo que respecta a la declaración de concurso, por lo que la tramitación para la declaración de insolvencia será idéntica para todos los deudores.

Así, en cuanto la LC contempla debidamente el tríptico de la unidad en derecho concursal, legislativa, de la disciplina y del sistema¹⁶³, el CIRE no la presenta de forma pura, por cuanto dice respecto a la última, toda vez que el procedimiento no es único, habiendo especialidades para los concretos deudores que referimos (y también en relación con los pequeños empresarios, como consta de la epígrafe del Capítulo II, Título XII del CIRE) por lo menos en relación a las posibilidades de remedio para la situación de la insolvencia, que veremos en el último capítulo de nuestro estudio, y al hecho de que el incidente de calificación de insolvencia no es aplicable, en virtud de los artículos 259.1 y 36 del CIRE, al deudor consumidor persona física, toda vez que cuando se logre aprobar un plan de pagos, la declaración de insolvencia se produce sin existencia de otras consecuencias que no sean identificación del deudor (según el art. 36 b) y la imposición legal de cumplimiento del plan, como se lee en el art. 218.1, por remisión del art. 260 del CIRE, algo que analizaremos más detalladamente de en el capítulo 4 de este estudio.¹⁶⁴

Lo que perseguimos, con tal análisis procesal, es determinar los caminos por donde el deudor consumidor deberá pasar, observando si la tramitación procesal hasta la declaración de insolvencia es o no adecuada. Para tal, atenderemos a la sistemática de ambos Códigos, comparando lo comparable, pero atendiendo a las especificidades de cada una de las tradiciones jurídicas. En el caso de la LC esta es, esencialmente, un producto de la maduración de la tradición concursal preexistente (a nivel de sistemas, procedimientos, jurisprudencia y doctrina); el CIRE, por su parte, a pesar de mantener parte de las soluciones del CPEREF, demuestra, en su reforma, una fuerte inspiración en la *InSo* alemana (y, en algunos preceptos, en la propia LC), como ya tuvimos oportunidad indicar, creando una ruptura con el sistema antes vigente, que privilegiaba el tratamiento de las insolvencias de las empresas (a pesar de la previsión de procedimientos aplicables a los deudores no empresarios), y habiéndose recuperado también la tradición jurídica del antiguo Código de

¹⁶³Como dice MENÉNDEZ MENÉNDEZ, se considera la “necesidad de la unidad del Derecho Concursal desde una triple perspectiva: “la unidad legislativa”, de suerte que una sola ley regule los aspectos sustantivos y los procesales; la «unidad de disciplina», que elimine los distintos regímenes jurídicos existentes en función del carácter mercantil o no mercantil del deudor; y, en fin, la «unidad de sistema», que alude a la conveniencia de un único procedimiento”. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. «Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad», *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, p. 363.

¹⁶⁴ Sobre este punto, también la LC presenta, en su art. 163.1.1, la posibilidad de que el deudor no esté sujeto a la calificación de la insolvencia cuando apruebe un convenio con una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años.

Proceso Civil de 1961, que separaba los trámites para los deudores empresarios y no empresarios (concretamente en el art. 1313 CPC) y transformando las especificidades previstas en el CPEREF, basándose en la ley alemana.

La existencia de medidas específicas, destinadas a los deudores consumidores personas físicas se justifican y son necesarias, en nuestra opinión, por dos motivos: en primer lugar, por cuanto los deudores consumidores excluidos de eventuales procedimientos administrativos o extrajudiciales de tratamiento del sobreendeudamiento o insolvencia de los consumidores, o sea, los que no superen el criterio de la buena fe, han, obligatoriamente, de recurrir al proceso concursal; en segundo lugar, las soluciones específicas del proceso concursal, si bien adaptadas a la situación concreta de los deudores consumidores, podrán constituir una alternativa válida a los tratamientos del sobreendeudamiento que eventualmente sean creados y, en cuanto tal no se torna una realidad, rellenar el lugar dejado vacío por estos o incluso, en circunstancias particulares, tornarse más eficiente que aquellos, especialmente por la seguridad jurídica que ofrece una decisión judicial, responsabilizando tanto el deudor concursado, como sus acreedores.

2 - Legitimación

El primer paso para caracterizar la apertura del proceso es la determinación de la legitimación para solicitud de la declaración de insolvencia: en la LC, tal se recoge en el art. 3.1, donde se puede leer, en primera instancia que, “*para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores*”.¹⁶⁵

Por su parte, el CIRE no es tan claro en la determinación de la legitimación, toda vez que la reparte, estando los preceptos agrupados por tipo de legitimados¹⁶⁶: la legitimación de los

¹⁶⁵ Excepto los acreedores, que en virtud del art. 3.2, hayan adquirido el crédito que sustenta la solicitud en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso, por acto inter vivos, a título singular y después de su vencimiento).

¹⁶⁶El propio CIRE distingue entre dos tipos de legitimados, toda vez que el art. 2.3 nos dice que el deudor se *presenta* (solicita) a la insolvencia y los otros legitimados echan mano de una *solicitud de declaración de insolvencia*, lo que se opone a la fórmula más sencilla de la LC. Se pretendió, así, separar las dos legitimaciones, no solo porque los fundamentos de solicitud, como veremos, no son los mismos (insolvencia actual o inminente para los deudores y hechos externos para los otros legitimados), como la tramitación también no lo será (en virtud de que el deudor solicita la apertura del concurso y, sin intervención de otras partes, se declara la insolvencia de acuerdo con el art. 28, tal como previsto en el art. 14 de la LC). Nos parece que la elaboración de la norma de la LC es más sencilla, colocando la legitimidad en una única norma general y desarrollando posteriormente los criterios, por separado para cada uno de los legitimados. Aquí no se ha buscado la

deudores puede encontrarse en los artículos 18, párrafos 1 y 2¹⁶⁷, y 19; la legitimación de los restantes legitimados (acreedores, responsables legales por las deudas y Ministerio Público), en el art. 20.¹⁶⁸ Añadiendo a esto, aunque no se tratando directamente de un precepto sobre legitimidad, el CIRE prevé la posibilidad de coligación inicial de los cónyuges en el concurso, en el art. 264 y ss., lo que permite, por razones de economía procesal, tratar en el mismo proceso los casos de insolvencia de ambos cónyuges, lo que parece indicar, aun que de forma incipiente, la consagración de las insolvencias familiares.¹⁶⁹

simplicidad de la *InSo*, como se recoge en la LC, que dice simplemente, en relación a la legitimidad, que “el procedimiento de apertura es iniciado solo a instancia de parte. Legitimados para la solicitud están los acreedores y el deudor”. GOZALO LOPEZ, V. «Texto de la Ordenanza...», *RDM*, *op. cit.*, p. 566.

¹⁶⁷Establece dicho artículo: “1 - O devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 60 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la. 2 - Exceptuam-se do dever de apresentação à insolvência as pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência.”

¹⁶⁸La LC no prevé que el Ministerio Fiscal pueda iniciar el procedimiento y, como refiere GONZALÉZ NAVARRO, “pese en que la instrucción de diligencias penales sobre delitos económicos pudieran aparecer indicios de sobrepago de los pagos de un imputado que justificarían que el Ministerio Público actuara directamente.” Su actuación se prevé solo en el art. 4 LC y “se limita a marcar la actuación del Fiscal extra concursalmente, si se me permite el palabra, es decir, no en el concurso, sino en las diligencias penales, y con efectos de mera comunicación”. GONZALEZ NAVARRO, B.A. «Los presupuestos del Concurso», *Diario La Ley*, *op. cit.*, disponible en www.laleydigital.es. Para más desarrollo, véase CANDAU PÉREZ, A. «Artículo 4», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Lex Nova, Tomo I, p. 178 y ss y MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, M. «Artículo 3», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 116 y ss., donde se indica que “el Derecho Concursal español ha mantenido la vigencia del principio dispositivo en nuestras instituciones concursales por lo que, en ningún caso, se ha admitido la iniciativa de oficio por el Juez o el Ministerio Fiscal en la apertura de los procesos concursales”. Por otra parte, el Ministerio Público, mismo estando indicado en el art. 20 del CIRE no dispone de legitimación autónoma, por lo menos en términos materiales, es decir, el Ministerio Público surge como representante en el proceso de un acreedor en particular, o sea, el Estado, según el art. 3.1 a) del Estatuto del Ministerio Público, aprobado por la Lei 47/96, de 15 de octubre, alterada por las leyes 2/90, de 20 de enero, 23/92, de 20 de agosto, 10/94, de 5 de mayo y republicado por la Lei 60/98, de 27 de agosto, disponible en http://www.pgr.pt/portugues/grupo_pgr/mp_lei60-98/indice.htm y consultada por ultima vez el 18 de marzo de 2010. El propio CIRE, en su art. 13.1, permite que el Estado y otras entidades públicas se hagan representar por otras entidades que no el Ministerio Publico. CARVALHO FERNANDES y LABAREDA nos dicen, sobre este aspecto, que “demuestra la experiencia de vida que esta eventualidad ocurre raramente. Normalmente, las entidades públicas solo intervienen cuando hay una iniciativa de otros, sea el propio deudor, o de un acreedor particular.” Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código... op. cit.*, p. 111. En otro sentido, SERRA nos dice que el Ministerio Público puede actuar no solo como representante de entidades públicas pero como parte autónoma, en defensa de otros intereses públicos. Dice la autora que “(el MP) interviene como titular de intereses públicos de tipo no patrimonial, no encabezados por el Estado pero por la colectividad (...) relacionados con el crédito y la economía. Es también para la defensa de estos que, según el derecho positivo, el MP es (...) admitido a solicitar la declaración de insolvencia.”. Traducción nuestra. SERRA, C. *A Falência... op.cit.*, p. 420. No se observa, como indicado anteriormente, sin embargo, cualquier actuación práctica del MP en este campo.

¹⁶⁹Economía procesal en su vertiente de economía de actos y formalidades, como nos apunta LEBRE DE FREITAS. Para más desarrollo, LEBRE DE FREITAS, J. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 164. En el caso de la LC, se prevé, en el art. 3.5, que los cónyuges puedan ser demandados conjuntamente por sus acreedores, en determinadas circunstancias. Mayor desarrollo de esta cuestión en el último punto de este capítulo.

Observamos que la legitimación indicada permite cubrir los *intereses privativos de los diferentes intervinientes* en el proceso concursal, toda vez que, en primera instancia, estando protegidos los intereses de los acreedores, se permite también que el propio deudor, que mejor conoce su estado patrimonial, pueda iniciar el proceso.¹⁷⁰ El proceso concursal es apto para acoger los distintos objetivos que basan la búsqueda por parte del deudor o de sus acreedores, adaptándose la tramitación procesal a dicha búsqueda. Empezaremos nuestro análisis por la figura del deudor, completándose este capítulo con el acceso al proceso por parte de los acreedores, una vez que, en el caso del deudor consumidor persona física, la legitimación se encuentra, en regla, restringida a estas dos circunstancias.

2.1 - El deudor

La legitimación procesal del deudor es un presupuesto básico de la reglamentación concursal, sea el deudor una persona física o jurídica, personificando o no un empresario: en primer lugar porque corresponde al presupuesto subjetivo del concurso, como recogido en los art. 2.1 a) CIRE y 1.1 LC.

Significa esto que el deudor persona física puede ser sujeto pasivo de un proceso concursal, afectando la declaración de insolvencia a su patrimonio. En segundo lugar, como hemos indicado, el proceso concursal, a pesar de consagrar la satisfacción de los derechos de los acreedores como el interés privado primordialmente protegido, dice también respecto al

¹⁷⁰Sobre este aspecto, véase la opinión de SERRA, que afirma que “pueden desde pronto evocarse los medios al servicio (y a cargo) del deudor, sobretudo el derecho (y deber) de solicitud”, mientras que los acreedores tienen “en el proceso de insolvencia, dos poderes de acción judicial fundamentales: el poder de proponer la apertura del proceso/requerir la declaración de insolvencia (...) y el poder de reclamar sus créditos”. Todo, continua la autora, porque el “proceso de insolvencia se dirige, esencialmente, a la protección de los intereses privados y, en la “confrontación de fuerzas” implícita en cualquier disciplina jurídica, prevalentemente a los derechos de los acreedores”. Traducción nuestra. SERRA, C. *A Falência...*, *op. cit.*, p. 252. En el mismo sentido, nos dice DE LA CUESTA RUTE que “el derecho concursal, por significativos que sean los avances humanizadores y de justicia que lo informen no puede nunca abdicar de la finalidad que le es propia: la satisfacción de los acreedores.” DE LA CUESTA RUTE, J.M. «Persona física y consumidor», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor*, *op. cit.*, pp. 113-114. El deudor, no es, sin embargo, olvidado, por cuanto afirma GONZÁLEZ NAVARRO que la LC es “un instrumento del deudor para sanear o liquidar su actividad patrimonial, mercantil o no, con el horizonte, explícitamente descrito por la Exposición de Motivos, de que la misma pueda continuar” y CRISTAS, que dice que “el derecho de la insolvencia (...) trata, por lo tanto, de regular un proceso tendiente a la obtención de un resultado que es, primordialmente (todavía no exclusivamente), la satisfacción de los intereses de los acreedores”. Traducción nuestra. Respectivamente, GONZALEZ NAVARRO, B.A. «Los presupuestos del Concurso», *Diario La Ley*, n.º 6250, *op. cit.*, disponible en www.laleydigital.es y CRISTAS, A. «Exoneração do devedor pelo passivo restante», *Themis*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 166.

encuentro de soluciones adecuadas al deudor, protegiéndose, precisamente, en segunda línea, los intereses privados del deudor.

Dibujada la legitimación del deudor, de acuerdo con los dos motivos indicados, observamos que aquél puede ser llamado a juicio por otro legitimado pero, esencialmente, puede iniciar el proceso, cumpliendo el doble objetivo de encontrar solución para la insolvencia que le afecta (inminente o actual, como sabemos) y, simultáneamente, encontrar forma de proveer la satisfacción de los acreedores. Así, el deudor, como hemos visto, encuentra prevista la legitimación procesal activa para iniciar el proceso en los artículos 18.1 y 2 CIRE y 3.1 LC, complementándose estos artículos con los restantes relativos a los presupuestos formales de la solicitud, que veremos enseguida (art. 6 LC y 23 y 24 CIRE).

Según ROJO, “el deudor tiene el derecho a solicitar la declaración de concurso [...] este derecho es independiente de la conducta del deudor anterior a la presentación de la solicitud; es independiente de que existan o no bienes con los que pueda satisfacer a los acreedores”.¹⁷¹ Sin embargo, nos dice RONCERO SANCHÉZ que “al contrario de lo que sucede con el resto de legitimados para instar el concurso que estarán facultados para ello, el deudor viene legalmente obligado a solicitar la declaración de concurso”¹⁷² en caso de verificación de insolvencia actual, cuestión que desarrollaremos en el punto siguiente y que solamente es relevante en España, toda vez que el CIRE eliminó tal deber para las personas físicas no empresarias. La legitimación del deudor, recordamos, permite que este pueda recurrir al proceso de forma preventiva o, observándose la insolvencia actual, de modo a obtener una solución, preferentemente rápida – la imposición de un deber de solicitud será la forma de la ley evitar el agravamiento del estado de insolvencia y sus consecuencias tanto para el deudor, como principalmente para sus acreedores, por ejemplo. Pero, como se observa, la legitimación del deudor, en cuanto derecho o deber, no es de clasificación homogénea, en los ordenamientos que estudiamos.

La fundamentación de los presupuestos subjetivos de ambos ordenamientos son también distintos. En España se ha mantenido la personalidad jurídica como criterio, mientras que en

¹⁷¹ROJO, A. «Legitimación», (art.3) ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, p. 199.

¹⁷²RONCERO SANCHÉZ, A. «Artículo 3», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid., p. 174.

el régimen portugués se ha optado por un criterio amplio de autonomía patrimonial. Nos dice, incluso, SÁNCHEZ-GUILARTE CALERO que

[...] puede concluirse que la exigencia de personalidad jurídica en el sujeto del concurso es una consciente decisión del legislador, orientada a negar el acceso al procedimiento concursal de deudores con un estatuto difícilmente compatible con algunos de los aspectos fundamentales del sistema y cuyos acreedores cuenten en la mayoría de los casos con la posibilidad de cobrar sus créditos actuando contra otros responsables de los mismos.¹⁷³

En nuestro caso concreto, tratamos de deudores personas físicas que, en virtud de la personalidad jurídica y sin importar su calificación como empresarios o no, independientemente de su capacidad jurídica plena, pueden desencadenar el proceso, siempre que resguardados los requisitos de la representación legal, proveyendo, así, el requisito de la capacidad concursal, que les permite estar en juicio. Como nos dice ROJO

[...] para ser declarada en concurso una persona física no necesita tener capacidad de obrar: es indiferente que la persona natural sea menor de edad o haya sido declarada incapaz. El representante legal del menor o del incapaz podrá solicitar el concurso del representado; y podrá también oponerse a la declaración de concurso iniciado por cualquier legitimado.¹⁷⁴

Idéntica idea puede encontrarse en el art. 19 del CIRE, que nos dice que “*no se tratando el deudor de una persona física capaz, la iniciativa de la solicitud corresponde al órgano social incumbido de su administración, o, si no fuera el caso, a cualquiera de sus administradores*”. Este artículo, en aras de ser totalmente comprendido, carece del soporte del art. 6.1 b), que nos indica que para efectos de aplicación de las normas del CIRE, se consideran como administradores “*tratándose el deudor de una persona física, sus representantes legales y procuradores con poderes generales de administración*”. En relación con este punto, nos dicen CARVALHO FERNANDES y LABAREDA que

[...] creemos que la referencia a los representantes legales debe entenderse en sentido amplio, a fin de abarcar no solo las situaciones en las cuales el representante resulta directamente de la ley como otras en las cuales su designación, traduciendo un acto específico, extraño a la voluntad del representado, surge por vía del accionamiento de mecanismos legalmente establecidos.¹⁷⁵

¹⁷³SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Artículo 1», SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume I, Lex Nova, Valladolid, 2004., p. 47 y 48.

¹⁷⁴ROJO, A., art. 2, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op.cit.*, p. 145. Las normas legales aplicables para suplir tal incapacidad son los artículos 162 y 222.1 C.C, en caso de minoridad, y los artículos 222.2, cuando se trate de un incapacitado, correspondiendo la representación a los padres y a los tutores, respectivamente.

¹⁷⁵CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código da Insolvência...*, *op.cit.*, p. 86. Traducción nuestra. Los autores indican aquí a las situaciones de ausencia del insolvente y los institutos de la curaduría provisoria y definitiva. Por su parte, en España, MORILLAS nos refiere la cuestión de la ausencia en el sentido de posibilitarse también la apertura de un concurso. MORILLAS, M.J. «Deber de solicitar la declaración de concurso», (art.5), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 233 y 234. Las situaciones normales son las incapacidades derivadas de minoridad, interdicción

Sintetiza también CARRON que

[...] a la persona física no comerciante o empresaria, por el mero hecho de ser un potencial deudor insolvente, la LC le concede capacidad para ocupar la posición de concursado, siempre que su domicilio radique en España, capacidad que se encuentra directamente unida, de un lado, a la general de ser sujeto de derechos y obligaciones en los términos del art. 29 CC, y de otro, a la capacidad de ser parte en los procesos [...].¹⁷⁶

Sin embargo, como indicamos y veremos posteriormente, el legislador no ha olvidado, aunque basándose en el criterio de la personalidad jurídica y no en aquel de autonomía patrimonial, los aspectos familiares, siendo que, en Portugal, se posibilita la declaración conjunta de insolvencia, requerida por o contra deudores casados y, en ambos ordenamientos, la acumulación de concursos declarados por separado. En el caso español, el proyecto de reforma de 2011 reformula estas cuestiones, permitiendo la demanda conjunta, como vamos a exponer adelante, en virtud del aumento, desde la entrada en vigor de la LC, de la solicitud conjunta por parte de los cónyuges.

2.2 – Los restantes legitimados

La legitimación para solicitar la declaración de insolvencia de cualquier tipo de deudor no se restringe al propio. El proceso de insolvencia trata, esencialmente, como hemos indicado muchas veces, de los intereses de los acreedores. Como nos bien traduce CARVALHO

e inhabilitación. Esta última tiene particular interés, por vía del elemento patrimonial que a ella se asocia, con la posibilidad de determinación de la inhabilitación civil basada en la prodigalidad, que es caracterizada por MOTA PINTO como la práctica habitual de “actos de dilapidación patrimonial (...). Se trata de actos de disipación, de gastos desproporcionados de rentas, improductivos e injustificables” y que puede conducir a una solicitud de concurso si se determina, dentro del ámbito de la representación operada por el curador y con acuerdo del tribunal, adecuado a la situación concreta del representado. Traducción nuestra. MOTA PINTO, C.A. *Teoria Geral, op. cit.*, p. 236. Por otro lado, ESTEBAN RAMOS indica también la necesidad, en estos supuestos, de encuadrar la normativa prevista en la Ley sobre protección patrimonial de personas con discapacidad, de 19 de noviembre de 2003, “que establece la posibilidad de organizar, para las personas afectadas por una incapacidad definida en la ley, un patrimonio separado que quedaría inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad”, con una eventual declaración de insolvencia relativa al menor o incapacitado, cuestionándose la posibilidad de encuadramiento de este patrimonio en la masa pasiva o de algún modo lo considerar desafectado. Sobre dicha posibilidad, nos dice DUQUE DOMÍNGUEZ que “en principio, el patrimonio separado quedará incluido en el patrimonio del menor o incapacitado declarado en concurso; pero dentro del procedimiento del concurso, ¿podrá ser separado de la masa concursal sustrayendo sus elementos a la acción liquidadora de la administración concursal? ESTEBAN RAMOS, L.M. «El presupuesto subjetivo del concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, La Ley, Madrid, 2009, p. 154, 2009 y DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «Artículo 1», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios...* Tomo I, *op. cit.*, p. 70.

¹⁷⁶ FERNÁNDEZ CARRON, E. *El Tratamiento...*, *op. cit.*, p. 28. La cuestión del domicilio se plasma en el art. 10.1 de la LC y en el 7.1 CIRE, sobre la competencia de los tribunales.

FERNANDES, los acreedores en el proceso se mueven a “título individual, en la defensa de sus intereses egoístas, o a título colectivo, en la defensa de sus intereses comunes”.¹⁷⁷

De acuerdo con esta perspectiva, que no presenta diferencias de fondo en relación con la pretensión del deudor, los restantes legitimados desean, en el proceso, “la obtención de una sentencia judicial que declare la situación de insolvencia y desencadene los mecanismos jurídicos adecuados a las necesidades especiales de tutela creadas por aquella situación”.¹⁷⁸ Sin embargo, en este caso concreto, el primer impulso procesal hay como propósito obtener el cumplimiento de deudas y tiene en consideración, especialmente, los intereses de los acreedores. Por este motivo, podemos afirmar que no será común la utilización del proceso concursal en el caso de los deudores consumidores personas físicas, toda vez que sus acreedores, actuando en nombre de sus intereses individuales, optan normalmente por una ejecución singular y no por el proceso de insolvencia, debido al hecho de que el proceso no solo es más sencillo y implica menores costes, como son tutelados de forma más directa sus intereses.

La legitimación de otros interesados puede encontrarse en el art. 20.1¹⁷⁹ CIRE y 3.1¹⁸⁰ LC: en el primero se puede leer que es posible a los acreedores, a los responsables legales por deudas

¹⁷⁷CARVALHO FERNANDES, L.A. «O CIRE na evolução do regime...», *Colectânea de Estudos ...*, op. cit., p. 72. La primera modalidad se caracteriza por la posibilidad del acreedor poder desencadenar la apertura del proceso, como legitimado, siendo que también surge en la reclamación individual de los créditos en el proceso. Por otra parte, la segunda modalidad es caracterizada por la intervención de los acreedores en los órganos del proceso, o sea, comisión y junta de acreedores, que tiene el importante papel de optar por la solución de saneamiento o liquidación del deudor, entre otros que permanecen en la esfera de los intereses colectivos.

¹⁷⁸ Traducción nuestra. SERRA, C. *A Falência...op. cit.*, p. 263.

¹⁷⁹ El artículo 20 CIRE, establece que: “1 - A declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando-se algum dos seguintes factos:

- a) Suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas;
- b) Falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações; [...]
- d) Dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruinosa de bens e constituição fictícia de créditos;
- e) Insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor;
- f) Incumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou em plano de pagamentos, nas condições previstas na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 218.º;
- g) Incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas de algum dos seguintes tipos:
 - i) Tributárias;
 - ii) De contribuições e quotizações para a segurança social;
 - iii) Dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato;
 - iv) Rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha a sua sede ou residência [...]

del insolvente y al Ministerio Público, instar el proceso; en el segundo, solamente son elegibles los acreedores (el art. 3.4 LC determina que, fallecido el deudor, caso la herencia se encuentre aceptada, son también legitimados los herederos y el administrador de la herencia, de forma excepcional).¹⁸¹

En realidad, en estos supuestos concretos que analizamos, a pesar de la extensión legal que realiza la ley portuguesa, la situación normal, cuando el proceso no es iniciado por el deudor, será precisamente que sean acreedores, y no otros legitimados, a iniciar el proceso.¹⁸²

Tomando, pues, como figura principal, los acreedores, estos no están sujetos a un deber de acción, pero su solicitud es incentivada por la ley, como se puede comprobar por los art. 91.6 LC y 98.1 CIRE, que atribuyen un privilegio general hasta la cuarta parte de su crédito (no se tratando de un crédito subordinado). Por otra parte, al acreedor es lícito el desistimiento, como se puede inferir por la lectura de los art. 21 CIRE y 186.2 LC, siendo que en Portugal el desistimiento puede ser planteado hasta el auto declaratorio de la insolvencia, mientras que en España se trata de un desistimiento posterior a la declaración de insolvencia, sujeta a una audiencia previa de los restantes acreedores, situación que, como vimos antes, no se extiende a los deudores solicitantes.

¹⁸⁰Establece el dicho artículo que: “1 - para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores.”

¹⁸¹Ambas leyes indican que los acreedores son legitimados, aunque su crédito sea sujeto a una condición, siempre que tal sea comprobado, independiente del tipo de crédito en cuestión o de su montante.

¹⁸²Esto porque, no solo el Ministerio Público actúa en representación de un acreedor (el Estado), como la definición de responsables legales por deudas del insolvente, prevista en el art. 6.2 CIRE indica que se tratan de aquellos que respondan personal y de forma ilimitada por las deudas del insolvente, aunque subsidiariamente, lo que retira la posibilidad de empezar el proceso a los garantes personales (en esta calidad, pudiendo hacerlo en caso de haber sido activada la garantía, como acreedores, o como acreedores condicionales), que solo responden por parte de las deudas, lo que se sería el caso más frecuente en el caso de personas físicas consumidoras. Estos responsables legales se relacionan directamente con entidades empresariales o personas jurídicas (por ejemplo, los socios en determinados tipos de sociedades), por lo que nos restan, en los casos del deudor persona física consumidora, los acreedores como legitimados para instar el proceso.

3 – El deber de solicitud

Una de las cuestiones más interesantes de entre las que gravitan en torno de la legitimación para instar el proceso de insolvencia, es la planteada por el art. 5 LC¹⁸³, que impone el deber de solicitud al deudor “*dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*”. Más interesante en un doble sentido, toda vez que el legislador no establece cualquier diferencia en lo que respecta al tipo de deudor en cuestión y porque, teniendo en cuenta las especificidades del concurso del deudor no empresario, se puede plantear la cuestión sobre la relevancia de un deber de solicitud universal. Esto porque, en aras de semejante situación, el CIRE indica, en su artículo 18.2, que quedan excluidas de tal deber las personas físicas que no sean titulares de una empresa en la fecha que incurran en la situación de insolvencia, debiendo, sin embargo, de modo a obtener la exoneración del pasivo restante, iniciar el proceso dentro de los seis meses posteriores a la referida fecha (conforme se dice en el art. 238.1 d) del CIRE)¹⁸⁴.

En lo que respecta al derecho derogado, observamos que la LC introduce un concepto novedoso, al imponer claramente un deber de solicitud para todos los deudores, lo que no ocurría en el derecho precedente, con excepción, curiosamente, del caso del concurso de acreedores, fórmula aplicable a los deudores no empresarios, en el art. 1913 del C.C. español¹⁸⁵, que imponía el deber de solicitud en casos de insolvencia actual. En la suspensión de pagos y en la quita y espera, el inicio del proceso por parte del deudor dependía de su

¹⁸³ Establece dicho artículo que: “1 - El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4, haya transcurrido el plazo correspondiente.3. El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente”.

¹⁸⁴ El art. 18.1 establece, de forma muy semejante al que ocurre en la LC, un deber de solicitud del deudor empresario (sea cual sea la forma de organización empresarial utilizada, es decir, sea un empresario que actúe individualmente o una persona jurídica, como sea una sociedad mercantil).

¹⁸⁵ Dicho artículo establecía que el deudor cuyo pasivo fuera mayor que el activo y hubiera impagado sus obligaciones corrientes, “deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida.”

voluntad y, en la quiebra, la existencia del deber de solicitud no se quedaba clara, siendo defendida por la jurisprudencia.¹⁸⁶

Por otro lado, el CIRE ha mantenido la existencia de un deber de solicitud, procedente del derecho derogado, por vía del art. 6 del CPEREF, (extensible a los deudores no empresarios por remisión del art. 27.2 de dicho Código), pero ha alargado su ámbito de aplicación a todas las situaciones de insolvencia actual y no solo, como constaba en la anterior legislación, en caso de verificación del criterio previsto en art. 8.1 del CPEREF, que indicaba que el deber de solicitud solo operaría cuando en el caso de incumplimiento definitivo de una o más obligaciones que por su montante o circunstancias de tal incumplimiento pudiera revelar la incapacidad del deudor en cumplir puntualmente sus obligaciones (redacción transpuesta para el art. 20.1 b) del CIRE, que analizaremos posteriormente) – presunción de insolvencia que serviría (como actualmente sirve) de fundamentación para la demanda por parte de los acreedores.

Significa esto que el CIRE hace dos modificaciones importantes: por un lado existe una ampliación de la base de sustentación del deber de solicitud, que no se fomenta, por principio, en ningún hecho externo, pero en la verificación de una situación de insolvencia actual, a constatar por el deudor (observamos que la regla presenta excepciones, que se basan precisamente en los hechos externos); por otro se excluyen, como hemos visto, los deudores no empresarios de tal deber, no solo porque el concurso de no empresarios fue considerado residual en relación a los concursos empresariales, durante la vigencia del derecho derogado, sino porque los intereses privativos de los acreedores merecen mayor protección en caso de insolvencias empresariales. Por otro lado, la imposición de un deber de solicitud, tratándose de un concurso de consumidor, también puede ser considerada excesiva cuando le sea posible el recurso a alternativas (lo que no ocurre en el derecho portugués, hablándose de

¹⁸⁶Para más desarrollo sobre el derecho derogado, MORILLAS, M. J. «Artículo 5», ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 229 y ss, MARCOS GONZALÉZ LECUONA, M. «Artículo 5», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios...*, Volume I, *op. cit.*, p. 135 y 136 y BLANCO BUITRAGO, R. «Consecuencias del incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso: la calificación culpable del concurso» en AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo V, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, pp. 4896 y ss. La defensa del deber de solicitud para situaciones de quiebra se comprende por forma a hacer equivaler las soluciones del concurso de acreedores (civil) y del proceso de quiebra (mercantil), toda vez que se puede considerar más importante que el deudor empresario, de molde a defender los intereses (privados o públicos) patentes en el proceso, debería ser instado a iniciar el proceso lo más rápido posible a fin de no agravar su estado y perjudicar los principales interesados. Se observa que la LC, en virtud de la unidad procesal, mantiene tal previsión legal.

procedimientos alternativos legalmente establecidos) o por si considerar que existiría una ingerencia del legislador en la esfera jurídica del deudor, imponiéndole un deber que podría conducir a la liquidación de su patrimonio o a comportar elevados costes procesales.

Toda vez que la ley portuguesa ha prescindido de extender el deber de solicitud a los deudores no empresarios, nos quedaremos, por ahora, en el análisis del precepto contenido en el art. 5 de la LC. Empezando con la afirmación de que se trata de un deber legal, impuesto al deudor y que, en caso de incumplimiento, implica el surgimiento, de acuerdo con el art. 165.1 de la LC, de una presunción de culpa (en sentido amplio), *iuris tantum*, que puede llevar, en caso de comprobación de la culpa del deudor al retrasar el inicio del proceso, a las consecuencias previstas en el art. 172 de la LC, que veremos en el tercer capítulo, a efectos de calificación culpable de la insolvencia. MORILLAS nos dice con claridad que “estamos ante un auténtico *deber legal*, y no ante una obligación legal, por cuanto que la norma no asegura su cumplimiento coactivo, sino que únicamente se impone sanciones para el caso de incumplimiento”.¹⁸⁷

Actualmente, esta es la única sanción que adviene del incumplimiento indicado, porque el RD 3/2009 ha eliminado la prohibición de solicitud de un convenio anticipado por parte del deudor que no cumple el deber de solicitud, como recoge el art. 10.4 de dicho RD. Incluso, por aplicación del nuevo art. 5.3 LC, introducido por el susodicho RD, el deudor que haga llegar al tribunal, en el plazo de dos meses, la información de que ha empezado negociaciones con sus acreedores para admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, no está obligado al cumplimiento del deber de solicitud en el plazo fijado en la ley, como veremos adelante.

Pero, a pesar de la sanción impuesta y del hecho que el deber de solicitud protege, en gran plano, el patrimonio que sirve de garantía general de los acreedores, impidiendo su mayor deterioro con los retrasos provocados por la inactividad del deudor, no es menos verdadera la afirmación de que, cuanto más rápidamente el deudor inicia el proceso, las ventajas de obtener una solución satisfactoria también para sí propio, contornando la liquidación como final del proceso, no son despreciables. Los fundamentos aducidos para la imposición de un

¹⁸⁷ MORILLAS, M.J. «Artículo 5», ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 231.

deber de solicitud se aprecian en dos vértices, el relativo a los acreedores, los principales protegidos por la reglamentación concursal, y el de los deudores, aunque en segunda línea.

No olvidamos, sin embargo, igual que indica SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, que “estamos ante un deber que alcanza a cualquier deudor, sea comerciante o no, persona natural o jurídica. A pesar de ese alcance general, el propio precepto apunta de manera implícita a las personas jurídicas, al fijarse un plazo coincidente con el que enuncian determinadas leyes societarias”.¹⁸⁸

Lo que significa que, en nuestro campo de estudio, se presente con mayor dificultad la justificación para el deber de solicitud, toda vez que la LC no prevé especificidades para el tratamiento de la insolvencia de los consumidores y, como tal, no se abstuvo de imponer tal deber de forma universal para todos los deudores, lo que se recoge de la lectura de la Exposición de Motivos de la LC, que dice “el sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer los acreedores.”

La aplicación y adecuación de tal deber a los deudores consumidores es, por eso, una cuestión que el legislador responde con apelación a la universalidad de las soluciones legales presentadas, pero, en concreto, el escaso recurso de estos deudores determinados a la solución concursal es, particularmente, una consecuencia del inadecuado tratamiento que les proporciona la LC. Nos parece, sin embargo, que la imposición del deber de solicitud debería acompañarse de normas específicas para la insolvencia de consumidores, de modo a potenciar los beneficios que el deudor puede extraer del recurso al proceso concursal.

La doctrina, por su parte, basándose en la duplicidad que referimos arriba, identifica varios fundamentos para la imposición de tal deber de solicitud, como sean evitar el retraso en la apertura del proceso, que beneficia ambas partes, en la doble vertiente que permite encontrar una solución que no se base únicamente en la venta judicial de los bienes del deudor, así como permite una conservación adecuada del patrimonio sobrante del deudor – la apertura

¹⁸⁸SANCHEZ-GUILARTE CALERO, J. «Artículo 5», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume I, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 194.

oportuna del proceso, permite, además, al deudor, participar activamente en la definición de la solución para su propia insolvencia, toda vez que puede entregar una propuesta anticipada de convenio, como hemos indicado y, por su parte, asegura a los acreedores que el patrimonio del deudor no se deteriora en relación al momento en que se observa la insolvencia actual.

Basándose en estos fundamentos y teniendo en cuenta las sanciones impuestas por el incumplimiento del deber de solicitud, a que se añaden las eventuales consecuencias de un concurso necesario, con los efectos previstos en los art. 21.1.2 y 40.2 LC (la pérdida, durante la el concurso, de los poderes de administración y disposición del deudor), es de plantear la necesidad de imposición de un deber de solicitud en los concursos de consumidores. No ponemos, evidentemente, en cuestión, la ventaja de anticipación del inicio del proceso que expusimos – no olvidamos, también, que el tratamiento disponible en la LC, aunque insuficiente, como veremos, es el único tratamiento legal previsto para la insolvencia.

Pero no podemos desconsiderar la importancia de tal deber legal en virtud de su incumplimiento generalizado, toda vez que el panorama presentado es el de que los deudores no recurren a la LC en casos de insolvencia de particulares (por falta de información, por sus elevados costes, monetarios y temporales, entre otros motivos), debiendo las razones de incumplimiento del deber ser analizadas en un plano *macro*. Debemos intentar comprender si, aunque en caso de tratamiento legal adecuado, el deber de solicitud debe ser extensible a los consumidores – pregunta a que respondemos, primariamente, de forma negativa. En esto sentido, VEGAS TORRES, *apud* FERNANDÉZ CARRÓN, explica que

[...] si bien es cierto que el deudor tiene interés en su propia declaración de concurso, puesto que en determinadas circunstancias puede lograr un «respiro» en la presión de los acreedores y aprovecharlo para intentar lograr un convenio antes de proceder, si no se alcanzara el acuerdo, a una ordenada liquidación de su patrimonio, la legitimación basada en el interés propio del deudor no justifica la imposición de un deber de pedir la declaración de concurso.¹⁸⁹

Este es nuestro punto de partida para comprender la dimensión del deber de solicitud que, como nos indica el art. 5.1 LC, implica que el deudor solicite la apertura de su concurso en un plazo de *dos meses* desde la fecha de conocimiento, o obligatoriedad de conocimiento, de su insolvencia.

¹⁸⁹FERNANDÉZ CARRON, C., *El tratamiento...*, *op. cit.*, p. 39.

3.1 – Caracterización legal del deber de solicitud

Varios son los elementos que resaltan de la norma, siendo que, en primer lugar, la situación de hecho que determina el deber es la verificación de los supuestos de insolvencia actual previstos en el art. 2.2 LC, o sea, la incapacidad estructural y permanente de cumplir las obligaciones vencidas. Dudas podrían plantearse en virtud de la redacción de la norma, que habla en conocimiento (actual y efectivo) y en deber de conocimiento de la situación de insolvencia, lo que podría indicar que el plazo para cumplimiento del deber podría iniciarse en situaciones de insolvencia inminente (donde el deudor hubiera debido conocer su insolvencia). Dos hechos en contra esta interpretación disipan tales dudas: por un lado, la posibilidad de anticipación del concurso por vía de la verificación del presupuesto objetivo que se base en la insolvencia inminente se ha presentado como un poder del deudor y no como un deber; por otro lado, el art. 5.2 rellena el concepto de *hubiera debido conocer* recurriendo a la presunción *iuris tantum* en ello presente, es decir, el deudor, observados algunos de los hechos externos que permiten a los otros legitimados el inicio del proceso (presentes en el art. 2.4 LC), no puede negar el conocimiento de la situación de insolvencia.

Esto significa que, en caso de pronóstico (fundamentado) de insolvencia, se reserva al deudor la posibilidad de desencadenar el proceso, no existiendo una imposición legal para que lo haga. Esto puede comprenderse toda vez que, a pesar de los juicios posibles, la insolvencia inminente presenta un, aunque mínimo, elemento de incertidumbre; el inicio del proceso implica costes para el deudor que este podrá no querer, en cierto momento (el de previsión de imposibilidad de cumplimiento próximo), soportar; el juez podrá no declarar la insolvencia, por inexistencia del presupuesto objetivo; el deudor podrá esperar una modificación de su situación patrimonial.

Por otra parte, cumple destacar que también los hechos que han conducido a la insuficiencia de las rentas – tratándose de casos de insolvencia de buena fe (o sobreendeudamiento de buena fe, como notamos antes) como el desempleo o las enfermedades podrán, en un espacio temporal más o menos corto, modificarse, y la perspectiva, por el deudor, de tal modificación, puede comprometer la solicitud basada en insolvencia inminente. Imponer un deber de solicitud, en estos casos, conduciría, en muchos de ellos, a concursos innecesarios. Por

idéntico motivo, se encuentra prohibida a los otros legitimados la posibilidad de fundamentar la apertura del proceso en la insolvencia inminente del deudor.¹⁹⁰

Observamos también que en casos de insolvencia inminente, el deudor consumidor podrá, de modo más efectivo y probablemente más sencillo, intentar una negociación extrajudicial con sus acreedores, toda vez que la LC no contribuye, de forma específica, para solucionar debida o rápidamente las cuestiones planteadas por la insolvencia inminente del deudor.¹⁹¹ Así se comprende el art. 5.3 LC, que permite, aunque en los casos de insolvencia actual, apartar al deber de solicitud siempre que el deudor haya negociado extrajudicialmente con sus acreedores.

Aunque la ley no prevé el deber de solicitud cuando exista insolvencia inminente, no podremos dejar de notar la idea de PULGAR EZQUERRA, cuando afirma que “la posible existencia de una insolvencia futura de carácter inminente y, por tanto, previsiblemente próxima, podría fundar un «deber moral» del deudor en orden a la solicitud de su propio concurso frente a sus acreedores”.¹⁹² La misma idea se observa, en términos generales (sin dividir los dos supuestos de insolvencia a que aludimos) en las palabras de SERRA. Nos dice la autora que

[...] por un lado, el proceso de insolvencia ya no se reserva para la clase mercantil. El ámbito de aplicación del proceso se ha ampliado de tal forma que, hoy, no es posible reconducirse «el deudor» a una clase profesional o a un cualquier grupo particular de sujetos, regidos por reglas especiales de conducta («un código ético corporativo»), respecto a los cuales conceptos como los de «honestidad» o de «nivel moral» tengan un significado efectivo – es decir, que estén (aún) subordinados a una «moralidad comercial». Se antes el crédito era personal y las calidades personales de quien recurría al crédito (comerciante o no) constituyeran una garantía más sólida que las garantías patrimoniales, en la sociedad contemporánea ya no es así. Hace, por eso, sentido, que la ley se adelante a la (probable) ausencia de acto voluntario y transforme en deber lo que, normalmente, sería mera facultad.¹⁹³

¹⁹⁰Sin embargo, observamos que, en caso de concurso de consumidores, los ingresos del deudor son normalmente procedentes de su trabajo y, en regla, fijos, por lo que el arrastre, conocido por el deudor, de la causa de insuficiencia patrimonial, sin perspectivas de modificación, determina, por el contrario, la necesidad de apertura del proceso.

¹⁹¹Sobre esto, véase la AJM 1 de Madrid, de 4 de junio de 2007, que establece que “a pesar de que la Ley contempla que la solicitud de concurso voluntario puede presentarse ante una situación de insolvencia actual o inminente, lo cierto es que en el deudor solo nace la obligación de solicitar su propia declaración de concurso cuando la insolvencia es actual,” presente en ROJO.A et AL, *Legislación y Jurisprudencia...op. cit.*, p. 45.

¹⁹²PULGAR EZQUERRA, J., «Artículo 5», PULGAR EZQUERRA, J. [et al] *Comentarios a la ley concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, p. 215.

¹⁹³SERRA, C. A *Falència...*, *op. cit.*, p. 336-337. La autora se inspira en la doctrina en estos supuestos. Traducción nuestra.

De todos modos, la idea que retenemos es que, aunque existiendo el indicado deber moral, esto se destina principalmente a los deudores empresarios, toda vez que su defensa permite proteger más que intereses privativos de los acreedores, particularmente intereses públicos, como son la estabilidad del mercado, la competencia sana y el empleo. Por otra parte, la tendencial debilidad de los consumidores ante sus acreedores impide que tal deber moral les sea extensible, toda vez que los intereses privativos de ambas partes no se encuentran al mismo nivel, y la anticipación del proceso, permitida al deudor, presenta una función de protección de sus intereses extra obligacionales que no se encuadra en el deber moral que adviene de la igualdad entre comerciantes endeudados y sus acreedores y de las propias reglas ético-mercantiles.

El artículo 5 LC aparta, por eso, la insolvencia inminente de su ámbito objetivo de aplicación, valorando en exclusivo el momento de verificación de la insolvencia actual prevista en el art. 2.2. LC, o sea, la imposibilidad de cumplimiento estructural y duradero de las obligaciones exigibles, conocida o debiendo ser conocida por el deudor. Como hemos visto, la expresión hubiera debido conocer no se relaciona con la cuestión de la insolvencia inminente, por lo que se interpretamos la norma recurriendo a la presunción *iuris tantum* prevista en el art. 5.2 LC, naciendo el deber de solicitud cuando se observe el primer de los supuestos – la presunción de conocimiento o el conocimiento efectivo. Observamos que la existencia de tal presunción, en la ley, es una forma de permitir el cumplimiento de dicho deber, permitiendo al deudor determinar la existencia de su insolvencia actual, toda vez que se equiparan temporalmente los criterios para permitir la solicitud de los diferentes legitimados.

Pudiendo los acreedores solicitar la declaración de insolvencia, por vía de la ocurrencia de los hechos externos, se observa la última oportunidad para que el deudor solicite la apertura del concurso sin imposición de sanciones, como hemos visto, así como evitar que otros inicien el proceso lo que, según el art. 22.1 LC, origina, como regla, un concurso necesario, con las implicaciones legales que hemos indicado. Cumple destacar que, a pesar de la LC no ser clara en esto punto, toda vez que de la lectura del art. 22 se recoge que el concurso se declarará como voluntario una vez solicitado por el deudor, no podremos dejar de cuestionar si el incumplimiento del plazo de dos meses previsto en la ley, aunque el deudor solicite la apertura de su concurso, y sin que los acreedores lo hagan, permite, asimismo, la declaración de concurso como voluntario. Esto se plantea porque el plazo de dos meses no es, como nos

dice PRENDES CARRIL, considerado un plazo de “prescripción ni caducidad, de manera que la falta de presentación de la solicitud en los dos meses siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer la situación de insolvencia impida al deudor su presentación ulterior”.¹⁹⁴

Por otra parte, nos parece que el fundamento de la declaración del concurso voluntario es proveer la anticipación indicada y defendida como benéfica, no solo para el deudor, pero sobre todo para los acreedores, los principales interesados y protegidos en el proceso concursal.

Una vez superado el plazo previsto en el art. 5.1 LC y una vez observados cualquiera de los hechos externos, los acreedores podrán desencadenar el proceso – cuando no lo hagan, esto conduce a que el deudor pueda, aunque retrasado, beneficiar de la clasificación del concurso como voluntario, pero sufriendo los efectos de la falta de cumplimiento – como sean la posibilidad de aplicación del régimen de sustitución por el administrador concursal previsto en el art. 40.2 LC, o la calificación de la insolvencia como culpable, de acuerdo con el art. 165.1 LC, en el caso de que el incumplimiento del deber de solicitud derive de dolo o culpa grave del deudor.

No parece una interpretación *contra legem*, toda vez que los derechos de los acreedores continúan protegidos y, como referimos, estos no han utilizado el poder de desencadenar el concurso que la ley les atribuye, por lo que siempre existe una “anticipación” del deudor, de acuerdo con una lectura literal del art. 22 LC. Por otro lado, recordamos, en los casos de los deudores no empresarios, los acreedores, especialmente los acreedores hipotecarios (asociados a la adquisición de vivienda) y asociados a la contratación para consumo optan, en gran parte de los casos, por una ejecución singular, evitando el concurso de acreedores. Este hecho, asociado a la falta de información sobre la posibilidad de recurso al proceso concursal por parte de los deudores consumidores, así como su elevado coste, puede, en parte, explicar la escasez de procesos y, empíricamente, el incumplimiento del deber de solicitud por parte de estos deudores, particularmente ante estados de insolvencia no declarados judicialmente (ocultos sobre la capa del sobreendeudamiento, en su último grado), tratados ampliamente por el proceso ejecutivo.

¹⁹⁴PRENDES CARRIL, P, PRENDES CARRIL (dir). *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 208-209.

Dicha interpretación encuentra, por ejemplo, refuerzo, en el art. 14.1 LC, que nos indica que el juez podrá fundamentar la declaración de insolvencia del deudor en la verificación de los hechos externos del art. 2.4 LC, por lo que, en estos casos, podrá concluir que el deudor no ha cumplido el plazo previsto en el art. 5.1 LC, calificando el concurso como necesario. En idéntico sentido, parece apuntar la jurisprudencia, cuando se afirma, en el Auto del AJM núm. 5 de Madrid, de 11 de enero de 2007, que “el concurso es voluntario si el primer solicitante es el propio deudor, el cual está obligado a solicitar su concurso en determinados plazos en caso de insolvencia actual, siendo facultativa en el supuesto de insolvencia inminente.”¹⁹⁵ Se establece, así, que el juez, teniendo en atención la falta de claridad de la ley en este punto, hay, como vimos, la libertad necesaria para conformar el tipo de concurso al caso concreto, de acuerdo con la necesidad concreta del proceso.

Esto parece también indicar que consideraciones subjetivistas sobre el comportamiento del deudor, como sean las que transportan para el proceso de insolvencia los requisitos de buena fe que parecen presidir al tratamiento del sobreendeudamiento, son ignoradas por el proceso concursal, con relación a la apertura del proceso, sin perjuicio de su utilización por parte del juez para determinación de los efectos del art. 40 LC, o para la calificación de la insolvencia.

Los art. 5.1 y 2 LC establecen así que, observados uno de los supuestos indicados, el plazo previsto se recuenta desde el día siguiente al reconocimiento de la insolvencia actual por parte del deudor (*hubiera conocido*), como describimos en el primer capítulo, o observados los hechos externos (*hubiera debido conocer*)¹⁹⁶. El recuento del plazo se inicia desde la verificación del primero de los fundamentos indicados, sin perjuicio de que el deudor, en el caso del art. 5.2 LC, compruebe su solvencia en el momento de ocurrencia de los hechos externos. Dichos hechos son, por encima de todo, manifestaciones externas de la insolvencia del deudor, toda vez que el legislador ha optado por establecer un conjunto de hechos que, teniendo en cuenta el conocimiento económico-jurídico (o razones de política legislativa), representan indicios fuertes de insolvencia, desde la perspectiva de los terceros, es decir, de los acreedores – una vez observados estos hechos, se presume la situación de insolvencia, permitiendo a los restantes legitimados instar el concurso, como veremos en el punto

¹⁹⁵ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Legislación y Jurisprudencia Concursales*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 68.

¹⁹⁶Esta forma de recuento se encuentra descrita por MORILLAS, M.J. art 5, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 240.

siguiente. Como referimos, su verificación es, normalmente, el límite para que el deudor inicie su propio concurso, con los matices que indicamos más arriba.

Pero nos permitimos añadir una interpretación diferente para la expresión *hubiera debido conocer*, que no deriva directamente de las reglas concursales, sino de la nueva reglamentación de la contratación para consumo.

La Directiva 2008/48/CE, relativa a contratos de crédito a los consumidores, que hemos referido más arriba, establece, en sus considerandos 28 y 29¹⁹⁷, así como en su art. 8, que las entidades concedentes de crédito deberán, con anterioridad a la celebración del contrato de crédito al consumo, evaluar las condiciones de solvencia del deudor: “*los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos acuciante,*” debiendo, según el art 8.2 de la predicha Directiva, realizar tal operación siempre que el montante del crédito aumente. Como consecuencia de tal evaluación previa, el crédito puede ser rechazado, prescribiéndose en el art. 9.1 que, si tal recusa se basar en la consulta de una base de datos¹⁹⁸, el consumidor deberá ser inmediata y gratuitamente informado de los motivos.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Los referidos considerandos refieren lo siguiente:

(28) Para evaluar la situación financiera de un consumidor, el prestamista debe también consultar las bases de datos acuciantes; las circunstancias jurídicas y reales pueden requerir que dichas consultas tengan distinto alcance. Para evitar toda distorsión de la competencia entre prestamistas, debe garantizarse su acceso a bases de datos privadas o públicas relativas a los consumidores de un Estado miembro en el que no estén establecidos en condiciones no discriminatorias en comparación con las de los prestamistas de ese Estado miembro.

(29) Cuando la decisión de denegar una solicitud de crédito se fundamente en la consulta de una base de datos, el prestamista debe informar de ello al consumidor, así como de los pormenores de la base de datos consultada. Sin embargo, el prestamista no debe estar obligado a proporcionar dicha información cuando así lo prohíban otras disposiciones de la legislación comunitaria como, por ejemplo, las disposiciones sobre blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Además, dicha información tampoco debe facilitarse cuando ello sea contrario a objetivos de orden público o de seguridad pública, como son la prevención, investigación, detección y represión de delitos penales.

Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:ES:PDF>, consultada por última vez el 19 de abril de 2010.

¹⁹⁸ En la ley portuguesa, en el indicado DL 133/2009, el art. 12 establece, en su párrafo 1, que es obligatoria la consulta de la Central de Responsabilidades de Crédito del Banco de Portugal, definida por el DL 204/2008, de 14 de Octubre, que contiene datos relativos a varios tipos de situaciones crediticias que pueden afectar al patrimonio del deudor (créditos contratados, garantías personales, entre otros). El párrafo 2 del indicado artículo prevé que el concedente de crédito puede, además, consultar la lista pública de ejecuciones, prevista en el DL 201/2003 de 10 de diciembre, así como otras bases de datos adecuadas. Las indicadas normas legales pueden consultarse, respectivamente en http://www.min-financas.pt/legislacao/DL204_08.pdf y en <http://www.pgdliisboa.pt>, estando la lista pública de ejecuciones disponible en <http://www.citius.mj.pt/Portal/Execucoes/ListaPublicaExecucoes.aspx>, paginas consultadas por última vez el 25

El rechazo puede basarse en la falta de solvencia del deudor. Esto no equivaldrá, en todas las hipótesis, a una situación de insolvencia pero, en la mayor parte de los casos, podrán detectarse situaciones de insolvencia inminente o actual, que se basen en la previsión de la falta de liquidez a corto/medio plazo (calculándose el riesgo de incumplimiento, teniendo en cuenta la renta disponible y los compromisos de crédito asumidos, así como los encargos regulares que el deudor comunique), o en una falta de liquidez actual, que impida el recurso al crédito.

Podremos así afirmar que la disposición legal comunitaria soluciona tres problemas: en primer lugar, permite al deudor *evaluar su estado patrimonial*, preparándolo para anticipar un eventual concurso (en el caso de que se verifique la insolvencia inminente), o buscar una solución extrajudicial; en segundo lugar *proporciona la información sobre la eventual existencia de la insolvencia actual*, correspondiente a la locución *hubiera debido conocer* que hemos visto en la LC. Significa esto también que la nueva legislación de la contratación para consumo coloca la tónica en los aspectos educativos que las reglas de derecho del consumo pretenden proteger, lo que impone a las entidades concedentes de crédito que no solo justifiquen adecuadamente su rechazo, como informen al consumidor que se encuentre insolvente sobre las soluciones que puedan aplicarse. Por último, estas reglas implican que las referidas entidades no puedan practicar un crédito irresponsable, basado en política blanda de concesión de crédito, que pueda conducir a un endeudamiento no soportable por el deudor y a la creación o agravamiento de una situación de insolvencia.

Recurriendo a esto tipo de deberes, las entidades que indicamos más arriba no podrán ser consideradas responsables por la situación descrita, en el caso de que los cumplan, toda vez que su incumplimiento podrá conducir, según PULGAR EZQUERRA, “a una responsabilidad de la banca, no tanto por concesión abusiva de crédito, que no está tipificada en nuestro

de abril de 2010. En la ley española, el art. 14 de la Ley 16/2011 establece idéntico deber de evaluación, consultándose los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, de acuerdo con el previsto por la Ley Orgánica núm. 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

¹⁹⁹De acuerdo con el art. 6.2 del DL 204/2008, se complementa dicha necesidad de comunicación, que surge también en el art. 10.3 del DL 133/2009 y en el art. 15.2 de la Ley num. 16/2011, indicándose que el resultado de tal consulta, si implicar el rechazo del crédito, debe ser comunicado al consumidor, de forma justificada, gratuita y inmediata, de acuerdo con la ley, siendo aquél también informado de los datos que constan de las bases de datos, excepto si la prestación de dicha información sea prohibida por ley o contraria a objetivos de orden pública o de seguridad nacional.

ordenamiento, cuanto por vía de la complicidad concursal (art. 166 LC)”²⁰⁰, siendo que, para esto, se impone un comportamiento culpable que, en la práctica, será de ocurrencia poco probable. Sin embargo, la Directiva permite contribuir activamente para, por una parte, mejorar las condiciones de acceso al crédito por parte de los consumidores y, por otra, para la disminución de situaciones de incumplimiento de crédito al consumo.

Apreciados los problemas planteados, se retiene la idea de que el deber de solicitud que pende sobre el deudor puede surgir cuando exista un rechazo, por parte de una entidad concedente de crédito al consumo, de un nuevo crédito, observándose, en realidad, una situación de insolvencia actual. Puesto ante esta realidad, si cumplidos los presupuestos de insolvencia actual del art. 2.1 de la LC, el deudor deberá solicitar la apertura del concurso en los dos meses prescritos por la ley (pudiendo anticiparse en el caso de que se trate de insolvencia inminente). Esta forma de adquisición del conocimiento por parte del consumidor puede empíricamente observarse en los casos en los cuales el deudor, intentando obtener una solución para sus deudas, pretende contraer otro crédito con el propósito de enfrentar a sus obligaciones acumuladas²⁰¹. Por este motivo, afirmamos que el deber legal de información de las entidades concedentes de crédito se revela, por esta vía, extremadamente importante, toda vez que podrá alertarse al deudor para una eventual situación de insolvencia.

A modo de conclusión, indicamos las *tres vertientes del deber de solicitud*, igual que dibujado en la LC: el *elemento subjetivo* respecta al deudor; el *elemento objetivo* respecta a los datos que permiten al deudor constatar la existencia de la insolvencia actual - indispensable para hacer actuar la previsión legal; por último, en lo que respecta al *ámbito temporal*, deberá iniciarse el concurso en los dos meses siguientes a la fecha de verificación del ámbito objetivo, so pena de operar la presunción del art. 165.1 LC.

²⁰⁰PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo...», *Endeudamiento Familiar...op. cit.*, p. 84. También la expresión política blanda, ya indicada por nosotros, es utilizada por la autora, por ejemplo, en el indicado «Concurso de consumidores...», *RDCP*, num.8, *op. cit.*, p. 44.

²⁰¹Para desarrollo de esta idea, consúltense, en lo que respecta a la realidad portuguesa, los gráficos 17 y 18 presentes en el estudio, AA. VV. *Um perfil dos sobreendividados em Portugal*, *op. cit.*, p. 27 y ss., disponible en http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/452_relatorio_proj_regulacao_consumo.pdf, consultado por última vez el 3 de marzo de 2011, donde surge como uno de los principales motivos de contracción de crédito para consumo el de obtener financiación para cumplimiento de otras deudas.

3.2 – El art. 5.3 LC como excepción al deber de solicitud

Como forma de contornear los efectos negativos del incumplimiento del deber de solicitud se presenta, en la reforma operada por el RD 3/2009, un nuevo párrafo en el art. 5 LC (el tercero), eliminándose también la imposibilidad, como hemos indicado, prevista en el art. 105.6, de solicitud de una propuesta de convenio anticipado en caso de incumplimiento del deber de solicitud. Este nuevo articulado establece que el deudor que inicie negociaciones extrajudiciales con sus acreedores, por forma a obtener adhesión a una propuesta anticipada de convenio, comunicándolo al juez en los dos meses siguientes a la fecha en que ocurre el conocimiento de la insolvencia actual, no incumple el deber de solicitud.²⁰²

Este deber surge solo transcurridos tres meses desde la comunicación al juez, estableciéndose un mes para que el deudor, independientemente de la obtención total o parcial de las adhesiones, inicie su concurso. Esta medida es importante para evitar los efectos negativos de la falta de solicitud, toda vez que el propio art. 22.1.2 LC permite considerar los actos indicados como solicitud para efectos de calificación del concurso como voluntario. La nueva redacción permite conectar las negociaciones extrajudiciales y el proceso de insolvencia, ganándose en economía procesal y permitiendo al deudor, además tener algún control sobre el modo como cumple sus obligaciones. De añadir, sin embargo, que el proyecto de reforma de la ley concursal de 2011 viene a derogar el predicho párrafo del art. 5, sustituyéndolo por el art. 5 bis que, esencialmente, establece que al lado de la propuesta de convenio anticipado, el deudor puede también aplazar el cumplimiento del deber de solicitud caso pretenda negociar acuerdos de refinanciación.

La necesidad de una solución rápida para el concurso de un deudor consumidor impone que esto, conscientemente, utilice el expuesto en el art. 5.3 LC en su beneficio. Esto significa que

²⁰²Nos dice GARCÍA-CRUCES que el legislador podría definir los criterios para la presentación de la comunicación al juez, que se hará por escrito, particularmente a fin de evaluar la seriedad de la actuación del deudor, exigiéndose, por ejemplo, que los acreedores, en número mínimo, firmasen la predicha comunicación. El autor también refiere la necesidad del control legal de la propuesta, por parte de los jueces competentes. Véase, para mayor desarrollo, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A y LÓPEZ SANCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal – Una primera lectura de Real Decreto-ley 3/2009*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 55-58.

la ley permite aplazar la solicitud, sino que con la exclusiva finalidad de que el deudor alcance las adhesiones necesarias para permitir la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio. En el caso de que se frustren las negociaciones, compete al deudor, inmediatamente, solicitar la apertura de su concurso, para evitar la agravación de su estado de insolvencia, aunque el plazo legal para la obtención de dichas adhesiones no se haya agotado. Caso contrario, o cuando el deudor utilice tal plazo para efectuar maniobras dilatorias que pretendan perjudicar a los acreedores, las consecuencias podrán ser, en el proceso, la fijación de la suspensión de sus poderes de administración/disposición o, existiendo extrema gravedad en sus actos, la calificación del concurso como culpable.²⁰³

Manteniéndose la actual estructura de la ley concursal, este nuevo párrafo permite al consumidor la flexibilidad de negociación con sus acreedores, toda vez que estos, reconociendo la diligencia del deudor, podrán mostrarse más favorables a la aprobación de dicho convenio, más beneficioso que una eventual acción ejecutiva o, incluso, una que liquidación en el ámbito del proceso concursal.

La inexistencia de un deber de solicitud, en estos supuestos, en el CIRE, impide que defendamos el traslado inmediato, para la ley positiva, de idéntica solución. Sin embargo, la combinación de los preceptos de los dos ordenamientos podría crear una solución intermedia que consistiría en imponer un deber de solicitud al consumidor insolvente que obtuviese un plan de pagos extrajudicial, especialmente cuando se trate un plan parcial, lo que permitiría homologar judicialmente aquél, extenderlo a todos los acreedores y obtener por ejemplo, la exoneración de sus deudas restantes, toda vez que este mecanismo solo se puede obtener por vía judicial.²⁰⁴ De esta forma, se podría encontrar trazos de protección del deudor, más marcados que actualmente, en la reglamentación concursal.

²⁰³Véase, en este sentido, ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.13, La Ley, Madrid, 2010, p. 329, disponible en www.laleydigital.es, consultado por última vez el 25 de febrero de 2011.

²⁰⁴Defendemos, como veremos en el último capítulo, la combinación del plan de pagos con la exoneración, situación que no ocurre en el derecho positivo actual.

3.3 – Relevancia del deber de solicitud

El deber de solicitud del deudor no empresario se puede apreciar por dos vías, en nuestro entender: o se establecen, como razón de política legislativa, soluciones adecuadas al deudor consumidor, *forzándose* el consumidor a recurrir a la reglamentación concursal, que quedará contaminada con la defensa de intereses que no sean el de los acreedores, en primera instancia, o no debería imponerse al deudor insolvente, cuando no sean presentadas soluciones propias, el deber de solicitud.

Como indica SERRA

[...] no es irrelevante que la persona singular que no es titular de una empresa cuando se declare la insolvencia quede excluida del deber de acción [...] o sea, que la obligación de solicitud esté asociada a la existencia de una empresa; por el contrario, probablemente se ponga a descubierto la razón de existir de tal obligación. Lo que está en cuestión no puede ser el interés del deudor ni el interés de los acreedores en sentido estricto. El interés de estos sujetos en el inicio de los procesos es tan intenso cuando existe una empresa como en cualquier otro caso [...] lo que justifica la consagración de la obligación debe, entonces, buscarse en el universo empresarial: se encuentra en los intereses relacionados con el ejercicio del comercio y de las restantes actividades económicas, se encuentra, en una palabra, en el interés público de protección del crédito comercial y empresarial.²⁰⁵

Se observa, al menos en parte, la falta de necesidad de imposición de tal deber, toda vez que esto tiene objetivos que extravasan, como es indicado, los intereses de las partes y, una vez tratándose de intereses extra concursales, no se justificaría, cuando el deudor no representa peligro para dichos intereses públicos, la imposición idéntico deber, igual que se hace para los empresarios. Por esta vía, añadiendo al hecho, como expusimos, de que no son presentadas soluciones propias para los consumidores, en la LC, se torna más difícil la defensa de un deber para este tipo de deudores, ya que, no olvidamos, la LC ha mantenido la tradición del art. 1913 del CC. Este deber procedía, arriesgamos, no solo de la consideración de los indicados intereses privados, sino también del hecho de que la insolvencia de los consumidores sería menos generalizada que hoy en día, no se necesitando de un tratamiento especial como actualmente se defiende.

²⁰⁵SERRA, C. *A Falência...*, *op. cit.*, p. 341.

No olvidamos que el legislador portugués establece, respecto de la exoneración del pasivo restante, un plazo de seis meses, desde el surgimiento de la insolvencia, durante lo cual el deudor deberá solicitar la declaración de insolvencia, so pena de rechazo de su solicitud (art. 238.1.d) CIRE). No se trata verdadera y formalmente de un deber de solicitud pero, como veremos en el último capítulo, presenta semejanzas con aquel, pudiendo observarse, materialmente, que puede equivalerse a dicho deber, aunque con un plazo más largo, lo que permite una mayor flexibilidad en la evaluación del surgimiento de la insolvencia, que se puede revelar una tarea difícil para el propio deudor.

Sin embargo, esta previsión de la ley portuguesa torna importante la discusión sobre la necesidad del deber de solicitud para todos, o solo algunos tipos de deudor. Hemos dicho que la existencia de mecanismos propios en la legislación concursal para el tratamiento de la insolvencia de deudores consumidores podría, como forma de imponer una forma de protección contra el empeoramiento de su estado patrimonial, prever la existencia de un deber de solicitud universal. Pero la tendencia de retirar para campos extrajudiciales la insolvencia de los consumidores, así como las características de estas insolvencias, que implican una mayor protección del deudor y mayor flexibilidad en el análisis de la verificación de su estado de insolvencia, al contrario de las insolvencias empresariales, donde la anticipación puede defenderse basándose en la protección de dichos intereses públicos, permítenos concordar con la inexistencia de deber de solicitud para el concurso de consumidores.

No negamos que la imposición de un deber de solicitud para este tipo de deudores conlleve ventajas: por un lado, el deudor obtiene la posibilidad de negociar colectivamente con sus acreedores, mediado por un tribunal, lo que le permite, por ejemplo, la posibilidad de alivio de su situación financiera, tanto en virtud de un convenio, como de soluciones específicas, como ocurre en Portugal; el inicio rápido del proceso evita el deterioro de su situación patrimonial, beneficiándolo y a sus acreedores; la solicitud del deudor, en lo que respecta al régimen español, impide, como vimos, que el concurso sea considerado necesario, con las consecuencias previstas en la ley.

Pero los elevados costes del proceso, que veremos en la segunda parte de este capítulo, el periodo corto establecido en la ley para que se inicie el proceso (dos meses) que será inadecuado en virtud de la especificidad de muchos de los hechos que presiden al surgimiento de la insolvencia de los consumidores (cumple destacar que se establecen seis meses para que

se acceda a la exoneración del pasivo restante), así como la *ratio legis* que preside a la imposición del deber de solicitud para los deudores empresarios (es decir, la protección de intereses públicos no conectados directamente con el binomio deudor/acreedores), junto con el hecho de que un acreedor, ante un deudor consumidor incumplidor, recurre más rápidamente a una ejecución que al concurso parecen echar por tierra los argumentos aducidos antes. A pesar de la tradición jurídica, como vimos, indicar la presencia del deber de solicitud para todos tipos de acreedores, de acuerdo con el derogado art. 1913 del CC español, concluimos que su transición a la renovada LC se debió al hecho de que la situación de los deudores no empresarios no fue debidamente tomada en consideración, toda vez que, en Portugal, el legislador optó por reservar el deber de solicitud a un cierto tipo de deudor.

El legislador portugués no fundamenta tal opción en la Exposición de Motivos, pero creemos que el establecimiento de medidas específicas que se basan, en parte, en la buena fe del deudor, explican la abolición del deber de solicitud en su caso concreto. Esto implica la introducción, en la ley concursal, de mecanismos que permitan evaluar la buena fé del deudor, para que este pueda acceder a determinadas formas de conclusión del proceso, como ocurre en la ley portuguesa. Así es posible obtener un equilibrio entre los intereses, privados, de ambas partes y equiparar el tratamiento concursal de la insolvencia a un eventual tratamiento administrativo del sobreendeudamiento, que tiene en su raíz la buena fé del deudor.

En términos globales, como afirmamos más arriba, consideramos que, aunque cuando la ley adopta soluciones específicas, *el deudor consumidor persona física no debería sujetarse al deber de solicitud*. En primer lugar el plazo establecido por la ley es insuficiente para que este procure alternativas a su situación económica negativa, en segundo lugar debido a los elevados costes, pudiendo el deudor no disponer de fondos suficientes (y no olvidamos que muchas de las insolvencias de los consumidores se basan en hechos externos ajenos a su planificación financiera); por último, como expusimos, en virtud de una política legislativa lata que tenga en consideración la creación de medios extrajudiciales de resolución de esto problema, culminando con el argumento citado de que el deber de solicitud anhela la protección de otros intereses que no sean, exclusivamente, los privativos de las partes.

La única situación en la cual podríamos defender el deber de solicitud para los deudores no empresarios sería con una profunda reforma de los mecanismos previstos en la ley para

protegerlos: no solo con la creación de medidas adecuadas, pero alterando a forma de acceder al concurso. No podremos olvidar que el estigma que comporta la declaración de insolvencia en los sistemas de derecho continental no es comparable con la mayor normalidad de tal declaración en el sistema americano, lo que conduce, esencialmente, a una falta de información de los deudores en cuanto a dichos beneficios que el concurso puede conllevar, no existiendo, muchas veces, iniciativa del deudor por falta de conocimiento.

Por otro lado, debería simplificarse la fórmula de acceso a los tribunales, implicando, por ejemplo, una mayor facilidad de obtención de un representante legal, reduciéndose también las costas del proceso a fin de agilizar el inicio del concurso, aspectos a analizar en el punto siguiente. Estas medidas podrían beneficiar el deudor no empresario y tornar beneficiosa la obligatoriedad de recurso al concurso, pero consideramos que, en virtud de la exposición hecha, la mejor fórmula es la reserva del deber de solicitud a los deudores empresarios, toda vez que los fundamentos que indicamos, con mayor peso para la protección de intereses públicos que implica la anticipación del proceso, no se observa en el deudor no empresario.

4- La tramitación procesal en la fase declarativa

La apertura de la fase declarativa del proceso determina el momento en lo cual el deudor considera verificada la insolvencia, inminente o actual, legitimándose su actuación en el ámbito concursal. Los restantes legitimados deberán basarse en la insolvencia actual, sin dependencia de plazo, sustentando su solicitud en los hechos externos definidos por la ley.

Las especificidades de cada uno de los ordenamientos en estudio y la intención de acompañar la organización sistemática que deriva de ambas leyes, nos ha conducido a un análisis separado de la tramitación , a pesar de las semejanzas patentes en ambos ordenamientos.

Por otra parte, separaremos también la tramitación derivada de la solicitud del deudor y de los otros legitimados siendo que, en esto último caso, haremos solamente referencia a los aspectos distintos en relación con la tramitación del concurso iniciada por el deudor, debido a su mayor relevancia para esto estudio. Se trata así de una organización de orden metodológica, y no jurídica, toda vez que, en realidad, el resultado de la tramitación será el

mismo, la declaración de insolvencia, permitiéndonos, aún, poner de relieve diferentes efectos que pueden surgir de los diferentes tipos de solicitud.

4.1- Solicitud del deudor en Portugal

El proceso concursal es, a pesar de algunos elementos de cariz no judicial, como sea la actuación de la administración concursal (art. 52 y ss. CIRE y art. 27 LC), un proceso judicial, dividido en una parte declarativa, que hay el propósito de determinar la existencia de la situación de insolvencia y, eventualmente, una parte ejecutiva, que puede determinarse por la posibilidad de ocurrencia de la liquidación del patrimonio del deudor.

Empezando por el caso portugués, sabemos que el deudor consumidor no se encuentra sujeto a ningún plazo que configure, como vimos, cualquier deber de solicitud (como se indica en el art. 18.2 CIRE), estando solamente obligado a iniciar el proceso en los seis meses siguientes a la fecha en la cual se observe su insolvencia, de modo a evitarse el rechazo de la solicitud de la exoneración del pasivo restante (art. 236.1.d) CIRE). El deudor, basándose en los objetivos determinados por el proceso concursal, y en aras de la protección de sus propios intereses en el proceso, deberá solicitar su apertura inmediatamente después de la verificación de la insolvencia o, en el caso de que opte por una forma de negociación extrajudicial, cuando comprenda no ser posible la obtención un acuerdo favorable con sus acreedores. Con respecto a esto punto, debemos enfrentar con realismo esta posibilidad, toda vez que podríamos afirmar que, cuando frustradas las tentativas extrajudiciales, difícilmente los acreedores desearían llegar a un distinto resultado – sin embargo, la posibilidad de obtención de la exoneración del pasivo restante, que no existe fuera del proceso concursal portugués, es un buen incentivo para recurrirse al proceso.

4.1.1 - La petición inicial

La solicitud de apertura del proceso configura, según los términos de la ley, una presentación del deudor al proceso (contra la solicitud de declaración de insolvencia, que sirve para designar la fórmula de solicitud cuando parta de otro legitimado, como se puede observar de

la lectura del art. 23.1 del CIRE²⁰⁶) que se basa en una petición escrita, o escrito de solicitud, como se designa a su congénere español, junto del tribunal competente.

El escrito de solicitud, o petición escrita, prevista en el indicado art. 23.1 CIRE, debe revestir la forma de una petición inicial (demanda), articulada, con las reglas previstas para todas las peticiones de procesos declarativos, aplicándose subsidiariamente el art. 151.2 del Código de Proceso Civil, en virtud de la remisión general hecha por el art. 17 CIRE²⁰⁷.

Sobre los requisitos de la petición, el art. 23 CIRE indica que en aquella se deberán “*exponer los hechos que integran los presupuestos de la declaración requerida y se concluye por la formulación de la competente solicitud*”.

La ley indica el objeto de la declaración de insolvencia, remitiendo para la *causa de solicitud* y para la *solicitud*: la primera se basa en la exposición de los hechos, por parte del deudor, que fundamenten la situación de insolvencia, sea esta actual, o inminente – se aplican los artículos 3.1 o 3.4 del CIRE, que definen la situación de insolvencia como describimos en el primero capítulo, y el art. 193 del CPC (que indica causas generales de invalidez de cualquier petición, aplicables también en el proceso de insolvencia).²⁰⁸ La solicitud implica requerirse la declaración de insolvencia.

²⁰⁶ Establece dicho artículo que:

“ 1 - A apresentação à insolvência ou o pedido de declaração desta faz-se por meio de petição escrita, na qual são expostos os factos que integram os pressupostos da declaração requerida e se conclui pela formulação do correspondente pedido.

2 - Na petição, o requerente:

a) Sendo o próprio devedor, indica se a situação de insolvência é actual ou apenas iminente, e, quando seja pessoa singular, se pretende a exoneração do passivo restante, nos termos das disposições do capítulo I do título XII;

b) Identifica os administradores do devedor e os seus cinco maiores credores, com exclusão do próprio requerente;

c) Sendo o devedor casado, identifica o respectivo cônjuge e indica o regime de bens do casamento;

d) Junta certidão do registo civil, do registo comercial ou de outro registo público a que o devedor esteja eventualmente sujeito.

3 - Não sendo possível ao requerente fazer as indicações e junções referidas no número anterior, solicita que sejam prestadas pelo próprio devedor.”

²⁰⁷ La designación “petición inicial”, en vez de de escrito de solicitud o demanda, en traducción literal del portugués, viene rellenar el propósito de hacer la distinción entre los dos ordenamientos. Además, el CIRE es omiso en relación con los elementos formales de la petición, pero la remisión para el Código de Processo Civil nos permite determinar que se trata de una petición inicial idéntica a la utilizada en los procesos declarativos. Por lo tanto no haremos equivaler las dos expresiones. Por otra parte, como veremos, el escrito de solicitud de la LC no es equiparable a la demanda prevista en la LEC, de acuerdo con el art. 399 LEC

²⁰⁸El art. 193 del indica situaciones como sean la falta o la ininteligibilidad de la solicitud o de los fundamentos, la contradicción entre la solicitud y los fundamentos o cuando se cumulen solicitudes y fundamentos incompatibles entre sí.

Recordamos que al deudor no empresario solo es lícita la invocación, como fundamento de solicitud, de situaciones de insolvencia actual o inminente basadas en el criterio general de concreción de la insolvencia, relativo a la imposibilidad (actual o pronosticada) de cumplimiento de obligaciones vencidas, no estando abarcado este tipo de deudores por la norma especial del 3.2 que prevé la insolvencia basada en el criterio del pasivo superior al activo (reservada a entidades específicas, como referimos). El fundamento, o causa de la solicitud consiste entonces en la explicación de hechos que fundamenten la situación patrimonial caracterizada como insolvencia, formulándose como solicitud final la declaración de insolvencia. Como nos dice MARTINS,

[...] cuanto a los requisitos debe el demandante exponer los hechos que sirven de fundamento a la acción. No basta una indicación vaga y la remisión para las disposiciones legales abstractamente aplicables; antes deben ser alegados hechos concretos que permitan fundamentar, se probados, la posición de quien los invoca.²⁰⁹

El juez declara inmediatamente la insolvencia del deudor, como nos dice el art. 28 del CIRE, cuando considere manifiesta la insolvencia, de acuerdo con los fundamentos aducidos en la referida petición.

La petición deberá contener la indicación, según el párrafo a) del art. 23, cuando presentada por el deudor, si la insolvencia es actual o meramente inminente, debiendo también, en el caso de que se trate de un de los sujetos abarcados por tal posibilidad, indicar la pretensión de obtener la exoneración del pasivo restante, según el art. 236.1 CIRE o, alternativamente, de un plan de pagos (art. 251 CIRE).

Según los apartados siguientes, la petición deberá contener aún la identificación de los administradores del deudor, cuando existan (deberá leerse administradores según lo previsto en el art. 6.1.b) CIRE, o sea, son considerados como tal sus representantes legales y los mandatarios con poderes generales de administración - representantes voluntarios), así como la indicación de los cinco principales acreedores, respectando los párrafos c) y d) a la inclusión en la petición inicial de los datos relativos a su cónyuge y al régimen de bienes que les corresponda, y a la obligatoriedad de hacer acompañar la petición por una las partidas relativas a su nacimiento y matrimonio.

²⁰⁹MARTINS, L.M. *Processo de Insolvencia, op. cit.*, p. 111.

4.1.2 – La asistencia jurídica

Tratándose el proceso concursal de un proceso judicial, se impone, naturalmente, la representación por profesional jurídico. De acuerdo con el art. 17 CIRE, que remite para el art. 32.1.a) CPC²¹⁰ la apertura del proceso concursal implica la representación por abogado siempre que, de acuerdo con el art. 15 CIRE, el valor, o cuantía, del proceso sea superior a la que determina la competencia del Tribunal de Segunda Instancia (30 000 € de acuerdo con el art. 31 LOFTJ²¹¹), o sea, que admita recurso ordinario. De aquí extraemos que, cuando la cuantía del proceso, que se define como el valor del activo del deudor indicado en la petición, no exceda 30 000€, no hay obligatoriedad de intervención de un profesional jurídico en el proceso, que, en este caso, puede ser abogado o solicitador (art. 32.1.a) *a contrario*), interviniendo facultativamente. Se admite, sin embargo, que a fin de se posibilitar la impugnación de la sentencia, se indique una cuantía superior a dicho valor, que puede, observándose la inferioridad relativamente a los 30 000 € corregirse *ex officio*.²¹²

Esto es uno de los aspectos que puede conducir al coste elevado del proceso toda vez que la obligatoriedad de constitución de mandatario judicial, en la mayor parte de los casos, puede conducir a que el deudor insolvente, a par con la falta de información sobre el proceso, no logre iniciar el proceso en tiempo útil o, aunque manifestando tal voluntad, no lo alcance por falta de fondos - además, la dificultad en acceder a asesoramiento profesional se relaciona con la imposibilidad de obtención de la información adecuada.

En realidad, el deudor insolvente, en virtud de una situación de insuficiencia económica, es elegible, según los art. 7 y 8 de la Lei 34/2004²¹³ para la obtención de asistencia jurídica gratuita que, como nos indica el art. 16 de dicha ley, incluye dos modalidades de acceso a la

²¹⁰ Establece dicho artículo que: “1 – É obrigatória a constituição de advogado: a) Nas causas de competência de tribunais com alçada, em que seja admissível recurso ordinário”. El art. 31.1 a) Lei 52/2008, dice que “em matéria cível, a alçada dos tribunais da Relação é de (euro) 30 000 e a dos tribunais de 1.ª instância é de (euro) 5000”.

²¹¹ Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, Lei 52/2008 de 28 de agosto, alterada por la última vez por la Lei 46/2011, de 24 de junio.

²¹² Es necesario atender también en el art. 301 CIRE, que nos dice que, encerrando el proceso antes de elaboración del inventario previsto en el art. 153 CIRE, la cuantía fijada será de 30 000€, en el caso de que se observe un valor inferior, el del activo del deudor que se plasme en el escrito de solicitud. Esto es importante debido al hecho de que el deudor puede optar por un plan de pagos, al cual se aplicará este régimen (art. 255 CIRE).

²¹³ Lei 34/2004 de 29 de julio, alterada por la Lei 47/2007 de 28 de agosto, que establece el régimen de acceso al derecho y a los tribunales.

justicia: el nombramiento y soporte de los costes con la remuneración de un mandatario, prevista en el párrafo a) así como el nombramiento y soporte, en parcelas, de su remuneración, de acuerdo con el párrafo d), debiendo ser requerido, teniendo en cuenta sus art. 20 y 22.1, en cualquier servicio de atención al público de la Seguridad Social.

El dicho art. 8 indica que la insuficiencia económica es determinada por la *confrontación entre la renta, el patrimonio y los gastos permanentes de la familia y la falta, en consecuencia del desbalance entre activo y pasivo de aquella, de capacidad financiera de comportar puntualmente los gastos de un proceso* (que incluyen gastos con costes judiciales y remuneración del mandatario). Toda vez que la insolvencia implica la incapacidad del deudor, por falta de liquidez, para cumplir sus obligaciones vencidas, no quedan dudas de que este es un proceso en lo cual la capacidad de soporte del deudor se encuentra severamente disminuida, por lo que sería de concluir que probablemente sería concedido la asistencia correspondiente. Pero, en realidad, según MARTINS, “la Seguridad Social no atribuye la asistencia jurídica gratuita porque ignora los créditos vencidos y la situación de incumplimiento para con los acreedores. O sea, las personas físicas quedan imposibilitadas de solicitar la insolvencia (porque no poseen medios para pagar la tasa de justicia)”.²¹⁴ Obviamente que esta situación, a existir, impide, de forma no razonable, el acceso del deudor a la justicia, por lo que la evaluación de la solicitud del deudor, en esta materia, deberá ser cuidadosamente analizada por los servicios correspondientes, observándose la incapacidad de pagos en el contexto adecuado, o sea, el de existencia del estado de insolvencia.

El art. 8, como vimos, solo tiene en consideración los gastos permanentes del agregado, por lo que, como afirma el autor, se observa, en estos casos, una situación en la cual no existe capacidad financiera, en la práctica, pero legalmente no se prevé tal posibilidad, siendo la asistencia jurídica gratuita concedida cuando los gastos permanentes sean elevados en relación a la renta recibida (como se puede ver en el art. 8-A de dicha ley, en lo cual se exponen, a lo largo de sus párrafos, diferentes situaciones que correlacionan los elementos indicados arriba, sin dar lugar a la adecuación de una excepcional situación de insolvencia). Diferentemente, el art. 248 CIRE, que indica específicamente la posibilidad de obtención de la asistencia jurídica gratuita en el incidente de exoneración del pasivo restante, permite que el

²¹⁴MARTINS, L.M. *Processo...op. cit.*, p. 112. Traducción nuestra.

deudor disfrute del aplazamiento del pago de costas judiciales, o sea, otro tipo de asistencia jurídica consagrada en la ley, pero nada indica sobre la apertura del proceso.

La única referencia se hace en el párrafo 4, donde se puede leer que es posible acumular dicha asistencia con aquella relativa al nombramiento y remuneración del mandatario, por lo que se concluye que, cuando la ley imponga la presencia de un mandatario judicial (masa activa superior a 30 000 €), su obtención, a través del sistema de acceso gratuito a los tribunales, se torna bastante difícil, lo que dificulta la utilización del proceso concursal por los deudores personas físicas, particularmente cuando pretendan obtener la exoneración del pasivo restante. Importa, por lo tanto, una mayor sensibilidad por parte de las entidades concedentes de la asistencia jurídica gratuita en estos supuestos, a fin de no entorpecer o imposibilitar el inicio del proceso.

4.1.3 - Los documentos accesorios

El art. 24 CIRE prevé un conjunto de documentos que el deudor deberá obligatoriamente añadir a su solicitud.²¹⁵ Toda vez que tratamos de deudores consumidores, ni todos los documentos prescritos le son extensibles, particularmente cuando se traten de documentos relativos a las personas jurídicas o a los patrimonios autónomos – párrafo d) o cuando sean documentos inherentes a la actividad empresarial del deudor– párrafos f) g), h), relativos a la llevanza de contabilidad y párrafo i), relativo a mapas de trabajo.

Son aplicables al deudor persona física no empresaria los documentos indicados en el párrafo a), que corresponde a un documento que indique la totalidad de sus acreedores, domicilios, el

²¹⁵ En relación con las personas físicas, la redacción relevante del art. 24 es la siguiente:

“1 - Com a petição, o devedor, quando seja o requerente, junta ainda os seguintes documentos:
a) Relação por ordem alfabética de todos os credores, com indicação dos respectivos domicílios, dos montantes dos seus créditos, datas de vencimento, natureza e garantias de que beneficiem, e da eventual existência de relações especiais, nos termos do artigo 49.º;
b) Relação e identificação de todas as acções e execuções que contra si estejam pendentes;
c) Documento em que se explicita a actividade ou actividades a que se tenha dedicado nos últimos três anos e os estabelecimentos de que seja titular, bem como o que entenda serem as causas da situação em que se encontra; [...]
e) Relação de bens que o devedor detenha em regime de arrendamento, aluguer ou locação financeira ou venda com reserva de propriedade, e de todos os demais bens e direitos de que seja titular, com indicação da sua natureza, lugar em que se encontrem, dados de identificação registral, se for o caso, valor de aquisição e estimativa do seu valor actual;
2 - O devedor deve ainda: [...]
b) Justificar a não apresentação ou a não conformidade de algum dos documentos exigidos no n.º 1.”

montante de la deuda, fechas de exigibilidad, naturaleza de los créditos, existencia de garantías y la existencia de acreedores subordinados especialmente relacionados con el deudor; en el párrafo b), que implica la indicación de todas las acciones ejecutivas pendientes contra sí; en el párrafo c), que indica una memoria indicativa de todas las actividades a que el deudor se haya dedicado en los últimos tres años, así como la exposición de las causas de origen de la insolvencia; en el párrafo e), solicitándose un documento que indique los bienes que el deudor detenga en régimen de alquiler, locación financiera o adquiridos con reserva de propiedad, a que se añade una lista de todos los bienes y derechos de que sea titular, indicando datos de identificación registral, valor de adquisición y valor actual estimado.

Los documentos arriba indicados permiten al juez obtener una panorámica general de la masa activa (los bienes), de la masa pasiva (los acreedores) y sobre todo completar la información contenida en la solicitud, permitiéndose al deudor la indicación, de forma detallada, de los motivos que conducirán a la creación del estado de insolvencia, motivos que pueden ser de origen externa, o relacionados, como sabemos, con el comportamiento intrínseco del deudor, que puede resultar de una mala planificación financiera o de un comportamiento deliberado de endeudamiento. Segundo RAPOSO SUBTIL y otros, “no es suficiente un mero documento de contenido genérico, describiendo la actividad ejercida y cuales las causas de la insolvencia, sino se exige información amplia y detallada”.²¹⁶

El proceso de insolvencia no exige la buena fe del deudor, requisito que impide los deudores que contribuyeran de forma activa para la creación de su estado de insolvencia el recurso a los métodos de tratamiento del sobreendeudamiento, por lo que estos podrán recurrir al proceso insolvencial, pero deberán tener en cuenta que, aunque no les estando cerrada la posibilidad de obtención de la declaración de insolvencia, como sabemos, las soluciones posibles, existiendo mala fe del deudor, podrán no ser tan convenientes como para los deudores que acceden al proceso sin culpa. Todavía, es importante que esta exposición requerida en el art. 24 esclarezca el juez, los acreedores y la eventual administración concursal de los motivos que están en la génesis del proceso (y no solo en relación con la calificación de la insolvencia pues que, como veremos, el deudor consumidor podrá no ser abarcado por tal sección, sino

²¹⁶RAPOSO SUBTIL, A. [et al], *Código da Insolvência...op. cit.*, p. 105. Traducción nuestra.

para permitir la aprobación de las soluciones específicas previstas, como el caso de la exoneración del pasivo restante – véase el art. 238 CIRE).

El art. 24.2.a) exige, además, que el deudor añada al proceso un documento comprobante de los poderes de un eventual administrador que le represente, que solo será de aplicar cuando el deudor no sea una persona física capaz y, según el párrafo b) del dicho artículo, el deudor deberá justificar la falta de presentación o de conformidad de cualquiera de los documentos exigibles, pudiendo corregirlos o entregarlos posteriormente. En caso de que los documentos no sean presentados y no se añada justificación, el juez puede, según el art. 27.1.b) conceder un plazo para perfeccionamiento hasta cinco días.

Por otra parte, CARVALHO FERNANDES y LABAREDA amplían el papel de dicha decisión, afirmando que se previne también “la hipótesis del deudor justificar la falta, lo que implica que ante la notificación, el insolvente pueda aprovechar la oportunidad para, en alternativa a la junción de los documentos, fundamentar la no entrega”.²¹⁷

Importante también es la posibilidad, concedida al deudor, de entregar, junto con la petición inicial, *la solicitud de exoneración del pasivo restante*, de acuerdo con el art. 236.1 del CIRE, una de las medidas novedosas y propias para personas singulares introducidas por el CIRE, tema a que volveremos en el cuarto capítulo. Recordamos, como referenciamos más arriba, que el deudor no empresario, cuando pretenda obtener la exoneración, a pesar de no estar abarcado por el deber de solicitud del art. 18, deberá, en conformidad con el art. 238.1.d), iniciar el proceso en los seis meses posteriores a la verificación del estado de insolvencia. Diferente es lo previsto en el art. 251, que indica solamente que el deudor puede presentar, con la petición inicial, una propuesta de *plan de pagos*, otra de las formas específicas para la insolvencia de los consumidores, alternativa a la exoneración (art. 254 CIRE, que nos dice que el deudor, aunque cuando presente un plan de pagos, deberá declarar que, en caso de que esto no sea concedido, opta por la exoneración, por lo que deberá tener presente el mismo plazo).

La petición inicial deberá ser entregada en el tribunal, en soporte papel o digital, según el art. 26.1 CIRE.²¹⁸ En la primera situación, se entregan seis copias, una para archivo y cinco para

²¹⁷CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op. cit.*, p. 153. Traducción nuestra.

²¹⁸ Dicho artículo establece:

los mayores acreedores. En caso de que sea entregada en soporte digital, o a través de la plataforma CITIUS²¹⁹, corresponde a la secretaria del tribunal extraer las copias. Los documentos arriba indicados, sin embargo, deberán ser entregados en duplicado, para archivo y para consulta en el tribunal (art. 26.2 CIRE). No se entregando las copias y los duplicados de los documentos, la secretaria del tribunal, de acuerdo con el art. 26.3 CIRE, extrae oficiosamente dichas copias, imputando el pago a la masa insolvente, de acuerdo con el art. 51 a) CIRE, fijando aún el juez una multa por el incumplimiento.

4.1.4 - La tasa de justicia inicial

Acompañando los documentos arriba referidos, deberá comprobarse el pago de la tasa de justicia inicial, sin la cual el tribunal puede rechazar la petición (art. 14.1 RCP²²⁰).

Esta cuestión relativa a la obligatoriedad de pago de la tasa de justicia ha creado algunas dudas en la jurisprudencia y en la doctrina, por dos motivos: por un lado, según la redacción del art. 29.1.f) de la ley precedente, el Código das Custas Judiciais (DL. 224-A/96 de 26 de noviembre) los deudores solicitantes estarían exentos del pago de la tasa de justicia, independientemente del tipo de deudor; por otro lado, el actual art. 4.1 t) del RCP exenta, entre otros, las sociedades comerciales insolventes, excluyendo los deudores singulares, del

“1 - São apenas oferecidos pelo requerente ou, no caso de apresentação em suporte digital, extraídos pela secretaria os duplicados da petição necessários para a entrega aos cinco maiores credores conhecidos, e, quando for caso disso, à comissão de trabalhadores e ao devedor, além do destinado a arquivo do tribunal.

2 - Os documentos juntos com a petição serão acompanhados de duas cópias, uma das quais se destina ao arquivo do tribunal, ficando a outra na secretaria judicial para consulta dos interessados.

3 - O processo tem seguimento apesar de não ter sido feita a entrega das cópias e dos duplicados exigidos, sendo estes extraídos oficiosamente, mediante o respectivo pagamento e de uma multa até 2 UC.

4 - São sempre extraídas oficiosamente as cópias da petição necessárias para entrega aos administradores do devedor, se for o caso.”

²¹⁹La plataforma CITIUS fue creada por la Portaria núm. 114/2008 de 8 de febrero y permite a los varios intervinientes del proceso, sean abogados, magistrados o funcionarios judiciales, la entrega y consulta de procesos a través de las nuevas tecnologías, procediendo a una desmaterialización de los procesos en los tribunales.

²²⁰Regulamento das Custas Processuais, aprobado por el DL 34/2008 de 26 de febrero, alterado la última vez por el DL num. 52/2011 de 13 de abril. Dicho artículo indica que “ o pagamento da taxa de justiça faz-se até ao momento da prática do acto processual a ela sujeito, devendo o interessado entregar o documento comprovativo do pagamento ou realizar a comprovação desse pagamento, junto com o articulado ou requerimento.” De acuerdo con el art. 7.1 RCP, que importa, dependiendo del la cuantía del proceso, una tasa variable, de acuerdo con la tabla I anexa al indicado reglamento, pudiendo ir de 1 unidad de cuenta (procesos con valor inferior a 2000€) a 60 (procesos con valor superior a 600000,01 €). La unidad de cuenta es fijada anualmente, de acuerdo con el art. 5.1 y 2 del RCP, en relación con el indexante de apoyos sociales, fijado, para 2010, por la Portaria núm. 1514/2008, de 24 de diciembre que, todavía, fue derogada por la Portaria núm. 1458/2009, de 31 de diciembre, por lo que se mantiene en 102€ y no en 105€ como establecido por la primera normativa. La actualización para 2011 implica que la unidad de cuenta se fijará en €103.

pago de tasa de justicia. La interpretación de esta exención depende de tribunal para tribunal, toda vez que hay tribunales que consideran que la exención respecta a la propia solicitud de declaración de insolvencia y otros que entienden que tal exención solo se aplica, estando ya declarada la insolvencia, a futuras acciones propuestas por la sociedad insolvente.

De todos modos, los deudores personas físicas consumidores están obligados, ante la actual ley, al pago de la tasa de justicia, por lo que la asistencia jurídica gratuita que indicamos deberá contener, además del nombramiento de un abogado, la dispensa de pago de tasa de justicia, como se indica en el art. 16.1.a) de la Lei 34/2004. En este escenario, consideramos que la eliminación de la anterior exención presenta un carácter negativo, una vez que su existencia nos parecía más acertada teniendo en atención el propósito del CIRE al proporcionar condiciones adecuadas para que los deudores no empresarios disfruten de las soluciones específicas previstas en la ley.

La imposición del pago de la tasa, junto con las dificultades para acceder a la asistencia jurídica gratuita que expusimos más arriba, permiten observar un retroceso en relación al derecho derogado, dificultando el inicio del proceso para este tipo de deudores. Por otro lado, establece el art. 248 CIRE que, en el caso de que el deudor solicite la exoneración del pasivo restante, se atribuye el beneficio del aplazamiento del pago de costas judiciales hasta la decisión final de tal solicitud, en la parte en que la masa insolvente sea insuficiente para el correspondiente pago integral. Concedida la exoneración, tendría aplicación el art. 65 del CCJ, entretanto derogado, que permitía el pago de las costas aplazadamente, lo que no parece recogerse en el nuevo Reglamento de Costas. La jurisprudencia, sin embargo, considera que, cuando no sea impagada la tasa de justicia, se puede evitar el rechazo de la solicitud por el tribunal cuando se compruebe la entrega de la solicitud de asistencia jurídica gratuita, aun no concedida (con la atribución de asistencia jurídica, hay que aplicar el art. 467.3 del CPC, que permite sustituir el pago de la tasa por el documento comprobante de tal beneficio).²²¹

No olvidamos, sin embargo, el art. 302 CIRE, que establece, en sus apartados 2 y 3, que el juez puede reducir para 2/3 la tasa de justicia a pagar cuando se apruebe un plan de

²²¹Véase, por ejemplo, el Ac. TRC núm. 1485/09.TBACB.C1, de 13 de octubre de 2009, disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 4 de marzo de 2011. La sentencia afirma que, en caso de que no falten los documentos indicados, el tribunal debe convidar al autor a entregarlos antes de rechazar la pretensión, igual que se afirmara también en el Ac. TRC 995/06 de 3 de mayo, afirmándose que esta debería ser la conducta de los tribunales de primera instancia.

insolvencia que implique la conclusión del proceso o, excepcionalmente, a un valor no inferior a 5 unidades de cuenta. El cierre del proceso ocurre también, como se prevé en el art. 259.4 CIRE, con la aprobación de un plan de pagos, que se aplica particularmente a deudores personas físicas, y que es distinto del plan de insolvencia, pero el legislador no ha extendido el preceptuado en esta norma a tal caso, lo que será de criticar, toda vez que la reducción de costes en el concurso de deudores personas físicas siempre sería de aplaudir.

4.1.5 - El tribunal competente

El tribunal competente es otro de los aspectos importantes de la tramitación y, nos dice el art. 7.1 CIRE que, tratándose de deudores consumidores personas físicas, el tribunal competente a territorialmente es el tribunal del domicilio del deudor, siendo el proceso, de acuerdo con su párrafo 3, de la competencia del juez singular. En cuanto a la competencia material, establece la Ley 52/2008 de 28 de agosto²²², en su art. 121.1.a) que el tribunal competente es el tribunal *mercantil* y, en caso de que no exista en la circunscripción del domicilio del deudor, de acuerdo con el art. 128.2 LOFTJ, el tribunal de competencia genérica.²²³

Sin embargo, dicha ley solo se aplica a circunscripciones experimentales, debiendo entrar en vigor, hasta 2014, en todo el territorio (de acuerdo con el art. 187.3 LOFTJ), por lo que los mapas de los diferentes juicios del mercantil no están aprobados, siendo estos restrictos a los círculos judiciales de Lisboa y Porto, donde existen los dos tribunales mercantiles, y al juicio mercantil de las circunscripciones de Sintra y Baixo-Vouga, quedando la generalidad del territorio sin tribunal de competencia especializada.

Por lo tanto, continua a aplicarse la Ley 3/99 de 13 de enero, con su correspondiente mapa de circunscripciones judiciales, a los tribunales no abarcados por el nuevo mapa judicial experimental.

²²² Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais.

²²³ Los referidos artículos establecen, respectivamente: “1 - Compete aos juízos de comércio preparar e julgar: a) Os processos de insolvência; y “1 - Compete à gran instância cível: a) A preparação e julgamento das acções declarativas cíveis de valor superior à alçada do tribunal da Relação em que a lei preveja a intervenção do tribunal colectivo; 2 - Nas comarcas onde não haja juízos de família e menores ou de comércio, o disposto na alínea a) do número anterior é extensivo às acções que caibam a esses juízos.”

Uno problema, sin embargo, se plantea en relación con las modificaciones legislativas sucesivamente introducidas en la Ley 3/99, que se relacionan directamente con la temática del concurso de consumidores: la primitiva redacción del art. 89.1.a) después de la entrada en vigor del CIRE, con la Ley 53/2004, establecía que el tribunal mercantil sería únicamente competente para insolvencias de sociedades comerciales, o siempre que en la masa insolvente estuviese presente una empresa.²²⁴ Una posterior modificación, por el DL 76-A/2006, de 29 de marzo, ha uniformizado la competencia del tribunal mercantil, indicando el art. 89 que todas las insolvencias, independientemente del tipo de deudor, competían al tribunal mercantil, igual que en la actual previsión legal. Todavía, el art. 29 de dicho DL, que ha introducido la modificación indicada, fue declarado orgánicamente inconstitucional²²⁵, por lo que el DL. 8/2007, la última modificación a la LOFTJ, mantuvo su redacción original, quedando los deudores no empresarios fuera de la competencia de los tribunales mercantiles. Desde ya afirmamos que es más correcta la previsión legal que armoniza la competencia material de los tribunales mercantiles, haciéndolos competentes para todas las insolvencias, no solo en virtud de una mayor especialización de los jueces, sino debido al hecho de que el proceso, de acuerdo con el art. 9 CIRE, se considera urgente. Como refería, por ocasión de la publicación del CIRE, REIS SILVA,

[...] el cerne de la cuestión reside en la falta de medios, en primera instancia, de los tribunales portugueses, en el excesivo número de procesos, en la falta de preparación de (todos) los intervinientes. Esta ley presenta grandes potencialidades, pero para alcanzar su deseado objetivo de celeridad este hay que acompañarse de otras medidas (...) más tribunales de competencia especializada, creados, instalados y equipados, más funcionarios, asesores o asistentes para los jueces, de preferencia con competencia técnica adecuada [...]²²⁶

La reforma en curso del mapa judicial, seis años vueltos desde de la aprobación del CIRE busca, precisamente, la implementación de medidas destinadas a tornar real la rapidez prescrita por la letra da ley, concordándose con la idea fundamental de que los procesos concursales deberán estar bajo la competencia de los tribunales mercantiles, no solo por la mayor especialización requerida, sino precisamente por el establecimiento de la urgencia del proceso, haciéndolo más rápido y con resultados más eficaces. Sin embargo, hay quien

²²⁴Establece dicho artículo “1 - Compete aos tribunais de comércio preparar e julgar: a) O processo de insolvência se o devedor for uma sociedade comercial ou a massa insolvente integrar uma empresa”

²²⁵Ac. TC núm. 690/2006, Ac. TC núm. 692/2006, ambos de 19 de diciembre, y el Ac. TC núm. 43/2007, de 17 de enero, disponibles en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 4 de marzo de 2011.

²²⁶REIS SILVA, F. «Algumas questões processuais no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – uma primeira abordagem», *Miscelâneas do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, núm. 2, Almedina, Coimbra, 2004, p. 57. Traducción nuestra.

defienda que la insolvencia de los particulares debería competir a los tribunales de competencia civil genérica, hasta incluso porque los tribunales mercantiles no son especializados, exclusivamente, en cuestiones insolvenciales.²²⁷

Consideramos, a pesar de la opinión arriba expresada que, a buscarse la concreción de la reforma judicial prevista, la especialización de los tribunales para tratamiento de estas materias, alargada a todo el territorio nacional, conllevaría mejores resultados, como apuntamos, que la atribución, *tout court*, de las insolvencias no mercantiles a los tribunales de competencia genérica. La lentitud de la implementación del nuevo mapa judicial apunta, sin embargo, que es necesario recorrer un largo camino hasta que la aspiración de especializar los tribunales, en estos supuestos, se concrete, quedando los tribunales de competencia general, en realidad, encargados de la mayor parte de los procesos de insolvencia, sean empresariales, o civiles.

4.1.6 - La decisión judicial

La última fase de la tramitación procesal empezada por solicitud del deudor ocurre con el denominado pronunciamiento intermedio/liminar del juez, es decir, el análisis formal, documental y material de la petición inicial y anexos entregados. Esto se encuentra previsto en el art. 27²²⁸ y, en caso de que el juez no encuentre motivos para rechazar la solicitud del deudor, la tramitación de la fase declarativa del proceso termina, de acuerdo con el art. 28²²⁹, con la inmediata declaración de insolvencia del deudor. Segundo CARVALHO

²²⁷ Se puede leer tal afirmación en el Relatório de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas de 2010, p. 39, disponible en www.dgpj.mj.pt, consultado por última vez el 9 de febrero de 2011.

²²⁸ Establece dicho artículo que:

“1 - No próprio dia da distribuição, ou, não sendo tal viável, até ao 3.º dia útil subsequente, o juiz: a) Indefere liminarmente o pedido de declaração de insolvência quando seja manifestamente improcedente, ou ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis de que deva conhecer oficiosamente; b) Concede ao requerente, sob pena de indeferimento, o prazo máximo de cinco dias para corrigir os vícios sanáveis da petição, designadamente quando esta careça de requisitos legais ou não venha acompanhada dos documentos que hajam de instruí-la, nos casos em que tal falta não seja devidamente justificada. 2 - Nos casos de apresentação à insolvência, o despacho de indeferimento liminar que não se baseie, total ou parcialmente, na falta de junção dos documentos exigida pela alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º é objecto de publicação no Diário da República, no prazo previsto no n.º 4 do artigo 38.º, devendo conter os elementos referidos no n.º 8 do artigo 37.º”

²²⁹ Establece dicho artículo que: “a apresentação à insolvência por parte do devedor implica o reconhecimento por este da sua situação de insolvência, que é declarada até ao 3.º dia útil seguinte ao da distribuição da petição inicial ou, existindo vícios corrigíveis, ao do respectivo suprimento.”

FERNANDES y LABAREDA, este pronunciamiento sustancia “el primer acto del juez destinado al control sumario de la verificación de los requisitos mínimos de proseguimiento de la acción (...)” que puede, como vimos, ser el único, justificándose su necesidad para que “el tribunal se certifique de que no ocurren vicios insuperables ni faltan, de forma manifiesta, requisitos legales, para evitar que la insolvencia sea declarada y el proceso prosiga en condiciones anómalas”.²³⁰

Por lo tanto, el art. 27 establece que, en el propio día del reparto de los procesos (art. 17 CIRE con remisión para el art. 211 y ss. CPC) o hasta el tercer día laboral siguiente, el juez deberá, cuando la solicitud partió del deudor, tomar una de tres decisiones posibles. Cuando no existen motivos para rechazar la pretensión, deberá, de acuerdo con el art. 28 CIRE, declarar la insolvencia del deudor. Caso existan vicios corregibles, como la falta de documentos previstos en el art. 24 CIRE (sin justificación para la falta de entrega – art. 24.2.b) o incumplidos los requisitos legales de la solicitud, como indicados en el art. 23 CIRE, el juez puede conceder, de acuerdo con el párrafo b) del art. 27.1 CIRE, hasta cinco días al demandante para corregir los errores encontrados, so pena de rechazar la pretensión. Por último, deparándose el juez con vicios incorregibles, manifiestos en excepciones dilatorias que conoce de forma oficiosa (evaluación formal de la solicitud) o considerando la solicitud improcedente de forma manifiesta, emite una decisión de rechazo.

En relación con la primera situación, el juez, del análisis de la solicitud y de los documentos añadidos, considerando cumplidos los presupuestos materiales y formales recogidos por la ley, observándose la situación de insolvencia actual o inminente como descrita por el art. 3 CIRE, y cumplidos todos los requisitos del art. 23 y 24 CIRE (o justificada, en este último caso, la falta de los documentos a que alude esto último), declarará, hasta tres días laborales posteriores al reparto, la insolvencia del deudor (o cuando el juez solicite el perfeccionamiento de la solicitud, tres días laborales desde la respectiva corrección).

Esto sucede porque, como se recoge en el art. 28 CIRE, la solicitud del deudor equivale a que esto reconozca su insolvencia, no entrando el juez en consideraciones más largas que las referidas antes, lo que permite agilizar y acelerar el proceso toda vez que, al contrario de lo

²³⁰Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA J., *Código...op.cit.*, p. 161. Esta figura, regla del proceso declarativo hasta los años 90 del siglo pasado, se trata actualmente de una excepción, en virtud de la reforma entonces operada. Surge ahora como regla en el proceso concursal, en virtud del juez proferir inmediatamente la insolvencia del deudor sin realización de una audiencia.

que sucedía con el derecho precedente, no hay necesidad de llamar los acreedores antes de declararse la insolvencia. Se trata, por lo tanto, de una novedad introducida por el CIRE, en aras de promover los principios de economía procesal y celeridad, reconociéndose que el deudor hay un fuerte interés en la declaración de insolvencia, protegiéndose sus intereses directos (como lograr obtener rápidamente soluciones adecuadas), y de forma mediata, los intereses de los acreedores, que solo intervienen en la parte ejecutiva del proceso (a existir) o en la discusión de la adopción de medidas específicas para el tipo de deudor en cuestión (véanse, por ejemplo, los art. 256 y ss., relativos a la aprobación de un plan de pagos).

Concluimos, por lo tanto, que la solicitud del deudor, acompañada de todos los documentos necesarios, conduce a una rápida declaración de la insolvencia por el juez, que es llamado a estimar la legalidad del proceso, tanto en su vertiente material, relativa a los presupuestos subjetivo y objetivo, como en su vertiente formal, absteniéndose de analizar requisitos de oportunidad o de fondo, como sea cualquier pronunciamiento sobre la situación financiera del deudor (que se reservará, como veremos, para otras supuestos, como sea la atribución de la exoneración del pasivo restante). Esta solución se comprende también por el hecho de que al deudor, una vez presentada la solicitud, no es lícito el desistimiento, como se recoge en el art. 21 CIRE.

Respecto de la segunda de las hipótesis presentadas por la ley, existiendo en la solicitud vicios corregibles o faltando los documentos necesarios, sin justificación, el juez emite un pronunciamiento en el que permite, hasta cinco días después, que el deudor corrija las faltas apuntadas. Según CARVALHO FERNANDES y LABAREDA, en caso de falta de documentos, la “sanación de los vicios tanto ocurre cuando el demandante promueve la entrega como cuando justifica su falta.” Añaden los autores que “en esto punto, el tribunal deberá revelarse tolerante, por cuanto (...) la generalidad de los documentos exigidos por la ley tienen como propósito la facilitación de la producción de consecuencias conectadas con la declaración de insolvencia pero no estructuralmente condicionantes de la evaluación de la situación del deudor”.²³¹

²³¹Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...*, *op. cit.*, p. 162.

Más compleja es la situación en la cual se observen vicios corregibles en la solicitud: la falta de los elementos apuntados en el art. 23 es fácilmente corregida, pero se puede poner la cuestión de saber si, en relación a los hechos invocados, el juez puede considerar que estos son poco claros o insuficientes, permitiendo enmiendas. Esto porque, en caso de improcedencia de la solicitud, es decir, no se observar la insolvencia, el juez rechaza la solicitud del deudor, de acuerdo con el párrafo a) del art. 27.1, pero cuando aquella no se encuentre claramente descrita, indica ALBUQUERQUE que, por aplicación de las reglas del CPC, “el juez podrá convidar al demandante a perfeccionar la solicitud, que presente insuficiencias o imprecisiones, basándose en el principio de la cooperación (art. 266.2 CPC), de la buena fe procesal y de la consideración de la inaplicabilidad del art. 27.1.a) CIRE”.²³² Permitiendo al juez las dichas correcciones, el fallo del deudor en cumplir la entrega de los documentos o en perfeccionar la solicitud hay como consecuencia el rechazo del juez.

Las consecuencias son idénticas a las provocadas por el rechazo del juez según el art. 27.1.a) CIRE, la última de las situaciones previstas en la ley. Analizada la solicitud del deudor, el juez entiende que el proceso no deberá proseguir porque, por un lado, la solicitud (la declaración de insolvencia) es manifiestamente improcedente, o por otro, están patentes excepciones dilatorias de conocimiento oficioso, incorregibles.

El primer motivo se constata por los motivos a que ya aludimos, o sea, la inexistencia de la situación de la insolvencia actual o inminente, no estando patentes en la solicitud hechos que fundamenten suficientemente la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones vencidas o el elevado grado de probabilidad de tal ocurrencia. El segundo respecta a las excepciones generales previstas en el CPC, igual que descritas en el art. 493.2 y ejemplificadas en el art. 494. Como tal, constituyen impedimentos legales al proseguimiento del proceso, todas las excepciones que “impidan que el tribunal conozca el mérito de la causa y permiten la absolución”.²³³ Esto significa que, en ambas situaciones, el deudor podrá iniciar un nuevo proceso de insolvencia.

²³²Traducción nuestra. ALBUQUERQUE. P. «Declaração da situação de insolvência», *O Direito*, núm. 137, *op. cit.*, p.517. Para mayor desarrollo sobre los antedichos principios, véase, LEBRE DE FREITAS, J. *Introdução ao Processo Civil*, *op.cit.*, p. 149 y ss.

²³³Traducción nuestra. El elenco de excepciones dilatorias de conocimiento oficioso del tribunal son las siguientes, según el art. 494 del CPC: la incompetencia del tribunal, la nulidad del proceso, la falta de personalidad o capacidad judicial de las partes, la falta de autorización del autor, la falta de legitimación de alguna de las partes, la ilicitud de la coligación, la ilicitud de la pluralidad subjetiva judicial, la falta de mandatario, cuando obligatoria, o la falta, insuficiencia o irregularidad del mandato que sustenta la representación legal, el caso juzgado y la litispendencia.

Por último, el juez puede rechazar la solicitud, lo que no equivale a una verdadera sentencia, una vez que no existe análisis material (la sentencia de rechazo puede encontrarse en el art. 44 CIRE). Como tal, el art. 27.2 CIRE establece reglas relativas a la publicidad de la misma, publicidad que, en regla, se aplicará a la sentencia final, afirmándose que, en los casos en de solicitud por parte del deudor, dicha publicidad ocurre obligatoriamente²³⁴, de acuerdo con los art. 37.8 y 38.4 CIRE²³⁵, lo que permitirá a los acreedores tomar conocimiento de una

²³⁴Excepto cuando el pedido sea rechazado, basándose, total o parcial, en la falta de documentos que sustancien, de acuerdo con el art. 24.2.a) los poderes de los administradores que representen el deudor, lo que podrá surgir en los casos de representación legal o voluntaria, de acuerdo con el art. 6.1.b) del CIRE, situación en que no habrá lugar a publicitación.

²³⁵ El art. 37 establece que:

“1 - Os administradores do devedor a quem tenha sido fixada residência são notificados pessoalmente da sentença, nos termos e pelas formas prescritos na lei processual para a citação, sendo-lhes igualmente enviadas cópias da petição inicial.

2 - Sem prejuízo das notificações que se revelem necessárias nos termos da legislação laboral, nomeadamente ao Fundo de Garantia Salarial, a sentença é igualmente notificada ao Ministério Público, ao requerente da declaração de insolvência, ao devedor, nos termos previstos para a citação, caso não tenha já sido citado pessoalmente para os termos do processo e, se este for titular de uma empresa, à comissão de trabalhadores.

3 - Os cinco maiores credores conhecidos, com exclusão do que tiver sido requerente, são citados nos termos do n.º 1 ou por carta registada, consoante tenham ou não residência habitual, sede ou domicílio em Portugal.

4 - Os credores conhecidos que tenham residência habitual, domicílio ou sede em outros Estados membros da União Europeia, são citados por carta registada, em conformidade com os artigos 40.º e 42.º do Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de Maio.

5 - Havendo créditos do Estado, de institutos públicos sem a natureza de empresas públicas ou de instituições da segurança social, a citação dessas entidades é feita por carta registada.

6 - O disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de notificação e citação por via electrónica, nos termos previstos em portaria do Ministro da Justiça.

7 - Os demais credores e outros interessados são citados por edital, com prazo de dilação de cinco dias, afixado na sede, nos estabelecimentos da empresa e no próprio tribunal e por anúncio publicado no Diário da República.

8 - Os editais e anúncios referidos no número anterior devem indicar o número do processo, a dilação e a possibilidade de recurso ou dedução de embargos e conter os elementos e informações previstos nas alíneas a) a e) e i) a n) do artigo anterior, advertindo-se que o prazo para o recurso, os embargos e a reclamação dos créditos só começa a correr depois de finda a dilação e que esta se conta da publicação do anúncio referido no número anterior.”

El artículo 38 establece que:

2 - A declaração de insolvência e a nomeação de um administrador da insolvência são registadas oficiosamente, com base na respectiva certidão, para o efeito remetida pela secretaria:

a) Na conservatória do registo civil, se o devedor for uma pessoa singular;

b) Na conservatória do registo comercial, se houver quaisquer factos relativos ao devedor insolvente sujeitos a esse registo;

c) Na entidade encarregada de outro registo público a que o devedor esteja eventualmente sujeito.

3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 5 do artigo 43.º do Código de Registo Predial, a declaração de insolvência é ainda inscrita no registo predial, relativamente aos bens que integrem a massa insolvente, com base em certidão judicial da declaração de insolvência transitada em julgado, se o serviço de registo não conseguir aceder à informação necessária por meios electrónicos, e em declaração do administrador da insolvência que identifique os bens.

4 - O registo previsto no número anterior, quando efectuado provisoriamente por natureza, é feito com base nas informações incluídas na página informática do tribunal, nos termos da alínea b) do n.º 6, e na declaração do administrador da insolvência que identifique os bens.

5 - Se no registo existir sobre os bens que integram a massa insolvente qualquer inscrição de aquisição ou

situación de insolvencia no declarada, pudiendo tomar las medidas adecuadas, en caso de que se entienda proseguir el proceso, no logrando el deudor, que no puede, como recoge el art. 21 CIRE, desistir del proceso, obtener el desistimiento de otra forma.

4.1.7. - La declaración de la insolvencia

La sentencia que declare la insolvencia deviene, como hemos indicado, de la solicitud del deudor, que reconoce su insolvencia (art. 28 CIRE), debiendo aquella contener los elementos previstos en el art. 36 CIRE²³⁶. Estos elementos comprenden, en el caso del deudor consumidor persona física, la fecha y hora de emisión de la sentencia; la identificación del deudor, con indicación de su domicilio, impidiendo que se modifique la residencia sin comunicación previa al tribunal (facilitando el contacto y permitiendo una mayor

reconhecimento do direito de propriedade ou de mera posse a favor de pessoa diversa do insolvente, deve o administrador da insolvência juntar ao processo certidão das respectivas inscrições.

6 - A secretaria:

- a) Regista oficiosamente a declaração de insolvência e a nomeação do administrador da insolvência no registo informático de execuções estabelecido pelo Código de Processo Civil;
- b) Promove a inclusão dessas informações, e ainda do prazo concedido para as reclamações, na página informática do tribunal;
- c) Comunica a declaração de insolvência ao Banco de Portugal para que este proceda à sua inscrição na central de riscos de crédito.

7 - Dos registos da nomeação do administrador da insolvência deve constar o seu domicílio profissional.

8 - Todas as diligências destinadas à publicidade e registo da sentença devem ser realizadas no prazo de cinco dias.”

²³⁶ Dicho artículo establece que:

“Na sentença que declarar a insolvência, o juiz:

- a) Indica a data e a hora da respectiva prolação, considerando-se que ela teve lugar ao meio-dia na falta de outra indicação;
- b) Identifica o devedor insolvente, com indicação da sua sede ou residência;
- c) Fixa residência aos administradores do devedor, bem como ao próprio devedor, se este for pessoa singular;
- d) Nomeia o administrador da insolvência, com indicação do seu domicílio profissional;
- e) Determina que a administração da massa insolvente será assegurada pelo devedor, quando se verificarem os pressupostos exigidos pelo n.º 2 do artigo 224.º;
- f) Determina que o devedor entregue imediatamente ao administrador da insolvência os documentos referidos no n.º 1 do artigo 24.º que ainda não constem dos autos;
- g) Decreta a apreensão, para imediata entrega ao administrador da insolvência, dos elementos da contabilidade do devedor e de todos os seus bens, ainda que arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos e sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 150.º;
- h) Ordena a entrega ao Ministério Público, para os devidos efeitos, dos elementos que iniciem a prática de infracção penal;
- i) Declara aberto o incidente de qualificação de insolvência, com carácter pleno ou limitado, sem prejuízo do disposto no artigo 187.º;
- j) Designa prazo, até 30 dias, para a reclamação de créditos;
- l) Adverte os credores de que devem comunicar prontamente ao administrador da insolvência as garantias reais de que beneficiem;
- m) Adverte os devedores do insolvente de que as prestações a que estejam obrigados deverão ser feitas ao administrador da insolvência e não ao próprio insolvente;
- n) Designa dia e hora, entre os 45 e os 75 dias subsequentes, para a realização da reunião da assembleia de credores aludida no artigo 156.º, neste Código designada por assembleia de apreciação do relatório.”

colaboración con los órganos de la insolvencia por parte del deudor); el nombramiento de la administración concursal; la orden de entrega de los documentos previstos en el art. 24 CIRE en caso de que no entregados previamente por el deudor; la orden de aprehensión de los bienes del deudor, de forma a constituirse la masa activa; la entrega, al Ministerio Público, de elementos que sustenten la práctica de delitos criminales²³⁷; la apertura del incidente de calificación de insolvencia; la fijación de plazo, que puede extenderse hasta treinta días, para la reclamación de créditos; la indicación de que todos los acreedores deberán reclamar sus créditos junto al administrador de insolvencia, así como comunicarle la existencia todas las garantías reales de que deseen prevalecerse; por último, en la sentencia deberá constar la fecha de la junta de acreedores, de evaluación del informe de la administración concursal (art. 156 CIRE), que tendrá lugar en el intervalo de 45-75 días desde la fecha de la sentencia.

Los elementos que constan de la sentencia sirven a los propósitos de desencadenar la aplicación de ciertos efectos legalmente consagrados (no se tratando de efectos judiciales, una vez que su verificación no está dependiente de decisión del juez) , como sean la entrada en funciones del administrador concursal (art. 55 CIRE), la pérdida de poderes de la administración y de la disposición del deudor (art. 81 CIRE), la fijación de la masa activa (art. 149 y ss. CIRE), la reclamación de créditos (ya que los acreedores son llamados a intervenir en el proceso por la primera vez) y la marcación de la junta de acreedores referida. Como nos dice SERRA, “es razonablemente pacífico que la sentencia que declara la insolvencia es una sentencia declarativa en sentido propio (...) ella, implica, sin duda, una declaración (...) que reside en el hecho del juez reconocer judicialmente la situación de hecho que es fundamental en la declaración de insolvencia”. La conclusión de la autora nos dice que, a pesar de lo indicado más arriba, “es innegable que, simultáneamente, la sentencia constituya el deudor en una situación jurídica nueva: el estado de “insolvente”, que se proyecta, después, en innúmeras consecuencias, que afectan profundamente el deudor y las personas que con ello se relacionan”.²³⁸

Sin embargo, respecto de los deudores consumidores personas físicas (y pequeños empresarios), la sentencia podrá revestir diferente modelo, conforme la dirección tomada por

²³⁷ Los crímenes insolvenciales, encuadrados en el capítulo de crímenes contra el patrimonio (de los acreedores) , son los de insolvencia dolosa (art. 227 CP), insolvencia negligente (art. 228 CP), frustración de créditos (art. 227-A CP) y favorecimiento de acreedores (art. 229 CP).

²³⁸SERRA, C. *A Falência...op. cit.*, , p. 280-281.

el proceso. Cuando la opción sea la de seguir la tramitación normal, que conducirá obligatoriamente a una liquidación de sus bienes con o sin la exoneración del pasivo restante, art. 235 y ss. CIRE, los trámites serán los indicados arriba. Adoptándose la tramitación especial prevista en los art. 249 y ss. CIRE, de modo a obtenerse un plan de pagos, prevé el art. 255.1 CIRE que el proceso de insolvencia se suspende, cuando el juez considere probable la aprobación del plan y, en caso de aprobación, el art. 259.1 CIRE prevé que la sentencia solo contiene la fecha y hora de la decisión, así como la identificación del deudor y de su residencia, indicándose directamente, por remisión del art. 39.7.a) CIRE, que el deudor no pierde, en ningún momento, los poderes de administración y disposición, prevista en el art. 81.1 del CIRE.

Distinto es el contenido de la sentencia cuando se verifique el recogido en el art. 39 CIRE²³⁹, o sea, cuando el proceso cierra por insuficiencia de bienes y derechos. Aquí se prevé que, considerando el juez que el patrimonio del deudor es insuficiente para cubrir el pago de las costas procesales y de las deudas de la masa, como se indica en el art. 51 CIRE, no habiendo modo de asegurar el pago por medio de cualquier tipo de garantía, la sentencia incluye solamente las indicaciones referidas arriba, implicando la apertura del incidente de calificación de insolvencia con carácter limitado. En caso de existencia de indicios de la práctica de un delito criminal, se remite la información adecuada para tratamiento por el Ministerio Público. Esta situación puede ser invertida cuando algún interesado, según los art. 39.2.a) y 39.3 CIRE, solicite el complemento de la sentencia con toda la información indicada en el art. 36 CIRE, permitiendo la continuación del proceso con el depósito de una cuantía determinada por el juez, que permita la cobertura de los costes. Sin embargo, cuando el deudor solicita la exoneración del pasivo restante, no podrá aplicarse el previsto en este

²³⁹ Dicho artículo establece que:

“1 - Concluindo o juiz que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente e não estando essa satisfação por outra forma garantida, faz menção desse facto na sentença de declaração da insolvência e dá nela cumprimento apenas ao preceituado nas alíneas a) a d) e h) do artigo 36.º, declarando aberto o incidente de qualificação com carácter limitado.

2 - No caso referido no número anterior:

a) Qualquer interessado pode pedir, no prazo de cinco dias, que a sentença seja complementada com as restantes menções do artigo 36.º;

b) Aplica-se à citação, notificação, publicidade e registo da sentença o disposto nos artigos anteriores, com as modificações exigidas, devendo em todas as comunicações fazer-se adicionalmente referência à possibilidade conferida pela alínea anterior.

3 - O requerente do complemento da sentença deposita à ordem do tribunal o montante que o juiz especificar segundo o que razoavelmente entenda necessário para garantir o pagamento das referidas custas e dívidas, ou cauciona esse pagamento mediante garantia bancária, sendo o depósito movimentado ou a caução accionada apenas depois de comprovada a efectiva insuficiência da massa, e na medida dessa insuficiência.”

artículo, como establecido el art. 39.8 CIRE, siempre que tal solicitud ocurra antes a la sentencia que declare la insolvencia, lo que significa que el proceso, aunque se verificando la inexistencia de patrimonio, sigue sus trámites.

Cerrando el proceso en estas circunstancias, de acuerdo con el art. 39.7.b) CIRE, podrá instaurarse un nuevo proceso, de acuerdo con el párrafo d) de esto mismo apartado, siempre que el interesado cumpla el requisito de depositar la cuantía referida antes. Se comprende esta solución, una vez que la inexistencia de patrimonio embargable compromete el propósito del proceso, como es el de la satisfacción de los derechos de los acreedores, tornándose inútil su continuación en el caso de que se prevea que el patrimonio del deudor es insuficiente para el pago de los costes esenciales del proceso.

Por último, en lo que respecta a la notificación, publicidad y registro de la sentencia, se aplican los art. 37 y 38 CIRE. En el primero se establece que al deudor se notifica la sentencia (art. 37.2), y son emplazados los cinco mayores acreedores, personalmente o a través de correo certificado, dependiendo si el domicilio o sede se sitúa o no en territorio portugués (art. 37.3 y 37.1). Los acreedores conocidos cuya residencia o sede sean en territorio de la Unión Europea son también emplazados por correo certificado, así como las entidades públicas indicadas en la Ley (art. 37.4 y 5). Por último, los restantes acreedores son emplazados por vía de edictos, como se indica en el art. 37.7, fijados en el domicilio, en el tribunal competente y publicados en *Diário da República*. El propósito de tal notificación es el de darse a conocer al deudor el resultado de la decisión judicial, así como sobre la producción de efectos legales, como los del art. 81 y ss. CIRE, mientras que el emplazamiento permite llamar al proceso a los acreedores, especialmente para que procedan a reclamación de sus créditos (sin la cual su pretensión no será atendida en el proceso, como se puede leer en el art. 128.3 CIRE), y para que participen en la junta de acreedores prevista en el art. 156 CIRE, donde se aprecia el informe de la administración concursal.

El registro surge en el art. 38 CIRE. El tribunal, de oficio, registra en la conservatoria del registro civil la declaración de insolvencia (art.38.2), así como en la conservatoria del registro predial, en el caso de que existan bienes sujetos a registro en la masa insolvente (art. 38.3). Además, la secretaria, de acuerdo con el art. 38.6 a) y c), registra también, para efectos de

publicidad, la declaración de insolvencia en la lista pública de ejecuciones²⁴⁰ y comunica al Banco de Portugal, para que lo incluya en la Central de Responsabilidades de Crédito²⁴¹, en conformidad con lo dispuesto en el art. 38.6 a) y c). La publicidad se completa con la inscripción en la página informática del tribunal, de acuerdo con el párrafo b). Este régimen es aplicable, por remisión del art. 39.2.b), a las insolvencias abarcadas por el cierre precoz, como vimos, por falta de patrimonio.

4.2. - Solicitud del deudor en España

Teniendo en cuenta que el proceso concursal es un proceso judicial, este empezará con una solicitud, por parte de los legitimados, en el tribunal competente. Como afirmamos, la tramitación en España es muy parecida con aquella que describimos para el caso portugués, con tres diferencias importantes. En primer lugar, debido a la unidad procesal, el deudor consumidor persona física se sujeta al deber de solicitud previsto en el art. 5.1 LC. En segundo lugar, los efectos personales derivados de la declaración de insolvencia son también distintos, conforme la solicitud parta del deudor o de otro legitimado, como se puede leer en el art. 22 LC, lo que no ocurre en la ley portuguesa, donde, de acuerdo con el art. 81.1 CIRE, en caso de que el proceso no se suspenda (con la tramitación de la aprobación del plan de pagos – art. 255.1 CIRE), opera automáticamente la pérdida de poderes de disposición y administración por parte del deudor. Por último, la LC establece la posibilidad de aplicación del régimen de procedimiento abreviado previsto en el art. 190 LC, en oposición a la tramitación normal.

Recordamos que la LC no comprende soluciones específicas para la insolvencia de deudores no empresarios, por lo que la tramitación analizada es genérica para todo el tipo de insolvencias. Del mismo modo, la reforma emprendida por el legislador español, por el RD 3/2009 de 27 de marzo, más dedicada a corregir aspectos puntuales de la ley, no hay introducido muchas alteraciones al derecho anterior, en estos casos, ni tampoco lo hace la actual reforma en curso. Como señala CORDÓN MORENO

²⁴⁰ Disponible en <http://www.citius.mj.pt/Portal/Execucoes/ListaPublicaExecucoes.aspx>, consultado por última vez el 15 de enero de 2011. Su reglamentación se recoge en la Portaria núm. 312/2009, de 30 de marzo de 2009 y en el art. 806 del CPC.

²⁴¹ Creada por el DL. 204/2008, de 14 de octubre.

[...] el RDley no afronta una revisión unitaria de los temas procesales con esa finalidad específica de agilizar el procedimiento que estamos considerando, sino que, también en este punto y como dice la Exposición de Motivos, las medidas afectan sólo a aquellos «aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente»; es decir, se trata de una reforma urgente de aspectos parciales de la LC, aunque se deja abierta la puerta a una revisión en profundidad de la legislación concursal, «a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales» [...] ²⁴²

Por estos motivos, la tramitación se mantiene casi idéntica para los deudores que no revisten la condición de empresarios, con los evidentes problemas que la falta de soluciones específicas plantea, a pesar de estos se manifestaren de forma más evidente después de la declaración de insolvencia.

4.2.1 - El escrito de solicitud

La solicitud por parte del deudor puede encontrarse en el art. 6.1 LC²⁴³, estableciéndose que dicha solicitud se hace por escrito, individualmente,²⁴⁴ indicándose si la insolvencia es actual,

²⁴²CORDÓN MORENO, F. «Los aspectos procesales de la reciente reforma de la ley concursal» *Los Problemas de la Ley Concursal*, S.L. Civitas Ediciones, Madrid, 2009, p. 42.

²⁴³ Establece el referido artículo que:

“ En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.

2. A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes:

1 - Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta.

2 - La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio. [...]

3 - Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

4 - Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas.”

ROJO, A. «Solicitud del deudor», (art. 6) ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p.245. Tal es importante para caracterizar, como hemos visto, la supuesta imposibilidad de solicitud conjunta de los cónyuges, por ejemplo.

como prevista en el art. 2.2 LC, o inminente, de acuerdo con el art. 2.3 LC. Los autores se dividen, sin embargo, respecto de la naturaleza de tal escrito. FAIREN GUILLÉN, indica la forma y el contenido del mismo deberán seguir las reglas procesales generales, afirmando que “comienza por demanda en los términos de la prevista en la LEC para el juicio “ordinario”,²⁴⁵ o sea, de acuerdo con el art. 399.1 LEC. Por su parte, HÉRNANDEZ RODRÍGUEZ y ORELLANA CANO nos dicen que

[...] el deudor deberá presentar un escrito de solicitud de concurso en el cual no se exige ni se impone la forma de demanda, requiriéndose únicamente que exprese si su estado de insolvencia es actual o inminente. Esta exigencia ha de ser completada con el art. 2 que fija el presupuesto objetivo del concurso y establece que en caso de presentación de la solicitud por el deudor deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia que podrá ser actual o inminente.²⁴⁶

No tomaremos posición sobre tal diferencia doctrinaria, pero al contrario de lo que sucede en el régimen portugués, donde el CIRE prevé que la forma de la solicitud es idéntica a la del proceso ordinario (lo que nos permite una interpretación literal y una remisión para las reglas generales), el hecho de que la LC diferencia las solicitudes, parece dar razón a los que defienden que no es necesaria, formalmente, una demanda idéntica a la de la generalidad de los procesos declarativos. Más importante a retener de la letra de la ley es la necesidad del escrito que deberá contener dos requisitos fundamentales. Por una parte, la indicación del tipo de insolvencia y, por otra, su concreción, como se indica en el art. 2.2 LC, que se caracteriza por la justificación, proveniente del deudor, de su endeudamiento. Solo con la lectura simultánea de estos dos preceptos legales conseguimos comprender verdaderamente el alcance del contenido requerido por la ley, toda vez que la combinación entre la justificación del endeudamiento y la conclusión retirada de aquél, traducida en insolvencia actual o inminente, permitirá al juez observar si se cumplen los presupuestos de la declaración concursal.

El deudor deberá, por lo tanto, indicar su conjunto de deudas, identificar las que no puede o supone no poder cumplir, su tipo, su necesidad y los motivos que conducirán al estado que indica, sean estos motivos derivados de su comportamiento o de hechos externos que han comprometido su capacidad de cumplir (toda vez que el proceso concursal, como vimos, no

²⁴⁵FAIREN GUILLÉN, V. «La solicitud...» *RDM*, núm. 251, *op. cit.*, p. 227.

²⁴⁶HÉRNANDEZ RODRÍGUEZ y ORELLANA CANO, N. «Artículo 6», PRENDES CARRIL, (dir.) *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 223. En el mismo sentido, véase, GOMEZ MARTIN, F. «Artículo 6», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 236, que indica incluso ejemplos de contenido de la solicitud y ROJO, A. art.6, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 246. El autor, determina, sin embargo, que la exposición de los hechos y de la fundamentación legal debe separarse, igual que ocurre con la demanda.

implica la buena fe del deudor), correspondiendo al juez determinar la existencia del presupuesto objetivo.

Según ROJO, aunque no sea de aplicar el art. 399 LEC, se ponen de relieve elementos necesarios a incluir en el escrito de solicitud, como sean la *identificación del deudor* (o de sus representantes legales, cuando sea menor o incapaz), la *indicación del centro de los principales intereses*, que corresponderá normalmente a su domicilio (para efectos de determinación de competencia territorial del tribunal – art. 10.1 LC), la *clase de la insolvencia*, como referimos arriba, relacionada con la indicación de que se trate de una insolvencia actual o inminente y la *solicitud de la declaración judicial de insolvencia*, que es la razón de ser de la fase declarativa del proceso.

La falta de cualquiera de estos elementos, considerados esenciales, implica, como prevé el art. 13.2 LC, que el juez determine un plazo para que el deudor subsane el escrito presentado, so pena de inadmisión de la solicitud en cuestión.²⁴⁷ El proyecto de reforma de 2011 establece una modificación al art. 13.2 LC indicándose que, cuando la solicitud o los documentos presenten alguno defecto procesal o material, se puede conceder un plazo para subsanación que no ultrapase los cinco días.

Por otra parte, el deudor podrá indicar, voluntariamente, otro tipo de solicitudes, en aras de anticipación de las soluciones legales buscadas, como sea la *propuesta anticipada de convenio*, presente en el art. 104 LC, así como la *propuesta anticipada de liquidación*, prevista en los art. 6.4 y 142.1.1 LC, que estudiaremos con más detalle en el último capítulo.

4.2.2 - La asistencia jurídica

Como se prevé en el art. 6.2 LC, el primer documento exigible en el proceso es aquel que soporta el *poder especial* de solicitar el concurso, estableciéndose la regla de que el deudor deberá, como en la generalidad de los procesos, ser acompañado por un procurador, pero

²⁴⁷Para mayor desarrollo sobre estos elementos, véase ROJO, A. art 6, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 246 y ss.

dotado de poderes especiales (art. 23.1 LEC)²⁴⁸. Se añade el previsto en el art. 184.2 LC²⁴⁹ que establece la necesidad de intervención de un letrado, es decir, de abogado (art. 31.1 LEC²⁵⁰). Esto queda claro en la afirmación de ARANGÜENA FANEGO, con respecto al régimen español

[...] el deudor se encuentra sometido, por tanto, a un régimen dual y necesario de representación procesal y defensa técnica, lo que exige la designación por el de Procurador y Abogado entre los profesionales que libremente decida (artículos 545.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 33.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, designándosele de oficio a quien acredite insuficiencia de recursos para litigar (artículos 119 de la Constitución, 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6.3 y concordantes de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y su Reglamento de Desarrollo [...] y sin perjuicio que el propio deudor solicite conforme al art. 33.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil su designación por los respectivos Colegios de Procuradores y Abogados, tramitándose la solicitud de acuerdo con la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita pero comprometiéndose a retribuir a los profesionales a sí designados.²⁵¹

La diferencia es que lo previsto en el art. 184.2 LC sirve para todo tipo de concursos, exigiéndose solamente un poder general del procurador (art. 25.1 LEC), mientras que el art. 6.2.1 LC exige que, en caso de solicitud del deudor, el poder concedido sea especial, según el art. 25.2 LEC.²⁵² Este documento deberá redactarse notarialmente o, a fin de no elevar los costes, dictado en el proceso, antes de la primera intervención del procurador (art. 24.1 LEC).²⁵³

²⁴⁸ Establece dicho artículo que: “la comparecencia en juicio será por medio de Procurador, que habrá de ser licenciado en Derecho, legalmente habilitado para actuar en el Tribunal que conozca del juicio.”

²⁴⁹ Establece dicho artículo que: “el deudor actuará siempre representado por procurador y asistido de letrado sin perjuicio de lo establecido en el apartado 6 de este artículo.”

²⁵⁰ Establece dicho artículo que: “los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado.”

²⁵¹ ARANGÜENA FANEGO, C. «Art. 184.2, 3 y 4, - Representación y defensa procesales. Emplazamiento y averiguación de domicilio del deudor», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, p. 3014.

²⁵² Se puede leer en el art. 25 LEC que: “el poder general para pleitos facultará al procurador para realizar válidamente, en nombre de su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de aquéllos. 2 - Será necesario poder especial: para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto; para ejercitar las facultades que el poderdante hubiera excluido del poder general, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior; en todos los demás casos en que así lo exijan las leyes.”

²⁵³ En el art. 24 LEC puede leerse que: “1. El poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario judicial de cualquier Oficina judicial. 2. La escritura de poder se acompañará al primer escrito que el procurador presente o, en su caso, al realizar la primera actuación; y el otorgamiento *apud acta* debe ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación, sin necesidad de que a dicho otorgamiento concurra el procurador.”

Importante también, para que se reduzca el coste, es la posibilidad del deudor recurrir a la asistencia jurídica gratuita, según el art. 2.a) de la Ley 1/1996²⁵⁴, que indica que los “ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados Miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar” pueden, en el caso de que cumplan los requisitos previstos en el art. 3.1 de la predicha ley²⁵⁵, obtener, de acuerdo con los art. 6 y 27, el nombramiento de sus defensores de oficio, así como el soporte en variados costes relativos al proceso, siempre que, como indica el art. 3.4, requieran asistencia para defensa de intereses propios, lo que ocurre en el proceso concursal.²⁵⁶

En comparación con la estructura de la asistencia jurídica existente en Portugal, el régimen español parece presentar una mayor simplicidad, sino también, como observamos, es posible indicar idénticas dificultades cuando la asistencia sea negada lo que, debido a la falta de estructuras alternativas de tratamiento de la insolvencia, comporta una imposibilidad de solución. El proceso concursal no introduce nuevas cuestiones en este campo, una vez que las dificultades para acceso de los ciudadanos a la justicia, en caso de falta de asistencia jurídica, son comunes y observables en todos tipos de procesos de que aquellos pretendan valerse.

Por otra parte, no olvidando que el proceso concursal es, por encima de todo, un proceso judicial, lo que implica la representación por profesionales jurídicos, como sean los abogados y letrados, podríamos siempre cuestionarnos si en el caso de la insolvencia de consumidores, el deudor insolvente no beneficiaría de la intervención de otros profesionales, particularmente procedentes de entidades públicas o privadas de soporte al consumidor que, gratuitamente, se ocupen de cuestiones técnicas o de la negociación eventualmente existente en el proceso, con

²⁵⁴Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, publicada en el BOE 11/1996, de 12 de enero, modificada por la última vez por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Esta ley se completa con el correspondiente reglamento, que se recoge en el RD 996/2003, de 25 de julio, que aprueba el reglamento de asistencia jurídica gratuita, modificado por última vez por el RD 1455/2005 de 2 de diciembre.

²⁵⁵ La determinación de la incapacidad económica recogida en este artículo se basa en la computación anual y por unidad familiar de sus recursos y ingresos, debiendo tal asistencia ser concedida si no se supere el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de efectuar la solicitud, sin embargo de situaciones específicas, como las previstas en el art. 5.

²⁵⁶HERRERO PEREZAGUA identifica también la inserción gratuita de anuncios o edictos, el pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos, la asistencia pericial gratuita, la reducción o exención de derechos arancelarios y el pago de intérpretes y traducciones. HERRERO PEREZAGUA, J.F. «Acceso a la justicia, costas y asistencia jurídica en el proceso civil español» *Anuario de Derecho Civil*, núm. 60, Ministerio de la Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007, p. 612 y ss.

los acreedores. Sin embargo, debido a la forma como se presenta el proceso, en la LC, como dicha intervención puede parecer inadaptada, en virtud de la unidad de sistema y tratamiento que surge de la lectura legal, lo que implicaría una previsión específica que, hasta ahora, el legislador introducido.

4.2.3. - Los documentos accesorios

La segunda parte del art. 6 LC, en su apartado 2, indica cuales los documentos accesorios a añadir a la solicitud. Igual que ocurre en Portugal el deudor consumidor persona física no viene obligado a entregar todo los documentos previstos en la ley. Así, el deudor deberá aportar el documento que soporte el poder especial para instar el concurso (reservado al procurador) como vimos arriba, en el párrafo 1, la memoria expresiva en que conste la historia económica y jurídica del deudor, en el párrafo 2, un inventario de bienes, en el párrafo 3 y la lista de acreedores, como consta en el párrafo 4. Estos son documentos generales, comunes a todos los concursos, por oposición a elementos específicos a aportar por deudores empresarios o por personas jurídicas.

Respecto al segundo documento indicado, la *memoria* expresiva corresponderá a un documento que contenga la historia económica y jurídica del deudor, la descripción de sus actividades en los últimos tres años, así como la referencia a las causas que considere creadoras de la insolvencia. No indicaremos, toda vez que tratamos de deudores consumidores, las referencias de la ley relativas a los empresarios, sobre el contenido del documento, y añadimos que la propia doctrina se preocupa en rellenar los conceptos abstractos de historia económica y jurídica del deudor con base en el presupuesto de que el deudor será un empresario, toda vez que la propia ley no se encarga de separar las dos situaciones.

La función principal de dicho documento es la justificación del endeudamiento del deudor, requisito general del escrito de solicitud, lo que nos permite afirmar que la memoria permite completar el requisito del art. 2.3 LC. Esta interpretación es además sustentada por la jurisprudencia, que nos dice, a este propósito, que “la exigencia documental no es un fin en sí misma, sino que está al servicio de una finalidad sustantiva, que es la de justificar el presupuesto objetivo del concurso y proporcionar la información económica y patrimonial

adecuadas para permitir que la administración concursal pueda cumplir sus funciones esenciales”.²⁵⁷

Esta afirmación confirma los dos objetivos esenciales del documento. Por un lado, permitir al juez observar la existencia del presupuesto objetivo invocado, o sea, la insolvencia actual o inminente, a fin de que pueda dictar la declaración de insolvencia, en conformidad con el art. 14.1 LC; por otro, la memoria es esencial para que la administración concursal pueda efectuar su informe, de acuerdo con el art. 75.1.1 LC, debiendo, a estos efectos, como nos indica GÓMEZ MARTIN, “ratificar, completar o rectificar”²⁵⁸ dicha memoria, a fin de que el informe sea crítico y verdadero, analizando los datos indicados por el deudor y indicando no solo las incorrecciones encontradas, sino también completando la información en caso de necesidad, recurriendo a los datos que constan en el proceso y que se obtienen con la colaboración de las partes.

Dichos datos se dividen en diferentes categorías, indicadas por el art. 6.2.2 LC. ROJO²⁵⁹ nos indica de forma muy clara el contenido de cada uno de los requisitos del artículo en cuestión que, como vimos, no hay total aplicación a los deudores personas físicas consumidoras: *la historia económica del deudor* respecta a las actividades económicas desarrolladas por aquél, siendo que, en el caso de las personas naturales, se deberán indicar “las actividades profesionales o empresariales a que se hubiera dedicado, especificando las características de las mismas, los medios empleados en el ejercicio de dichas actividades, la evolución del patrimonio y las ganancias o las pérdidas obtenidas”. En los casos específicos que analizamos, estamos centrados en los deudores personas físicas que no desempeñan, de forma autónoma, actividades empresariales o profesionales, por lo que la historia económica deberá centrarse en la descripción del empleo o empleos del deudor y en los ingresos realizados y los gastos asociados (como sean los gastos con formación profesional o escolar) trazando un retrato relativo a la evolución de dicha situación profesional, que pueda explicar un mayor endeudamiento o una menor capacidad de pagos, que conduzcan a la situación de insolvencia.

²⁵⁷ AAP Barcelona de 25 de septiembre de 2007, como se recoge en ROJO A. y BELTRÁN, E., *Legislación y Jurisprudencia...op. cit.*, p. 46.

²⁵⁸ GOMEZ MARTIN, F. «Artículo 6», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios...*, Tomo I [, *op. cit.*, p. 244.

²⁵⁹ Todas las citas, pueden ser consultadas en ROJO, A. art.6, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 252 y ss.

Enseguida, el deudor deberá añadir su *historia jurídica* que, segundo el susodicho autor, comporta, en estas circunstancias, un “muy escaso contenido: en la memoria expresará el deudor la fecha de nacimiento y la de mayoría de edad (o de emancipación), así como la nacionalidad, la vecindad civil y lo domicilio y los cambios que se hubieren producido”. Al lado de este requisito, se recoge otro en el art. 6.2 LC que impone, cuando se trate de un *deudor casado*, la indicación, en el documento, de la identidad del cónyuge, así como el régimen económico del matrimonio vigente, lo que podrá tener impacto en la determinación de la masa pasiva, como consta en los art. 77 y ss LC.

En complemento a la memoria económica, el deudor deberá explicitar, en *los últimos tres años, las actividades a que se ha dedicado*, operación a la cual es de aplicar lo que indicamos antes, con respecto a su actividad profesional u otras relevantes.

Importante es la exposición de *las causas que el deudor considera creadoras de su estado de insolvencia*, con énfasis en su relato personal. Afirma ROJO, “la expresión de las causas de la insolvencia tiene que ser personal y concreta. Aunque las causas de la crisis puedan ser generales, la memoria debe especificar en qué medida esas causas generales han afectado al deudor”. En este documento, el deudor puede exponer las causas derivadas de su comportamiento, describiendo el tipo de endeudamiento, cuantías, alteraciones en la vida profesional que han contribuido voluntariamente para el deterioro patrimonial, o las causas derivadas de hechos externos, como el desempleo, las enfermedades, la modificación forzosa de la situación profesional, la modificación del estado civil que, aislada o conjuntamente, han comprometido fuertemente la capacidad de enfrentar a las deudas exigibles, de forma actual o previsible.

Consideramos que dichas indicaciones, por su naturaleza, serán las que deberán constar en la referida memoria, con las funciones que hemos determinado.

Pero, para completarse la lista de documentos necesarios, los art. 6.2.3 y 4 LC indican que es necesario identificarse el patrimonio del deudor, por lo que se solicita un *inventario de bienes y derechos* (con indicación de su valor de adquisición, valor real estimado, localización y gravámenes eventualmente existentes) y, por otra parte, el conjunto de sus acreedores, toda vez que la ley exige que se añada una *lista de acreedores* (incluyendo cuantías, vencimiento,

garantías existentes y acciones judiciales pendientes para obtención del pago). Estos dos documentos, que se pretenden lo más exhaustivos posible, sirven para que el juez y la administración concursal comprendan cual el patrimonio susceptible de garantizar el cumplimiento de los créditos a reclamar y los propios costes del proceso, así como identificar el conjunto de acreedores que constarán previsiblemente del proceso.

Hemos observado que dichos documentos componen un conjunto obligatorio, que deberá ser aportado por los deudores solicitantes. En el caso de que tal aportación no pueda hacerse en tiempo, o falte cualquiera de los elementos esenciales, impone el art. 6.5 LC que el deudor deberá justificar el motivo de no aportación, o sanar la irregularidad de los documentos que ha aportado.

El juez podrá, en estos casos, aceptar la justificación y, no siendo un elemento fundamental para la comprensión del presupuesto objetivo, declarar la insolvencia, basándose en el art. 14.1 LC pero, cuando considere observado lo previsto en el art. 13.2 LC, deberá conceder un plazo, hasta cinco días, para la subsanación de los vicios o faltas encontrados, a fin de que el deudor pueda corregir o entregar los documentos en falta, y logre, agotado tal plazo, la declaración judicial de insolvencia que pretende. En el caso de que el deudor no actúe, su pretensión será rechazada por el tribunal. Más, aunque cuando se declare la insolvencia, la aportación de documentos incompletos o inexactos desconsiderados por el juez a efectos de pronunciamiento sobre la solicitud, puede tener consecuencias, como son las previstas en el art. 40.3 LC, ya que el juez, incluso en caso de concurso voluntario (art. 22 LC) puede suspender los poderes de disposición y administración del deudor, con excepción a la regla general. En último análisis, cuando los documentos sean falsos o gravemente inexactos, la consecuencia podrá ser la calificación del concurso como culpable, de acuerdo con el art. 164.2.2 LC, como veremos en el capítulo siguiente. La jurisprudencia manifiesta estas interpretaciones, al afirmar que

[...] la no presentación de todos los documentos e información no determinan, de forma ineludible y automática, la inadmisión de solicitud, cuando para tales supuestos, el deudor exprese la causa que los motiva (...) solo en aquellos supuestos en los que se haya otorgado plazo de subsanación y no se haya procedido a la misma, y además lo no subsanado resulte determinante para valorar la

conurrencia del presupuesto objetivo del concurso, podrá inadmitirse la solicitud por defectos formales.²⁶⁰

Se reafirma, por lo tanto, la necesidad de adecuación de la solicitud y de los documentos al previsto en el art. 6 LC, toda vez que, no existiendo contradictorio, la toma de decisión del juez, de acuerdo con en el art. 14 LC, se basa exclusivamente en estos elementos.

4.2.4 - El tribunal competente

En lo que respecta al tribunal competente, la LC establece las reglas en el art. 8 y ss. LC, afirmándose desde pronto que son competentes para conocer la insolvencia del deudor, así como un conjunto de acciones con impacto patrimonial conexas con aquella, los *jueces de lo mercantil*. Se establece, de este modo, de forma pacífica, que todas las insolvencias deberán pasar por estos tribunales mercantiles, creados por la LORC que ha venido, en su art. 2, modificar la Ley Órgánica del Poder Judicial, inscribiendo en su art. 86 ter²⁶¹ la existencia de un tribunal mercantil, que materializa los principios de la reforma defendidos por el legislador, como son la celeridad procesal y la especialización de los tribunales, así como, indirectamente, la unidad del proceso, toda vez que todos procesos, con independencia de la origen de las deudas, se encuentran abarcados por el tribunal mercantil.

Esta motivación podrá ser comprobada en la Exposición de Motivos de la LORC, que afirma que “el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor”. Se crean así, en las palabras de BANACLOCHE PALAO, “órganos jurisdiccionales unipersonales y especiales pertenecientes al orden jurisdiccional civil, a los que se atribuye el conocimiento en determinadas materias de carácter civil y mercantil”.²⁶²

La creación de los juzgados de lo mercantil correspondió así a la reforma orgánica del proceso concursal, a fin de relacionar los aspectos procesales con los aspectos sustantivos pensados

²⁶⁰AAP Pontevedra de 15 de diciembre de 2005. ROJO A. y BELTRÁN, E., *Legislación y Jurisprudencia...op. cit.*, p. 48.

²⁶¹Ley Orgánica núm. 6/1985, de Política Judicial, modificada por la última vez por la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible. Se establece, en dicho artículo, que “con carácter general, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o varios juzgados de lo mercantil.”.

²⁶²BANACLOCHE PALAO, J. *Los Juzgados de lo Mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 83.

por el legislador, de modo a imponerse una competencia material específica, atribuyéndose aún, además de las tradicionales competencias procedentes del derecho derogado, un mayor número de poderes al juez y una mayor discrecionalidad en su ejercicio, igual que se señala en la Exposición de Motivos de la LC (“lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso”).

La competencia territorial puede encontrarse en el art. 10 LC, donde se puede leer que el criterio adoptado es el del centro de los principales intereses del deudor, afirmándose que este, de acuerdo con el apartado 2, es el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de dichos intereses. El apartado 1 de este artículo pone de relieve también el domicilio del deudor, indicándose que cuando no existe coincidencia entre este y el centro de sus principales intereses, los demandantes pueden optar por uno de los dos juzgados de lo mercantil competentes. Por este motivo, *a contrario*, podremos extraer que, el domicilio puede servir de criterio para determinación del centro de principales intereses. Observa el AJM de Alicante, de 16 de junio de 2008

[...] en el caso de las personas naturales si se dedican a actividades empresariales o profesionales, el centro de los intereses principales se ubica donde se localice el centro empresarial o profesional; si no lleva a cabo tales actividades, será su residencia habitual, pues desde aquí habrá que entender que gestiona su patrimonio²⁶³,

lo que permite resolver de forma definitiva la competencia territorial, tratándose de concurso de deudores consumidores personas físicas, toda vez que, no ejerciendo actividad profesional o empresarial de forma autónoma, quedará como lugar de administración efectiva y real de sus intereses, el de su domicilio, siempre que este sea en territorio español, dictándose la competencia territorial en conformidad con el juzgado del mercantil existente.

La especialización de los tribunales, como referimos antes, es beneficiosa tanto para deudores como acreedores, porque los jueces se encuentran más preparados técnicamente para resolver todas las cuestiones planteadas por un proceso concursal, ofreciendo también una mayor celeridad en la tramitación de los procesos, al menos en teoría. Las buenas intenciones del legislador han chocado, en la práctica, con la falta de medios humanos y materiales de los

²⁶³ Disponible en <http://www.bufete-baro.com/admin/docs/Jurisprudencia-concursal.pdf>, consultado por la última vez en 14 de junio de 2010.

tribunales mercantiles, lo que ha provocado su colapso, potenciando que las partes eviten al proceso concursal.²⁶⁴ El estrangulamiento de la justicia concursal es, a pesar de ajena al contenido y propósitos queridos por la LC, un problema con que pueden debatirse deudores y acreedores por estos días, pero pensamos que la especialización de los tribunales es la mejor solución en lo que respecta al desarrollo del proceso y potencia la evolución positiva y sistematizada de la jurisprudencia concursal – tal no se obtendría con la atribución del proceso a los tribunales comunes que, de todos modos, no solucionaría la cuestión de la falta de celeridad en el proceso.

Pensamos que la auto-responsabilización de las partes, particularmente en lo que respecta al inicio precoz del proceso y a los mecanismos de negociación en ello previstos, haciendo un uso correcto de los mecanismos concursales, permitiría una mayor desobstrucción temporal de los procesos, evitando su tramitación prolongada, particularmente en los casos de liquidación. Para tal, hay que encarar al proceso concursal como una forma de cura y no como un mal, no solo por el deudor, sino por sus acreedores, evitándose el arrastre de la situación de insolvencia. Los procesos sencillos, especialmente los acompañados de solicitudes de convenios anticipados, como sería el escenario óptimo de las insolvencias de consumidores, podrán ser rápidamente resueltos por los tribunales, obviando los problemas expuestos.

4.2.5 - La provisión y la decisión sobre la solicitud

El art. 13 LC²⁶⁵ establece el plazo para que el juez del mercantil encargado del proceso, desde su reparto, emita una decisión sobre la provisión de la solicitud, indicándose que en el propio día, o en el día hábil siguiente, se examine la solicitud y se emita una decisión conforme al art. 14 LC²⁶⁶, en el caso de que se estime que esta esté completa o, cuando si detecten defectos en

²⁶⁴ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.13, *op. cit.*, p. 322, disponible en www.laleydigital.es, consultado por última vez el 3 de marzo de 2011. El autor afirma que las alteraciones de la ley, en el sentido de potenciar las negociaciones extrajudiciales, son precisamente fruto de tal colapso, a fin de evitarse la duración excesiva de los procesos en juicio.

²⁶⁵ Nos dice el artículo que: “en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, proveerá conforme a los artículos 14 ó 15.”

²⁶⁶ Nos dice el artículo que: “1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no

los documentos, de tipo formal (incorrección, faltas parciales o totales de documentos o de elementos que deberán contener aquellos), o elementos a incluir en la solicitud (no se indicando si se trata de insolvencia actual o inminente, o falta de identificación del deudor, por ejemplo), se determine, en el mismo plazo, un plazo adicional de hasta cinco días para que el deudor pueda subsanar o justificar, de acuerdo con el art. 6.5 LC, la falta o incorrección detectada, so pena de rechazo de la solicitud, que admitirá recurso.

Se observa, en primer lugar, que los plazos son bastante cortos, lo que proporciona la concreción del principio de la celeridad procesal indicado por la reforma, pero tal puede también constituir un problema, en la medida que “obliga, en la generalidad de los casos, a que el juez realice un examen muy superficial que deberá limitarse a observar los requisitos mínimos, formales y de procedimiento, competencia y liquidación”.²⁶⁷ Esto puede ser perjudicial cuando el concursado sea una persona jurídica o un empresario, pero tratándose de deudores consumidores personas físicas, la información contenida en el escrito de solicitud y la documentación aportada, siendo de menor complejidad y número, están mejor encuadradas en esta apelación hecha por la ley a la celeridad procesal, adecuándose los plazos cortos a este tipo de insolvencias, que carecen de una solución más inmediata.

Observada la integridad y corrección del escrito de solicitud y de los documentos, *ab initio*, o recorrido el plazo para tales correcciones, el juez deberá emitir la provisión sobre la solicitud del deudor, de acuerdo con el art. 14.1 LC, que podrá conducir a la declaración de insolvencia o al rechazo de aquella, por falta de verificación del presupuesto objetivo (y subjetivo). Existe, por lo tanto, una intervención del juez, no habiendo declaración automática de la insolvencia, pero un análisis sobre el contenido de la pretensión y su adecuación al previsto en los art. 2.2. y 2.3 LC, de acuerdo con los documentos aportados, sin lo cual el juez no puede declarar la insolvencia, no estando suficientemente explícita o comprobada por la solicitud del deudor. Como nos indica CALDERÓN, “el tribunal no emite un juicio en términos de

podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.³ Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.”

²⁶⁷ARANGÜENA FANEGO, C. «Artículo 13 », SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 361.

verosimilitud (como el provisional y indiciario de medidas cautelares), sino de certeza”²⁶⁸, como se comprende, además, por la posibilidad de denegación de la solicitud cuando el deudor no logre añadir, o justificar, la falta de documentos esenciales, sean de índole procesal, pero especialmente de índole material (no existiendo la prueba de insolvencia requerida). El AJM de Tarragona, de 22 de noviembre de 2004, añade que

[...] en la vigente normativa se produce un cambio sustancial en relación a la solicitud de declaración de quiebra regulada en la legislación derogada, pues, mientras en el derecho codificado se presumía que el deudor que solicitaba la declaración de quiebra voluntaria se encontraba en estado de insolvencia, la Ley Concursal requiere una prueba de ello que pueda deducirse de la información contenida en la documentación aportada. [...]²⁶⁹

Como nos dice el propio texto legal, el juez deberá dictar auto de declaración del concurso “si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto”, resulta la insolvencia requerida por el deudor. A ley, en este punto, permite al juez que base sus convicciones relativas a la verificación de insolvencia en los hechos indiciarios previstos en el art. 2.4 LC, así como en otros que sean evidentes en la solicitud. No nos exentamos de emitir un juicio de curiosidad y aprobación en relación a la redacción legal: curiosidad por no existir tal fórmula en el régimen portugués²⁷⁰ y aprobación, toda vez que estos hechos sustancián la solicitud de los restantes legitimados, lo que potencia la evidencia de la insolvencia, por lo menos actual, quedándose los restantes hechos indicados en el art. 14.1 LC, última parte, reservados, por ejemplo, a la observación de la insolvencia inminente. Se trata de una forma, pensamos, muy acertada, puesto que, observándose las condiciones que tornan posible el concurso necesario, la comprobación de su existencia en la solicitud del deudor facilita la toma de decisión del juez.

En el caso de que de la documentación aportada no resulte la insolvencia inminente o actual alegada por el deudor, el juez desestimaré la pretensión, de acuerdo con el art. 14.3 LC (segundo el proyecto de reforma de 2011, pasa a recogerse en el art. 14.2), pudiendo aquél interponer recurso de reposición o presentar nueva solicitud, dentro del plazo existente para el cumplimiento del deber de solicitud. Segundo ARANGÜENA FANEGO,

[...] Si bien dada la escasa operatividad del recurso de reposición, habida cuenta su carácter devolutivo y el bajo índice de éxito de tales recursos, haría en principio poco atractivo su planteamiento, no debemos olvidar que puede resultar más que aconsejable como modo de evitar

²⁶⁸CALDERÓN, P. «Provisión sobre la solicitud del deudor», (art. 14), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 384.

²⁶⁹ROJO A. y BELTRÁN, E., *Legislación y Jurisprudencia...op. cit.*, p. 56.

²⁷⁰ Sin perjuicio del principio del inquisitorio, recogido en el art. 11 CIRE, que podrá producir idéntico resultado.

que al menos durante el período de tiempo que medie hasta la resolución del recurso el deudor evite que se admita a trámite una declaración de concurso necesario [...]²⁷¹

El plano intermedio de esta fase de la decisión judicial es el previsto en el art. 14.2 LC, cuando el juez concluya que existen indicios suficientes de la situación de insolvencia aducida por el deudor, pero la documentación constante del proceso es insuficiente para su comprobación, permitiéndose al deudor que aporte los documentos en falta, hasta cinco días desde la permisión de plazo suplementario, situación que es distinta de la prevista en el art. 13.2 LC, toda vez que esta dice respecto a requisitos de forma y no de fondo. Se pide, por esta vía, al deudor, que aporte para el proceso los documentos que permitan, más que disipar dudas del juez, comprobar un estado que reconoce, quiere ver declarado y no ha sustentado debidamente. De notarse que, con el proyecto de reforma de 2011, este artículo es eliminado, aplicándose el art. 13.2 LC, que establece, sin embargo, idénticos plazos.

4.2.6 - Auto de declaración de insolvencia

Observada y comprobada la insolvencia inminente o actual en el proceso, el juez emitirá, en conformidad con el art. 21 LC²⁷², auto de declaración de concurso, declarándose también

²⁷¹ARANGÜENA FANEGO, C. «Artículo 14 », SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004,p. 392.

²⁷² Establece el artículo que:

1. El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos:

1. El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación.
2. Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.
3. En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6.
4. En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.
5. El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el "Boletín Oficial del Estado" del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 23.
6. La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso.
7. En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales.

abierta la sección primera, de acuerdo con los art. 16 y 183.1 LC, donde se puede leer que esta corresponde a la declaración del concurso, a las medidas cautelares (art. 17 y 21.4 LC), a la resolución de la fase común (art. 21.2 LC), a la conclusión y, cuando se verifiquen los presupuestos, a la reapertura del concurso (art. 176 y ss. LC).

Se trata de la decisión de una acción declarativa, a pesar de que, seguidamente, el proceso puede desarrollarse con características de una acción de tipo ejecutivo, en caso de que proceda la liquidación del patrimonio del deudor. Según GONZÁLEZ VELASCO, “dentro de las resoluciones denominadas declarativas, en el auto declarando el concurso se da, ciertamente, ese carácter declarativo, y dentro de los distintos tipos, se puede afirmar, que previa declaración de una realidad, crean en el deudor un *status* peculiar y determinado”.²⁷³

El auto deberá, según el apartado 1, párrafo 1, indicar la clasificación del concurso como voluntario o necesario, de acuerdo con el art. 22 LC. Esta indicación es importante, como se comprueba por el art. 21.2 LC, nombrándose la administración concursal y indicándose los efectos del concurso a nivel personal, por aplicarse el art. 40.1 LC, que determina, en el primer caso, que el deudor mantiene sus facultades de administración y disposición, estando solo cometido a la intervención de la administración concursal y, en el segundo, por aplicación del art. 40.2 LC, suspendiéndose tales facultades, pasando el deudor a sujetarse a la sustitución por la administración concursal, como veremos en el capítulo siguiente.

Esto tiene impacto en la esfera jurídica del deudor, que puede ver suspendidas sus facultades de gestión normal y extraordinaria, pudiendo comprometer de forma seria la administración diaria propia y del agregado familiar del deudor. Por otra parte, de acuerdo con el art. 40.3 y 4 LC, el juez puede, basándose en los datos existentes en las solicitudes de parte a parte, modificar la regla general, por lo que se tendrá en cuenta el comportamiento concreto del deudor, anterior y durante el proceso, tanto inicialmente, en el auto, como posteriormente.

8. En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado a que se refiere el capítulo II del título VIII de esta Ley.

2. El auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso, que comprenderá las actuaciones previstas en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme.

²⁷³GONZÁLEZ VELASCO, J-P, «Artículo 21», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 452-453.

Indudablemente, las ventajas para el deudor derivadas del mantenimiento de tales facultades implican que cumpla el deber de solicitud a que se encuentra sujeto.

La ley impone también que el juez, en el auto, adopte las medidas cautelares que considere necesarias a fin de preservar el patrimonio del deudor (art. 21.3 LC)²⁷⁴, indique al llamamiento de los acreedores (en este caso, por la primera vez al proceso, para fijarse la masa pasiva, art. 21.4) LC, la publicidad que haya de darse al concurso (art.21.6 y 23 y ss. LC), la decisión sobre la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales (art. 21.7 y 77.2 LC) y la posibilidad de aplicarse el procedimiento abreviado previsto en el art. 190 y ss. LC), así como declare abiertas las secciones siguientes del concurso, en conformidad con el dispuesto en el art. 21.3 LC. Elemento de mayor importancia, especialmente para la determinación del futuro del propio concurso, es la decisión del juez sobre una eventual propuesta de convenio anticipado, formulada por el deudor, según el art. 104 LC, toda vez que el art. 106.2 LC establece que el juez deberá resolver sobre la admisión a trámite de tal propuesta en el auto que declara el concurso.

Con respecto a la publicidad dada a la sentencia, se aplican los art. 23 y 24 LC²⁷⁵. En el primer se dice, en el apartado 1 y 3, que la publicidad deberá hecerse preferentemente por

²⁷⁴No existe un elenco taxativo de medidas cautelares en estos supuestos, pudiendo estas ser del mismo tipo indicado en el art. 17 (remisión para el art. 721 y ss de la LEC), u otras, como por ejemplo las previstas en el art. 1 de la LORC 8/2003, que interfieren con los derechos fundamentales del concursado, que estudiaremos en sede propia.

²⁷⁵ Establecen los art. 23 y 24, respectivamente, que: “1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones.El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el *Boletín Oficial del Estado*, y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su NIF, el juzgado competente, el número de autos, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso. 2. En el mismo auto de declaración del concurso o en resolución posterior, el juez, de oficio o a instancia de interesado, podrá acordar cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso.3. El traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los medios de publicidad correspondientes.Excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, quien debe remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes.Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el Secretario judicial a los medios de publicidad. 4. Las demás resoluciones que, conforme a esta Ley, deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. 5. El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las

medios electrónicos, informáticos o telemáticos, por lo que, de acuerdo con el art. 198 LC, se ha establecido el Registro Público Concursal²⁷⁶, tornando accesible *online* la información, sin perjuicio de publicación simultánea en el BOE de un extracto y se adoptaren otras medidas complementares de publicidad, con relación al auto de declaración de la insolvencia. Todos los otros edictos deberán ser publicados en la *web* y en el tablón de juzgados del tribunal. Por otra parte, el art. 24.1 LC establece que los efectos sobre las facultades de la persona natural deberán ser inscritos oficiosamente en el Registro Civil, así como en el registro público a que se sometan los bienes del deudor.

4.2.7 - El procedimiento abreviado

En el art. 190 y ss. LC se prevé una forma simplificada de concurso, aplicable a los deudores personas físicas, independiente de su calidad de empresarios, que, por modificación del RD 3/2009, ha dejado de estar en la dependencia de decisión del juez y pasa a aplicarse necesariamente a ciertos deudores siempre que, según el art. 190.1 LC, la estimación inicial del pasivo no supere 1.000.000 € Evidentemente, en el caso de concurso de consumidores, el pasivo no será, en regla, próximo de dichas cuantías, por lo que la ley posibilita una opción

disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

“1. Si el deudor fuera persona natural, se inscribirán, preferentemente por medios telemáticos, en el Registro Civil la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales. 2. Si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se inscribirán, preferentemente por medios telemáticos, en éste las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, practicándose previamente la inscripción del sujeto cuando ésta no constase. [...] 4. Si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de los bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley. 5. El traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los registros correspondientes. Excepcionalmente y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo. En tanto no sea firme, el auto de declaración de concurso será objeto de anotación preventiva en los correspondientes registros.

²⁷⁶ Disponible en <https://www.publicidadconcursal.es/>. Este registro fue creado con la reforma de 2009, de acuerdo con el art. 6.10 del RD 3/2009 y en conformidad con la disposición adicional tercera del indicado decreto-ley, abdicándose de la publicidad en los periódicos de circulación normal y concretizándose la aspiración de la LC, prevista en el art. 23 desde 2003. Para mayor desarrollo sobre la temática, COLINO MEDIAVILLA, J.L. «La publicidad del concurso en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009», *RDCPC*, núm. 11, La Ley, Madrid, 2009, p. 123-132.

válida para la simplificación del proceso, como se demuestra por la lectura del art. 191 LC, que nos dice que, a efectos de este procedimiento, los *plazos legales son reducidos para mitad*, así como *la administración concursal será compuesta por un solo miembro*, excepto cuando el juez considere que tal medida no sea adecuada para un buen desarrollo del proceso.

Como nos dice GUTIERREZ DE CABIDES,

[...] La *ratio* a la que pretende responder genéricamente la instauración de un procedimiento abreviado (en nuestra legislación, como en otras) es la de simplificación y celeridad del proceso concursal, con vistas a su mayor economía y, por ende, eficacia. Más concretamente, estas modalidades especiales del proceso concursal se han instaurado en otros ordenamientos como mecanismo de respuesta específica (adecuada, proporcionada y, a la postre, justa) a las situaciones de crisis económica «doméstica». Es decir, como normas concursales (de proyección tanto sustantiva como procesal) aplicables a la persona física (en ocasiones en su condición de consumidor, en otras extendiéndose también al autónomo o pequeño empresario); o, en otros casos, desde una perspectiva objetiva, como mecanismo para situaciones de dificultad económica derivadas de deudas no profesionales [...].²⁷⁷

Este cuadro legislativo está, sin embargo, a punto de ser nuevamente modificado, toda vez que el proyecto de reforma de la Ley Concursal de 2011 ha optado por introducir nuevas reglas en lo que respecta al acceso al procedimiento.

En primer lugar, al juez vuelve a competir la decisión sobre la necesidad de aplicación del procedimiento abreviado, recuperándose una redacción próxima de la original, como puede leerse en el art. 190 LC²⁷⁸. Deja, por lo tanto, de ser obligatoria la tramitación de cualquier concurso, por esta vía, cuando se verifiquen los requisitos prescritos por ley, como ocurrió

²⁷⁷ GUTIERREZ DE CABIDES, P. «Artículo 191», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 792-793. La primera fórmula surge en la *InSo* y en el CIRE, como veremos en el tercer capítulo.

²⁷⁸ Establece dicho artículo: “1- El juez aplicará un procedimiento especialmente simplificado cuando el deudor sea una 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. 2. En cualquier momento de la tramitación de un concurso ordinario en el que quede de manifiesto la concurrencia de los requisitos mencionados en el apartado anterior, el juez del concurso ordenará, de oficio o a instancia de parte, la conversión al procedimiento abreviado sin retrotraer las actuaciones practicadas hasta entonces. También podrá, con idénticos presupuestos y efectos, ordenar la conversión inversa cuando quede de manifiesto que en un procedimiento abreviado no concurre alguno de los requisitos exigidos.”

con la modificación operada por el RD 3/2009 (el artículo elimina la locución ámbito de aplicación necesaria, para pasar a indicar solamente ámbito de aplicación).

Los requisitos en los cuales se basa la ponderación del juez son también alterados, dejando de constar la cuantía y pasando a exigirse, cumulativamente, que el número de acreedores sea inferior a 50, que la estimación inicial del pasivo no supere 5 millones de euros y que la valoración de bienes y derechos no sea superior a idéntica cuantía. Además, el juez deberá optar por este procedimiento solo en los casos de menor complejidad, siendo que, a propósito de las personas físicas, el art. 190 LC añade que el juez deberá valorar el hecho de que esta pueda ser responsable por deudas societarias o administradora de una persona jurídica, lo que no ocurrirá en el caso que estudiamos.

En el caso de los deudores consumidores personas físicas, el procedimiento abreviado continuará a ser la mejor opción, a pesar de no se crearen estructuras propias para este tipo de insolvencias que cabrán, también, en la consideración de menor complejidad, que es presupuesto material y fundamental de este procedimiento. Fue, precisamente, la imposición de un fundamento sustantivo, más que la modificación de los requisitos formales, la gran modificación del proyecto de reforma, sin perjuicio de las modificaciones que podrán, a lo largo del proceso, permitir la modificación de la decisión de aplicar el procedimiento abreviado (art. 190.4 LC) y de las situaciones en que el procedimiento abreviado es obligatorio (art. 190.3 LC, reservado a deudores empresarios).

A par de estos requisitos generales, según la nueva redacción del art. 190.2 LC, el juez podrá también aplicar el procedimiento cuando el deudor presente una propuesta anticipada de convenio, como se recoge en el art. 104 LC que, como hemos indicado antes, no solo es una forma de obviar al deber de solicitud (art. 5.3 LC) como, en el caso de los deudores consumidores personas físicas, es una forma de acelerar el proceso concursal y permitirle un acceso más rápido a ello. Por lo tanto, todos los que soliciten el convenio anticipado podrán estar abarcados por el procedimiento abreviado. Notamos que, en muchas de las situaciones relativas a los deudores consumidores personas físicas, el juez podrá optar por este procedimiento tanto por aplicación del párrafo 1, como del párrafo 2 del art. 190 LC.

El proyecto de reforma de 2011 también procedió a modificaciones para cumplir el propósito de simplificación de la administración concursal: la redacción dada por el RD/3 2009, al art.

191. 2 LC establecía que la administración concursal, en el procedimiento abreviado, debería ser compuesta por un único miembro, dentro del grupo de expertos indicado en el art. 27.2.3 LC, siempre que cumplidos los requisitos del art. 27.1 LC. La nueva redacción solo exige, manteniendo la exigencia de un solo miembro, que este sea un abogado en ejercicio, economista, titulado mercantil, todos colegiados, o un auditor de cuentas, desapareciendo las referencias a la experiencia profesional mínima exigida. Con este medio pretende el legislador aumentar el número de administradores concursales disponibles, pero las críticas que existían ante la anterior redacción permanecen actuales en lo que respecta a la composición de la administración concursal.

La estructura de administrador único permite disminuir los costes del proceso, previstos en el art. 84.2 y 3, como créditos contra la masa. Todavía, la doctrina, como FERNÁNDEZ CARRON, además de criticar la forma cálculo de pago de los administradores concursales, apunta críticas a la propia composición de la administración, afirmando innecesidad, en este tipo de concursos, de un profesional especializado, como impone el art. 27.2.3 LC, pudiendo un acreedor asumir la administración procesal. La autora nos indica que

[...] a nuestro juicio, para los supuestos de escasa envergadura económica (...) la ausencia de la condición de profesional en algún de los ámbitos precitados del administrador concursal no es óbice para que el acreedor pueda cumplir con las funciones propias del cargo de forma eficiente, consiguiéndose a su vez un abaratamiento de las costas del concurso [...]²⁷⁹

Otra propuesta, con la misma finalidad pero recurriendo a medios distintos, viene de BELTRÁN, que nos dice que

[...] debería, por ello reflexionarse 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 [...]²⁸⁰

Son en realidad dos medios validos, uno que presuponía una modificación marginal en la LC y otro que importaría la esperada reforma de fondo de la insolvencia de los consumidores, sin duda promoviendo el menor coste del proceso, uno de los principales obstáculos a la utilización de las fórmulas concursales por parte de los deudores endeudados. Este último medio nos recuerda de la propuesta del Anteproyecto del Código del Consumidor portugués,

²⁷⁹FERNÁNDEZ CARRON, E. *El tratamiento...op. cit.*, pp. 76-77.

²⁸⁰BELTRÁN, E. «El concurso de acreedores del consumidor», *Endeudamiento...op. cit.*, p.128.

que preveía en sus art. 592 y 593, el nombramiento de un miembro del GAPS para coadyuvar el tribunal, cuyas funciones tenían algunas similitudes con el actual administrador de insolvencia (como fuera recomendar la inhibición del deudor para la práctica de ciertos actos, entre otras). Por otra parte, las Juntas Arbitrales de Consumo serían competentes para funcionar como Centros de Arbitraje del Sobreendeudamiento, de acuerdo con el art. 16.1 de la proposición de ley 122/000295, de 2003, que preveía la (frustrada) reglamentación del sobreendeudamiento en España.

En modo de comparación, añadimos que, de acuerdo con el CIRE, en el caso de que el deudor opte por la negociación de un plan de pagos, fórmula específica prevista en el título XII del CIRE, el proceso no sigue sus trámites normales, suspendiéndose hasta la aprobación del plan que, siéndolo, determina que la sentencia no contiene más que la identificación del deudor (art. 255 y 259.1 del CIRE), no siendo incluso necesaria la administración concursal.

Por otra parte, el proyecto de reforma expande las normas generales relativas al procedimiento abreviado, estableciendo el art. 191.3 LC que la administración concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los quince días siguientes a la publicación de la declaración de concurso, manteniéndose el plazo de un mes para presentación del informe, con la posibilidad de prórroga no superior a quince días, como se puede leer en el art. 191.4 LC.

Existiendo impugnación, establece el art. 191.5 LC que al secretario judicial competirá el papel de trasladarlas a la administración concursal, en el día siguiente a su presentación, cabiendo al administrador único, en diez días, comunicar al juzgado si las acepta o si se opone a ellas; oponiéndose, se comunicará al deudor y a los restantes interesados, tramitándose el incidente concursal (art. 192 y ss. LC), correspondiendo también al administrador el deber de informar el juez sobre los efectos que las impugnaciones puedan provocar en el quórum y votos para aprobar el convenio que, como se puede leer en el art. 191.6 LC, deberá ser solicitado hasta cinco días después de la entrega del informe concursal (sin perjuicio de entrega de una propuesta de convenio anticipado, como vimos).

En las situaciones en las que las impugnaciones no excedan 20% del activo o pasivo del deudor, el juez puede declarar cerrada la fase común y abrir la fase de convenio o liquidación: independientemente de haber o no impugnaciones, la falta de entrega de una propuesta de

convenio como antes descrito, implica la apertura de la fase de liquidación, que deberá estar completada en el plazo de 3 meses (prorrogable), como podremos constatar con la lectura del art. 191.7 LC. En el caso de que el convenio sea propuesto, deberá marcarse una junta de acreedores en el plazo máximo de 30 días hábiles desde su aportación (art.191.6 LC).

Observamos pues que, en lo que respecta al procedimiento abreviado, se establecen plazos que, añadidos, podrán llevar a que el deudor alcance una solución en cerca de medio año que, creemos, continúan a no corresponder al concepto de rapidez ideal para los concursos de consumidores. Parece, sin embargo, ser difícil la reducción de estos plazos, en virtud de pretenderse asegurar el contradictorio necesario entre deudor y acreedores, así como permitir la fiscalización por el tribunal.

El legislador no se quedó por la reglamentación general del procedimiento abreviado, pero se ha preocupado en separar los procesos en los cuales el deudor nada solicita, llevando el proceso para la liquidación o proponiendo el convenio en los supuestos del art. 191.6 LC, de aquellos donde se ha requerido el convenio o la liquidación anticipados, a fin de incrementar la simplicidad y celeridad procesal adecuadas.

Por lo tanto, establece el art. 191 bis LC un conjunto de especialidades en los casos en los cuales el deudor ha presentado un convenio anticipado. El apartado 1 establece que el administrador concursal dispone de diez días para evaluar el contenido del convenio, que se cuentan desde la declaración de concurso, depositándose la evaluación en la secretaria judicial de forma que los interesados puedan consultarla. El juez, dentro de los tres días siguientes a la presentación de tal evaluación deberá, de acuerdo con el art. 191 bis LC, apartado 2, dictar auto admitiendo la propuesta a trámite o rechazarla. Notamos aquí, toda vez que no existe necesidad de consultar a todos los acreedores (en virtud de la aceptación previa que han hecho a la propuesta del deudor (art. 106.1 LC LC), bastando que los restantes concedan su aceptación al convenio, por escrito, en los cinco días posteriores a la fecha de presentación del informe (art. 191 bis LC apartado 3).

Recibidas las adhesiones, competará al secretario judicial proclamar su resultando, abriéndose un plazo de diez días para la contestación. En el caso de que esto se agote sin que nadie

reclame, el juez dictará de inmediato sentencia que apruebe el convenio (apartado 4). Existiendo oposición, se dará lugar a la respectiva tramitación (apartado 5).

En relación con la propuesta de liquidación (art. 142. LC e 190.2 LC), no será la solución más obvia que el deudor persona física opte por una propuesta de liquidación que implique la transmisión integral de su pasivo y activo, hasta incluso porque el activo implica generalizadamente la existencia de bienes inembargables. Existiendo tal propuesta, será de aplicar consecuentemente el art. 191 ter LC, que nos dice en su apartado 1 que el juez, recibida tal propuesta, acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación, siendo la propuesta trasladada por el secretario judicial a fin de que, en diez días, el administrador concursal y los acreedores puedan pronunciarse sobre aquella (apartado 2). El informe concursal, de acuerdo con el apartado 2, deberá contener un inventario de la masa activa y, en caso de que la propuesta de liquidación incluya resolución de contratos, cuales los efectos provocados por ella. Por último, el apartado 3 nos dice que las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores no suspenden las operaciones de liquidación, excepto si los impugnantes hubieren depositado una caución.

En aras de conclusión, podremos observar que proyecto que materializa la reforma de 2011, a pesar del esfuerzo del legislador en clarificar los trámites de tal procedimiento, no da el paso que se esperaba para la consagración de un mecanismo específico de tratamiento de la insolvencia de los consumidores. Se trata de un procedimiento sencillo creado para todos tipos de insolvencia que presenten una menor complejidad, intentando el legislador la generalización, dentro de estos procesos menos complejos, en vez de la especialización. Podremos incluso afirmar que estas reglas establecen un procedimiento abreviado formal y procesal, toda vez que este no presenta diferencias de fondo para la tramitación normal del proceso, distinto en razón del tipo de deudor, lo que conduce a su estudio en el ámbito procesal y no como remedio sustancial para la situación de insolvencia del deudor consumidor.

No fue, por lo tanto, con esta nueva reforma, que el legislador español, igual que en Portugal, ha creado una tramitación más sencilla, o un conjunto de soluciones distintas para ciertos tipos de deudores. Lo que ocurre, en el caso portugués, es que las personas físicas, independientemente de la categorización de empresarios o no, siempre que cumplan determinados requisitos, acceden a remedios (plan de pagos y exoneración del pasivo

restante) que les son aplicados en exclusivo. Lo que ocurre no es la aplicación de una tramitación más sencilla, pero una fórmula alternativa verdaderamente distinta del proceso concursal ordinario que, más que acelerar la solución, idéntica para todos, acelera la solución específica para los deudores que, siendo personas físicas, presenten determinadas características, haciendo con que un proceso de menor complejidad (por existencia de menor activo o pasivo, menor número de acreedores, entre otros motivos), posea una solución menos compleja también.

No pretendemos solamente apuntar críticas a la reforma del procedimiento abreviado. Aplaudimos la existencia de tal procedimiento que, con la debida adaptación de la jurisprudencia a la cuestión de los deudores consumidores, podrá ser un instrumento precioso en este tipo de insolvencias, tornando el proceso más rápido y sencillo, particularmente a través del convenio, lo que permite una mayor flexibilidad. Como afirma incluso GUTIÉRREZ DE CABIDES

[...] el concurso doméstico debe estar inspirado claramente, por ello, en el favorecimiento e incentivo de la solicitud voluntaria de concurso por el deudor, mediante la potenciación de los efectos favorables que permitan llegar a un rápido acuerdo con los acreedores sobre un plan de pagos, o una ordenada, eficaz y aceptable liquidación [...]²⁸¹

Todavía, permaneciendo la generalización del deber de solicitud, que afecta todos los deudores, sería de esperar que se creasen estructuras propias. Esta afirmación se prende también con el hecho de que, tradicionalmente, el proceso concursal no ha alcanzado un impacto suficientemente fuerte junto de las familias, para que a ello recurran, en casos de insolvencia, no solo por falta de información, pero por su complejidad, duración y costes elevados. Así, la creación de mecanismos propios podría, con el suministro de información adecuada, tornar el proceso concursal en una alternativa válida al tratamiento extrajudicial de la insolvencia (como indica el citado autor, por ejemplo, a través de la exoneración del pasivo restante).

No siendo, como vemos, la solución perfecta, el procedimiento abreviado cumple, sin embargo, los dos importantes objetivos que indicamos: celeridad y disminución de los costes.

²⁸¹GUTIÉRREZ DE CABIDES, P. *El sobreendeudamiento doméstico...*, op. cit., p. 181.

4.3 – Evaluación sumaria sobre la solicitud por el deudor

Completa que se encuentra la descripción de la tramitación procesal del concurso solicitado por el deudor, de acuerdo con el CIRE y la LC, indicamos, en primer lugar, que existen muchos más puntos de encuentro que divergencias, a que no es ajena, como hemos indicado, la proximidad temporal de las reformas y la inspiración que el legislador portugués buscó en la LC, recién nacida por ocasión de la promulgación del CIRE, en marzo de 2004.

Ambos ordenamientos han formulado un proceso que se basa, entre otros, en los principios de unidad y celeridad, existiendo una fórmula única para todos tipos de deudores e intentándose la disminución de los plazos hasta la declaración de insolvencia, evitándose un prolongamiento innecesario de la duración de la fase declarativa. Ejemplos son, sin duda, la inexistencia de contradictorio con los acreedores en esta fase (en las dos leyes)²⁸² así como la inmediata declaración de insolvencia por parte del juez, en virtud del mecanismo legal de los art. 14.1 LC y 28 CIRE, que permite al deudor el reconocimiento inmediato de su insolvencia.

Respecto de la solicitud y de los documentos a aportar, tratándose de un proceso judicial, se torna más difícil defender la existencia de un documento-tipo, o formulario, para desencadenar el proceso, como sería posible con el tratamiento administrativo o extrajudicial de la situación de insolvencia. Este tipo de formulario, o documento-tipo, existe, por ejemplo, en procesos simplificados, como ocurre con la acción ejecutiva para pago de cuantía cierta (derivada de una transacción comercial)²⁸³, pero no puede extenderse a al proceso de insolvencia en virtud de las exigencias de los escritos de solicitud planteadas por la ley. Sin embargo, podría optarse por un formulario cuando el valor del proceso no exigiera la representación por abogado, añadiendo el deudor los documentos esenciales por la ley, reservándose la fórmula legal de solicitud para los procesos con mayor valor (art. 32.1.a) CPC), lo que permitiría un acceso más sencillo al proceso de insolvencia, como ocurre con propuesta de un plan de pagos (art. 301 CIRE).

²⁸²Esta solución no es pacífica, en aras de obtenerse la celeridad procesal necesaria. GONZÁLEZ LECUONA apunta, en el comentario del art. 6, que en el trámite parlamentario se han sugerido soluciones distintas para permitir el contradictorio, como fuera la posibilidad de obtención de un informe elaborado por un experto externo al concurso, o la notificación extrajudicial de los acreedores. GONZÁLEZ LECUONA, M. «Artículo 5», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 154.

²⁸³Puede consultarse en <http://www.citius.mj.pt>.

En lo que respecta al tribunal, mientras que en España se han creado los juicios de lo mercantil de forma a implementar plenamente la reforma concursal, considerándose que la creación de un tribunal especial conduciría a una mayor adecuación al proceso, en Portugal la solución, como vimos, no fue idéntica, ya que en primera instancia, para los deudores consumidores, valía la competencia del tribunal civil, situación que fue alterada posteriormente, pero que, en la práctica, no ha producido mayores resultados, ante el panorama actual que reina con la suspensión legal de los nuevos mapas de tribunales. De este modo, la competencia pensada por el legislador, y habida como más adecuada por él, reservada a los tribunales mercantiles, no alcanza utilidad práctica, manteniéndose los tribunales de competencia genérica como los principales receptores de procesos de insolvencia de consumidores.

La opción por un tribunal de competencia especializada representa una forma de tornar el proceso más rápido, permitiéndose verdaderamente concretizar la urgencia a que alude el art. 9 del CIRE y, no existiendo una jurisdicción especializada en cuestiones de derecho del consumo²⁸⁴, que podría constituir la sede de resolución de la insolvencia de los consumidores, nos parece que la mejor forma de agilizar el proceso es entregarlo a un tribunal mercantil especializado, no solo por los motivos que expusimos, sino por mejor preparación técnica de los jueces, una de las preocupaciones del legislador.

En España, por el contrario, la existencia de juntas arbitrales en la dependencia de las comunidades autónomas, hizo con que GOZALO LOPEZ haya defendido, por ejemplo, que

[...]en este sentido, ha de tenerse en cuenta que la ley no ha previsto la situación del concurso del consumidor, caracterizado por unas masas activas y pasivas relativamente reducidas y que precisa de un procedimiento especialmente simplificado y económico – incluso gratuito-tramitado, por ejemplo, ante las Juntas Arbitrales que tan buenos resultados vienen dando en

²⁸⁴En Portugal, de acuerdo con la Ley 78/2001, de 13 de julio, fueron creados los Juzgados de Paz que, en sede de resolución alternativa de litigios, tienen como principal objetivo la obtención de justicia rápida y en casos de relativa simplicidad, a fin de descongestionar los tribunales. Pero estos Juzgados no suelen sustituir el tribunal en el proceso concursal, no solo porque su competencia material no lo abarca, sino porque su existencia no alcanza aun la totalidad del territorio nacional. Para mayor información, véase <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com>, consultado por última vez el 14 de enero de 2011. Por otra parte, los centros de arbitraje, que son regidos por el derecho privado, que nacen de la Lei 31/86 de 29 de agosto, de arbitraje voluntaria, también no comportan el proceso concursal y, más que los juzgados de paz, también se concentran apenas en determinadas ciudades, no permitiendo el acceso sencillo por parte de los insolventes.

materia de protección a los consumidores, para evitar que la utilización de la herramienta procesal acabe con los recursos patrimoniales del deudor [...]»²⁸⁵

La diferencia entre las dos situaciones, aunque ambas retiren el proceso de los tribunales judiciales, es que en Portugal el arbitraje se entrega a asociaciones privadas, sino en España estas podrán estar entregadas al poder público. Esta solución transformaría el proceso concursal judicial en un proceso administrativo o extrajudicial. Dentro del proceso concursal judicial, la especialización del tribunal será siempre, sin embargo, una ventaja, por los motivos que hemos indicado.²⁸⁶

Por último, más preocupante es la cuestión de los costes del proceso, incluyendo, en Portugal, la inexistencia de exención de tasas judiciales, así como la exigencia de un abogado para asistencia al deudor en el proceso (en España se añade la figura del procurador), correlacionadas con la dificultad de acceso a la asistencia jurídica gratuita que indicamos.

Respecto de la primera cuestión, discordamos de la inversión de política legislativa, como referimos, que ha eliminado la exención referida para la solicitud del deudor, hasta 2009. De notarse que, en lo que respecta a la demanda de las personas físicas en España, estas se encuentran exentas del pago de la tasa de ejercicio de la potestad jurisdiccional prevista en el art. 35.1.a) de la Ley 53/2002²⁸⁷, por previsión específica del apartado 2.2.c) del mismo artículo, solución que nos parece concordante con la política legislativa que permite el acceso a la justicia por parte de los particulares, que pueden, como vimos, quedar apartados de la defensa de sus derechos en virtud de dificultades económicas que subyacen al estado de insolvencia.

En relación con la segunda, concordamos con la necesidad de abogado y representante, de acuerdo con los requisitos previstos para los procesos declarativos, que tutela la necesidad de protección y asesoría jurídica de la parte más débil, menos informada sobre sus derechos y con menor poder de negociación, pero esta necesidad, en caso de insuficiencia económica, deberá ser suplida con la asistencia jurídica con coparticipación estatal, debiendo adaptarse

²⁸⁵ GOZALO LOPEZ, V. La protección de los consumidores en el procedimiento concursal», *El Futuro...*, *op. cit.*, p. 291-292.

²⁸⁶ Contrariamente, parte de la doctrina, en España, ha cuestionado la bondad de la política legislativa que ha recuperado los tribunales mercantiles. Para mayor desarrollo, BANACLOCHE PALAO, J. *Los Juzgados de lo mercantil...op. cit.*, p. 90 y ss.

²⁸⁷ Ley 53/2002 de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, publicada en el BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2002.

los criterios legales para su atribución a la existencia concreta de una situación de insolvencia, a fin de que no se excluyan los estos deudores de la asistencia jurídica gratuita.

Rechazar la asistencia jurídica gratuita, como indicamos antes, por desconsideración de la particular situación de insolvencia para cálculo de la incapacidad económica, choca con los principios básicos de acceso a la justicia, como definidos en el art. 20.1 y 2 de la CRP, que indica expresamente que el acceso a la justicia no puede ser denegado por falta de posibilidades económicas de los intervinientes, no debiendo, por lo tanto, ser la interpretación dada a la legislación ordinaria (a los presupuestos de la Ley 34/2004, que referimos antes), a impedir la concesión de la asistencia jurídica gratuita al deudor insolvente (por los servicios de seguridad social, como consta en el art. 20 de la referida ley). En el caso español, el art. 24.1 y 2 establecen reglas semejantes, por lo que idéntica interpretación deberá hacerse.

Por otra parte, no podremos olvidar que la LC impone al deudor consumidor persona física un deber de solicitud que, como sabemos, no ha producido gran resultado en la práctica, toda vez que la insolvencia de estos deudores es una minoría poco expresiva dentro del universo concursal español.²⁸⁸ Pero, en caso de que el deudor cumpla efectivamente tal deber, se torna urgente la existencia de condiciones de fácil acceso a la asistencia jurídica gratuita. El deudor portugués, aunque no sujeto al deber, tiene derecho a condiciones efectivas de acceso a las soluciones concursales, no olvidando que la ley portuguesa contempla procedimientos específicos para este tipo de casos, que implican plazos, como veremos, por lo que mayor sensibilidad se requiere en la atribución de la referida asistencia jurídica, a fin de no impedir el acceso al proceso por parte de los insolventes con menores recursos.

Se observa, sin embargo, que cuanto a la duración del proceso, los plazos son relativamente cortos hasta la declaración de insolvencia e incluso hasta la opción por una solución concreta, si concluyendo, por lo tanto, que los costes del proceso se mantienen como el principal obstáculo.

²⁸⁸ Cerca de 5% del número total de concursos, como nos indica FERNÁNDEZ SEIJO. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. «La posición jurídico procesal del cónyuge...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor...*, *op. cit.*, p. 143.

De acuerdo con las modalidades que hemos visto arriba, están generalmente cubiertos por la asistencia jurídica gratuita los costes relacionados con la remuneración de los abogados y procuradores, pero se excluye la remuneración de la administración concursal, que constituye un crédito sobre la masa insolvente, de acuerdo con el art. 51.1.b) CIRE y 84.2.2 LC. Consideramos, sin embargo, que la remuneración de la administración concursal también podría estar incluida en la asistencia jurídica gratuita, particularmente cuando el administrador interviene de forma diminuta (como sea con la aprobación de una propuesta anticipada de convenio o con la concesión de la exoneración del pasivo restante sin liquidación), por forma a evitar la sobrecarga de la masa activa.

5- Solicitud de los restantes legitimados

El proceso concursal puede también iniciarse por solicitud de otros sujetos, particularmente por los acreedores, como se prevé en los art. 3.1 LC y 20 CIRE. Sin perjuicio de la legitimación prevista, los acreedores, en caso de incumplimiento por parte del deudor, recurren habitualmente al proceso ejecutivo y no al proceso concursal, en el particular caso de las insolvencias de los consumidores, toda vez que el primero presenta una mayor rapidez y simplicidad en relación con el segundo. Comprendemos la justificación práctica y jurídica de tal comportamiento, pero el aumento del número de casos de insolvencia de consumidores puede conducir a que los propios acreedores pretendan potenciar, en un proceso judicial, una forma de negociación con el deudor que se encuentre insolvente, de modo que pueda evitarse el resultado frustrante de una ejecución en la cual se verifique la inexistencia de una capacidad de pago por parte del deudor. Es precisamente la posibilidad de negociación existente en un proceso concursal que puede conducir los acreedores a optar por esta vía.

Por esto motivo, analizaremos, con brevedad, los fundamentos de la solicitud de los restantes legitimados, que son distintos de los previstos para el deudor (insolvencia actual e inminente), así como la tramitación procesal correspondiente.

5.1 - Los hechos externos

Los fundamentos de la solicitud de los restantes legitimados son distintos de aquellos previstos para la solicitud del deudor: la insolvencia actual e inminente que referimos es sustituida por conjunto de hechos, tipificados en la ley, en régimen de *numerus clausus*, que la

ley portuguesa denomina de hechos índice, y la española de hechos externos o manifestaciones externas (de la insolvencia), previstos en el art. 20.1 CIRE y 2.4 LC²⁸⁹, respectivamente.

Estos hechos determinan lo que parece ser una tercera categoría de insolvencia, que ROJO denomina de “calificada”, toda vez que “estos «hechos externos» no sólo permiten presumir que la insolvencia existe, sino también que es particularmente grave”.²⁹⁰ Estos hechos determinan actos o eventos producidos en la esfera jurídico-patrimonial del deudor que, siendo conocidos por los otros legitimados, evidencian la situación de insolvencia.

MARTINS nos dice que se tratan de “hechos presuntivos de la insolvencia, a través de los cuales aquella se manifiesta”²⁹¹ y CARVALHO FERNANDES y LABAREDA añaden que estos hechos tienen “precisamente en cuenta la circunstancia de, por la experiencia de vida, manifestaren la imposibilidad del deudor cumplir sus obligaciones”.²⁹² También CASSIANO DOS SANTOS y DUARTE FONSECA afirman que estamos en la presencia de “hipótesis que indician de forma significativa la existencia de dificultades económicas o financieras por parte del sujeto que en ellas ha incurrido”, por lo que se observa la seriedad de la solicitud, en virtud de “ser razonable admitir, ante la alegación y prueba de una de ellas, que el proceso concursal se desarrolle y que en ello se presuma verdaderamente la existencia de una

²⁸⁹ Nos dice dicho artículo que:

“4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.”

²⁹⁰ ROJO, A., art. 2, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 168

²⁹¹ Traducción nuestra. MARTINS, L.M. *Processo...op. cit.*, p. 101.

²⁹² Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op. cit.*, p. 133.

situación de insolvencia”.²⁹³ El acreedor deberá, por lo tanto, fundamentar su solicitud en cualquiera de los hechos externos, siempre que sean aplicables al deudor persona física consumidora.

Empezando precisamente por el listado de hechos que el legislador ha creado para fundamentar la solicitud de los restantes legitimados, aplicamos al deudor consumidor persona física, los siguientes: *suspensión generalizada del pago de obligaciones vencidas* (art. 20.1 a) CIRE, que equivale, en parte, al art. 2.4.1 LC)²⁹⁴; *falta de cumplimiento (definitivo) de una o más obligaciones que, por su montante o por las circunstancias del incumplimiento, revele la imposibilidad del deudor satisfacer puntualmente la generalidad de sus obligaciones* [(art. 20.1.b)]; *disipación, abandono, liquidación apresurada o ruinosa de bienes* (art. 20.1.d) a que equivale el art. 2.4.3 LC)²⁹⁵; *insuficiencia de bienes embargables observada en proceso ejecutivo* [art. 20.1 e) y su equivalente 2.4 en la LC], *incumplimiento de obligaciones contenidas en plan de pagos aprobado en concurso anteriormente declarado* [art. 20.1 f)] e *incumplimiento generalizado, en los últimos seis meses, de cierto tipo de obligaciones*, como sean el pago de obligaciones derivadas de contratos de alquiler relativas a local donde el deudor posea su residencia [art. 20. 1.g). iv.].

Respecto del último hecho externo, La LC contempla un apartado muy semejante en su art. 2.4.4 y, en ambos artículos, existe un elenco de obligaciones que incluye obligaciones tributarias, cotizaciones sindicales y para la seguridad social, así como salarios, implicando un incumplimiento generalizado para que se cumpla el presupuesto de los hechos externos. Una vez que tratamos de deudores consumidores personas físicas, cuyo patrimonio y ingresos

²⁹³Traducción nuestra. CASSIANO DOS SANTOS, F. y DUARTE FONSECA, H. «Pressupostos para a declaração de insolvência no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», *Cadernos de Direito Privado*, num. 29, Almedina, Coimbra, 2010, p. 15.

²⁹⁴La ley portuguesa, en este artículo, procura indicar situaciones de mora del deudor, en contraposición con el apartado siguiente, donde se exige el incumplimiento definitivo. Por otro lado, el art. 2.4.1 LC dice respecto a cualquiera de las situaciones. Para mayor desarrollo, véase ROJO, A. art.2, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 187 y ss.

²⁹⁵EPIFANIO caracteriza la disipación de bienes como siendo el “derroche, desperdicio o encargos manifiestamente desproporcionados en relación a los bienes del deudor”. Esto artículo también abarca, según la autora, la substracción de bienes de forma maliciosa para faltar al cumplimiento de obligaciones, como sea la ocultación o simulación de ventas o donaciones. Traducción nuestra. EPIFANIO, M.R. *Manual...op. cit.*, p. 26-27. En el mismo sentido, indicando que el alzamiento, previsto en la LC implica “en primer lugar, un acto imputable al deudor” y “que ese acto haya producido como resultado, la lesión (total o parcial) del derecho de crédito de uno o varios acreedores”, está ROJO, como puede leerse en ROJO, A., art.2, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 192. Por otra parte, según PULGAR EZQUERRA, la liquidación apresada o ruinosa deberá derivar de una conducta voluntaria y deseada por el deudor, relacionando la autora este comportamiento con los medios irregulares de pago que caracterizan la insolvencia, en aras de concurso voluntario. PULGAR EZQUERRA, J. «Artículo 2», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 138.

asientan en trabajo por cuenta ajena, no aplicaremos estos específicos hechos, sin perjuicio de que, tratándose de personas físicas empresarias o profesionales autónomas, el incumplimiento de dichas obligaciones sería un hecho externo posible, así como en el caso de consumidores personas jurídicas.

Por último, con relación a la LC, esta añade la *existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor*, prevista en el art. 2.4.2 LC.

Observamos que se trata de un conjunto heterogéneo de hechos, que tanto se basan en el comportamiento del deudor, como derivan esencialmente de la situación patrimonial difícil que le afecta y que, por falta de tratamiento, se manifiesta bajo la forma de incumplimiento generalizado o particular, oscilando entre la mora del deudor y el incumplimiento definitivo de ciertas obligaciones, que demuestran que la situación de fondo, con gran probabilidad, será la de insolvencia, no olvidando las ejecuciones pendientes, señal de alarma para los acreedores.

Expuesto este arancel de hechos que pueden sustentar la causa de pedir de los restantes legitimados en el proceso, veremos ahora brevemente como se desarrolla la tramitación de la solicitud por parte de los restantes legitimados.

5.2 - La tramitación procesal en el CIRE

La solicitud de los restantes legitimados se inicia, igual que para el deudor, por un escrito de solicitud/petición inicial, conteniendo los elementos previstos en el art. 23 CIRE, fundamentado en cualquiera de los hechos previstos en el art. 20.1 CIRE, concluyéndose por la formulación de la solicitud de la declaración de insolvencia de un determinado deudor.

Estos solicitantes deberán indicar, de acuerdo con el párrafo b), el listado de los cinco mayores acreedores y identificar los administradores del deudor (en el caso de que no se trate de una persona física capaz); de acuerdo con el párrafo c) el cónyuge del deudor y su régimen

económico matrimonial y, al final, de acuerdo con el párrafo d), añadirse la partida de nacimiento del deudor.

No pudiendo el solicitante indicar la información o aportar los documentos arriba indicados, podrá solicitar al deudor que preste dicha información (esto permite al demandante protegerse del eventual rechazo por parte del juez, sin olvidar el plazo para perfeccionamiento de la solicitud, de acuerdo con el art. 27.1.b CIRE). Por otro lado, el solicitante, de acuerdo con el art. 25 del CIRE²⁹⁶, deberá justificar en la petición el origen, naturaleza e importe de su crédito, además de los elementos que conozca respecto al pasivo y activo del deudor. A fin de comprobar los hechos indicados en la petición, así como su propia legitimación, el demandante deberá, de acuerdo con el art. 25.2 CIRE, utilizar los medios de prueba de que dispone (como previstas en el CC, art. 341 y ss., incluyendo pruebas documentales, periciales o testigos). Con respecto a la entrega de duplicados, al pago de tasa de justicia y al tribunal competente, remitimos para los puntos sobre la tramitación del proceso iniciado por el deudor. La parte demandante, por los mismos motivos que adelantamos para el deudor, deberá ser representada por abogado.²⁹⁷

Cumple igualmente al juez apreciar la solicitud, como se recoge en el art. 27 CIRE, debiendo aquél, en el propio día de reparto de la solicitud o hasta el tercero día hábil siguiente, rechazarla por verificación de excepciones dilatorias no susceptibles de corrección (a que aludimos antes), conceder un plazo para subsanación, hasta cinco días, siempre que no haya sido justificada la falta de elementos o documentos, o creyendo que todos las menciones y documentos fueran añadidos, proceder al emplazamiento personal del deudor, de acuerdo con el art. 29 CIRE (y por remisión del art. 17 CIRE, como se indica en el art. 233.2 CPC).

Dicho emplazamiento puede dispensarse, de acuerdo con el art. 12 CIRE, cuando el deudor sea una persona física que resida en el extranjero o cuando se desconoce su paradero, siempre que el intento del emplazamiento pueda provocar retrasos en el proceso. En estas

²⁹⁶ Establece la ley que: “1- Quando o pedido não provenha do próprio devedor, o requerente da declaração de insolvência deve justificar na petição a origem, natureza e montante do seu crédito, ou a sua responsabilidade pelos créditos sobre a insolvência, consoante o caso, e oferecer com ela os elementos que possua relativamente ao activo e passivo do devedor. 2 - O requerente deve ainda oferecer todos os meios de prova de que disponha, ficando obrigado a apresentar as testemunhas arroladas, cujo número não pode exceder os limites previstos no artigo 789.º do Código de Processo Civil.”

²⁹⁷ Véase el punto 4.1.2.

circunstancias, el art. 12.2 CIRE apela a que sea oído un representante del deudor o, cuando no existe, su cónyuge, pariente, o pareja de hecho.

El emplazamiento deberá advertir el deudor, de acuerdo con el art. 29.2 CIRE, de que podrá oponerse, según el art. 30 CIRE²⁹⁸ y en caso de que no lo haga, se observa el efecto confesorio previsto en el art. 30.5 CIRE, siguiéndose la inmediata declaración de insolvencia, toda vez que el deudor prescinde del contradictorio que le asistiría. Por otra parte, el emplazamiento indica al deudor que deberá preparar los documentos que, como vimos antes, se recogen en el art 24 CIRE (toda vez que, aunque el concurso no se inicie por solicitud del deudor, se mantiene la necesidad de suministrar al administrador concursal los elementos necesarios para fijar la masa activa y pasiva del concurso). Es también con el emplazamiento, que el deudor puede requerir un plan de pagos, según el art. 253 CIRE, lo que implica la renuncia a la oposición (en virtud de la confesión de la insolvencia que se opera vía 252.4 CIRE). Esta indicación deberá constar obligatoriamente en el emplazamiento, igual que la posibilidad de solicitud de la exoneración del pasivo restante (que es una alternativa al plan de pagos), como se prevé en el art. 236.2 CIRE.

En el caso de que el deudor solicite alguna de las soluciones arriba apuntadas, observándose la confesión de los hechos aducidos por el demandante, el juez deberá, de acuerdo con el art. 30.5 CIRE, emitir sentencia declarativa de la insolvencia (art. 36 CIRE, como antes referimos, con la excepción también ya apuntada relativa a la tramitación de un plan de pagos, que prevé la suspensión del proceso), en el día hábil siguiente al decurso del plazo de 10 días establecido por el art. 30.1 CIRE para que se proceda a la oposición, cuando los hechos, de acuerdo con la ley, cumplan cualquiera de los presupuestos del art. 20.1 CIRE. Nos parece que tal referencia es innecesaria, toda vez que la petición inicial habría ya pasado por la decisión intermedia del

²⁹⁸ Nos dice dicho artículo que:

“1 - O devedor pode, no prazo de 10 dias, deduzir oposição, à qual é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 25.º
2 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, o devedor junta com a oposição, sob pena de não recebimento, lista dos seus cinco maiores credores, com exclusão do requerente, com indicação do respectivo domicílio.
3 - A oposição do devedor à declaração de insolvência pretendida pode basear-se na inexistência do facto em que se fundamenta o pedido formulado ou na inexistência da situação de insolvência.
4 - Cabe ao devedor provar a sua solvência, baseando-se na escrituração legalmente obrigatória, se for o caso, devidamente organizada e arrumada, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 3.º
5 - Se a audiência do devedor não tiver sido dispensada nos termos do artigo 12.º e o devedor não deduzir oposição, consideram-se confessados os factos alegados na petição inicial, e a insolvência é declarada no dia útil seguinte ao termo do prazo referido no n.º 1, se tais factos preencherem a hipótese de alguma das alíneas do n.º 1 do artigo 20.º”

art. 27, considerando el juez, con el emplazamiento del deudor, que el acreedor habría logrado probar los hechos que, obviamente, tendría que analizar a fin de declarar la insolvencia.

Situación distinta es aquella en la cual el deudor decide oponerse, de acuerdo con el art. 30.1 CIRE. El art. 30.3 CIRE impone al deudor, de forma a sustanciar su solicitud, dos vías: o *comprueba*, recurriendo a cualquier tipo de prueba accesible a los acreedores (art. 30.1 y 25.2 CIRE) *la inexistencia del hecho alegado por el demandante, o demuestra la inexistencia de la situación de fondo, es decir, la insolvencia.*

CARVALHO FERNANDES y LABAREDA añaden, como además deriva de las normas procesales generales que “no es posible negar al deudor la posibilidad de sustentar la oposición simplemente en la ocurrencia de excepciones dilatorias nos susceptibles de corrección, o en la inexistencia de los créditos a través de los cuales el acreedor fundamenta su legitimación”.²⁹⁹

Siendo este el caso, el juez designa una fecha para audiencia, de modo a permitir el contradictorio entre las partes, de acuerdo con el art. 35 CIRE, y que deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción de la oposición, siendo las partes notificadas para comparecencia personal o para envío de un mandatario con poderes especiales (para transigir, siendo normalmente el abogado que asiste la parte). En el caso de que el deudor no esté presente o el mandatario enviado no esté habilitado con los poderes exigidos, se observa el efecto confesorio del art. 35.2 CIRE, en relación con los hechos alegados en la petición inicial, lo que implica, no siendo una situación de las previstas en el art. 12 (dispensa de emplazamiento) que el juez, de acuerdo con el art. 35.4 CIRE declare de inmediato la insolvencia. Por otro lado, de acuerdo con los mismos artículos, cuando la falta de comparecencia o de mandatario calificado en los términos legales ocurra del lado del demandante, tal equivale a desistimiento.

Estando presentes ambas partes, el juez, como se recoge en el el art. 35.5 CIRE, fija los hechos probados, resuelve las reclamaciones, permite la producción de prueba por ambas partes y decide sobre la materia, emitiendo auto de declaración o rechazo de la insolvencia (art. 36 y 44 CIRE) en el propio día o hasta cinco días después (art.35.6, 7 y 8 CIRE). En el

²⁹⁹ Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...*, *op. cit.*, p. 171.

caso del emplazamiento del deudor se dispensar, el solicitante de la declaración de insolvencia deberá comparecer, siguiéndose los pasos descritos arriba, so pena de equivalencia a desistimiento.

Observándose la necesidad de contradictorio en esta situación, el CIRE prevé, en su art. 11 CIRE, que el juez no se encuentra sujeto al principio dispositivo típico del proceso civil declarativo, pero antes la ley le atribuye, basándose en el principio del inquisitorio³⁰⁰, poderes para fundar su decisión en hechos no alegados por las partes, pero como nos indican CARVALHO FERNANDES y LABAREDA, solamente en los casos en que la solicitud parte de otro legitimado, a pesar de la dificultad práctica de utilización de este principio, en virtud de los plazos cortos previstos en la ley para la toma de decisiones.³⁰¹

Por último, declarada la insolvencia, el deudor puede impugnar la sentencia, tanto en virtud de oposición (art. 40 CIRE), como de recurso (art. 42 CIRE). Solo al deudor no emplazado personalmente y en situación de rebeldía absoluta corresponde oponerse a la sentencia, invocando nuevos hechos o nuevos medios de prueba que, según el art. 40.2 CIRE, permitan la invalidez de los presupuestos de la declaración de insolvencia proferida.

La oposición deberá iniciarse hasta cinco días desde la notificación de la sentencia al deudor (art.40.2 y 37.2 CIRE) y la liquidación se suspende hasta la decisión final.³⁰² Por otro lado, de acuerdo con el art. 42.2 CIRE, el deudor puede recurrir de la sentencia que declare la insolvencia, en cualquier circunstancia, una vez que el recurso se basa en fundamentos de derecho, cumulándolo, o no, con la oposición. La suspensión de la liquidación, de acuerdo con el art. 42.3 CIRE, es extensible al recurso, cuando utilizado aisladamente.

³⁰⁰MARTINS divide el principio del inquisitorio en dos tipos de hechos, los instrumentales, que “tienen de resultar de la instrucción y discusión de la causa, de ser relevantes y necesarios para la prueba de hechos esenciales, asegurándose el contradictorio” y los complementares que “tienen de ser complemento de los hechos aducidos por las partes (...) pudiendo el juez utilizarlos se la parte a quien aprovechan lo consentir”. Traducción nuestra. MARTINS, L.M. *Processo...op. cit.*, p. 82.

³⁰¹CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...*, *op. cit.*, p. 104.

³⁰²La tramitación de los embargos se prevé en el art. 41. Caso el tribunal reafirme la existencia de la insolvencia, podrá recurrirse de la decisión.

5.3 - La tramitación en la LC

La solicitud de un concurso necesario se prevé en el art. 2.4 LC, respecto de los fundamentos, en el art. 3.1 LC, de la legitimación y en el art. 7 LC de los aspectos formales.

Según el primero de los artículos indicados, la solicitud de un acreedor deberá contener, como se recoge en el apartado 1, la prueba de su calidad y, consecuentemente, de su legitimación procesal, indicándose el origen, importe, fechas de adquisición y vencimiento, así como la situación actual del crédito, añadiéndose documento comprobante (no olvidando el previsto en el art. 2.4 LC, cuando la legitimación ocurre en virtud de título ejecutivo); los restantes legitimados (por ejemplo, los herederos) deberán indicar los hechos que fundamenten su legitimación. Según la nueva redacción dada por el proyecto de reforma de 2011, este apartado pasa también a exigir que, además de la justificación de su crédito, el demandante deba indicar cual es el hecho presunto en que basa su solicitud.

Estos elementos deberán ser introducidos en la solicitud que, según PULGAR EZQUERRA³⁰³, deberá revestir la forma de demanda, de acuerdo con el art. 399 LEC, en virtud de la remisión del art. 5 de las Disposiciones Finales de la LC, conteniendo, por lo tanto, la estructura por tal exigida.

Además de comprobar su legitimación, los demandantes deberán, de acuerdo con en el art. 7.2 LC indicar los medios de prueba que consideren necesarios para fundamentar los hechos externos alegados, pudiendo indicar cualquier medio de los previstos en el art. 299 LEC, siempre que no pretendan utilizar, aisladamente, la prueba testifical que, para proceder, deberá ser acompañada de otros medios de prueba, lo que dificultará, en ciertos casos, la sustentación de los hechos externos. La citada autora indica, sin embargo, que cuando se trate de testigo pericial, por no tratarse de un testigo ordinario, su presentación será suficiente.³⁰⁴

³⁰³PULGAR EZQUERRA, J. «Artículo 7», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 260.

³⁰⁴PULGAR EZQUERRA, J. «Artículo 7», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 272-273.

Formulada la demanda y reunidos los documentos y pruebas requeridos por la ley, esta se presenta en el tribunal competente que, hemos indicado, es el juzgado de lo mercantil correspondiente al centro de los principales intereses del deudor (art. 10.1 LEC) debiendo el juez, como prescrito en el art. 15 LC y en el plazo del art. 13.1 LC, proveer sobre la solicitud entregada. El artículo indica que el juez dictará auto a fin de admitirla a trámite, de acuerdo con el previsto en el art. 13.1 LC, o sea, examinando su contenido y verificando la presentación de todos los documentos exigidos, observando la presencia y la fundamentación de los hechos externos necesarios para rellenar el presupuesto objetivo necesario, o sea, la insolvencia “calificada”, siendo también lícito al juez, como se lee en el art. 13.2 LC, en el caso de que considere defectuosa la demanda, señalar un plazo para corrección.

Compete al juez basar su decisión no en la evaluación de la situación patrimonial del deudor, sino en la existencia de hechos externos que, como se prevé en la ley, transportan al campo jurídico supuestos que, en la realidad económica, indician la situación de insolvencia que puede observarse. Sin embargo, notamos que el proyecto de reforma de 2011 ha introducido algunas modificaciones en este punto. De este modo, en el art. 15.1 LC pasamos a leer que, cuando la solicitud haya partido de un acreedor y se fundamente en el hecho externo de embargo o en una investigación infructuosa de patrimonio (en relación con el art. 2.4 LC), el juez dictará auto de declaración de concurso en el día hábil siguiente. Se trata, por lo tanto, de un caso especial, cuya inclusión se explica por ser motivadora de una mayor celeridad procesal, observándose, en este caso, una elevada probabilidad de existencia de la insolvencia. El acreedor, por su parte, en virtud de una acción ejecutiva infructuosa, puede “convertirla” en un proceso de insolvencia – intentando recuperar parte de su crédito, a través de la aprobación de un convenio - como veremos en el último capítulo de nuestro estudio.

Admitiendo el juez la solicitud a trámite, el art. 15.1 LC (15.2 LC por la redacción del proyecto de reforma de 2011) indica aún que deberá proceder al emplazamiento del deudor, de acuerdo con el art. 184 LC, incluyéndose el traslado de la solicitud e indicándose el plazo de cinco días para comparecencia ante el tribunal, así como la posibilidad de oposición que le asiste, como prevista en el art. 18 LC.

El emplazamiento sigue las reglas contenidas en el art. 155 y ss. LEC determinando el art. 155.1 que el emplazamiento se remite al domicilio del deudor. En el caso de que el

demandante no conozca el domicilio o el emplazamiento sea infructuoso, el art. 184.7 LC establece que el juez puede recurrir a las fórmulas de averiguación del domicilio previstas en los art. 156 y 157 LEC, sin perjuicio de, según la última parte del artículo, poder dictar auto de admisión del concurso, a fin de no retrasar más el procedimiento.

De notarse que la existencia de contradictorio es obligatoria en ambos ordenamientos que estudiamos, pero, al contrario de lo que se prevé en el CIRE, en su art. 12, el juez no puede, *ab initio*, dispensar el emplazamiento del deudor aunque considerando la posibilidad de retrasos en el proceso. De todos modos, como nota ÁLVAREZ ÁLVAREZ, el emplazamiento por edictos queda excluido en la LC, valorándose las fórmulas de emplazamiento personal y privilegiándose aquellas, en la averiguación de domicilio. El autor nos dice incluso que los actos de comunicación del tribunal son “el soporte instrumental básico de la existencia de un juicio contradictorio indispensable para no colocar las partes en una posición de indefensión dentro del proceso (...) por lo que los órganos judiciales han la obligación de asegurar y garantizar que la comunicación judicial llegue al conocimiento real y efectivo de las partes.”³⁰⁵

El art. 16 LC impone que, igual que con la solicitud del deudor, el juez declare abierta la sección primera (art. 183 LC), así como, de acuerdo con el art. 17 LC, se pueden determinar medidas cautelares requeridas por el demandante, con los efectos que indicamos antes en el caso del concurso solicitado por el propio deudor.

Admitida la solicitud a trámite y emplazado el deudor de conformidad con los artículos arriba indicados, se dará lugar al contradictorio entre las partes, siendo el deudor llamado al proceso para proceder, de acuerdo con el art. 18 LC³⁰⁶, por una de tres vías, que pueden ser

³⁰⁵ALVAREZ ALVAREZ, H. «Artículo 184.7», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, p. 3059.

³⁰⁶Nos dice dicho artículo que: “1. En el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. La misma resolución adoptará si, con posterioridad a la solicitud de cualquier legitimado y antes de ser emplazado, el deudor hubiera instado su propio concurso. 2. El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho. Formulada oposición por el deudor, el Secretario judicial, al siguiente día, citará a las partes a una vista, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndole para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria.”

encontradas en el apartado 1 del artículo: el deudor puede allanarse a la pretensión del demandante de la insolvencia, o no promover oposición en el plazo legal (en cinco días), lo que conducirá a la declaración del concurso de acreedores, por parte del juez.

Idéntico fin se obtendrá, de acuerdo con lo previsto en la segunda parte de dicho artículo, cuando el deudor solicite, antes de su emplazamiento, la declaración de su concurso, a fin de a cumplir el deber de solicitud (art. 5.1 LC), por ejemplo. Esta actuación no impide, sin embargo, la clasificación del concurso como necesario (art. 22 LC), sin perjuicio de una eventual atenuación de sus efectos, de acuerdo con el art. 40.3 LC.

En relación con el allanamiento, nos dicen ROJO/CALDERÓN que este debe cumplir presupuestos objetivos, de forma y temporales: con relación al primero, los autores establecen que “este acto procesal es la expresión de la conformidad del deudor con la declaración judicial del concurso solicitado”; en relación con el segundo, el allanamiento deberá ser expreso, “no obstante, es evidente que ciertos comportamientos de omisión, como la incomparecencia, el mero silencio o la falta de oposición producen los mismos efectos que el allanamiento”; por último, deberá realizarse esta adhesión a la solicitud de otro legitimado en el plazo de cinco días desde el emplazamiento establecido en el 15.1, considerando los citados autores que puede existir allanamiento posterior, siempre que con anterioridad al auto que declare la insolvencia.³⁰⁷

El deudor puede también, en el escrito de allanamiento, solicitar una propuesta anticipada de convenio, según el art. 104 LC, sin perjuicio de poder hacerlo posteriormente en documento autónomo. En este caso, el juez dicta sentencia declarando el concurso de acreedores, observando la existencia del presupuesto subjetivo y objetivo, o sea, de los hechos externos aducidos por el solicitante (además de su legitimación, que fue analizada según el art. 15 LC). En las palabras de ROJO/CALDERÓN, “la solicitud de declaración judicial de concurso presentada por acreedor legítimo con expresión de los medios de prueba de que pretenda

³⁰⁷ROJO.A. y CALDERÓN. P. «Allanamiento u oposición del deudor», (art. 18) ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004. p. 420.

valerse para acreditar el hecho externo alegado, unida al allanamiento del deudor, obliga el juez a declarar el concurso de acreedores”.³⁰⁸

En lo que respecta a la falta de allanamiento por parte del deudor, otra de las situaciones previstas en el art. 18 LC, se observa también que el juez deberá dictar auto de declaración del concurso de acreedores, sin necesidad de evaluación, igual que en la situación descrita antes, de la existencia de la insolvencia actual o inminente, sino que se basará la declaración de concurso en la comprobación de los elementos indicados arriba. Pero la jurisprudencia no tiene clara esta cuestión, refiriendo ANTON que “algunos tribunales vienen sosteniendo la necesidad de proceder de oficio a la comprobación de la insolvencia”. Este autor indica también, a propósito de la situación prevista en el art. 184.7 LC que “no deja de resultar paradójico que el Juez tenga vedado el examen del presupuesto de insolvencia en el caso de falta de oposición del deudor que fue efectivamente emplazado en forma y en cambio esté obligado a hacer la misma valorización cuando el deudor no ha podido ser hallado”.³⁰⁹

Pensamos que, en aras de celeridad procesal, la ley proponga tal solución en virtud del hecho de que el deudor ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre la existencia o no de la situación de insolvencia, optando por no hacerlo, lo que tácitamente traduce la existencia de los hechos externos alegados y, consecuentemente, una mayor evidencia de la verificación de la insolvencia. Sin embargo, toda vez que el deudor dispone de un plazo corto para rebatir desde el emplazamiento, la oposición del deudor podrá quedar comprometida en virtud de las dificultades derivadas de la incapacidad económica para pagar los costes del proceso o de obtención en tiempo útil de la representación legal exigida por el art. 184.2 LC (especialmente cuando se solicita la asistencia jurídica gratuita). Dichos hechos podrían tornar defensable la profundización de averiguación de la existencia de la situación insolvencial, pero no creemos que tal sea comportable en virtud del principio de la celeridad procesal.

Por último, el art. 18.1 LC hace referencia a la situación en la cual el deudor solicita la declaración de su propia insolvencia, antes del emplazamiento, debiendo igualmente el juez declarar la insolvencia, toda vez que el propio deudor añade, con su escrito de solicitud, medios de prueba que indician la situación patrimonial negativa en la cual se encuentra. En

³⁰⁸ROJO. A. y CALDERÓN.P., art.18, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 421.

³⁰⁹ANTON, J. «Los problemas en la declaración del concurso necesario» *Los Problemas de la Ley Concursal*, S.L. Civitas Ediciones, Madrid, p. 93. Este autor presenta también un conjunto de sentencias donde se requiere, precisamente, el requisito de análisis que refiere.

este caso concreto, el deudor puede simultáneamente oponerse a la solicitud de otro legitimado, pudiendo alegar, como nos dice ROJO/CALDERÓN, que “el solicitante carezca de legitimación, o cuando, estando legitimado, no exista ese «hecho externo» en que fundamenta la solicitud o incluso, aun existiendo, la insolvencia no sea actual, sino que inminente”.³¹⁰

En relación con la calificación del concurso como necesario o voluntario, toda vez que el juez no ha admitido aún la otra solicitud a trámite (art. 15.1), nos dice ANTÓN que “la solución dada mayoritariamente por los tribunales a este problema pasa por el criterio de estar a la prioridad en la solicitud y no por la prioridad de admisión a trámite”.³¹¹ Esto porque tal solución contempla los casos en que la primera solicitud, la de los restantes legitimados, sea sometida a subsanación antes de la admisión a trámite, permitiendo al deudor presentar una solicitud perfecta y lista teniendo a la vista la declaración del concurso como voluntario, lo que contraría el espíritu de la ley en relación con la formulación del concurso voluntario prevista en el art. 22.

Diferente tramitación sigue el proceso cuando el deudor se opone, de acuerdo con el apartado 2 del art. 18 LC, pudiendo rebatir la solicitud requerida cuando considere que no se observa el hecho externo alegado o, por otro lado, cuando no exista la situación de insolvencia, o esta sea aún inminente, que son requisitos relativos al presupuesto objetivo o, por otra parte, cuando se invoque la falta de presupuestos subjetivos, es decir, la falta de legitimación del solicitante. En el primer caso, cuando pretenda rebatir la existencia del hecho externo sustentador de la pretensión, la carga de la prueba corresponde al demandante.³¹² Cuando se pretenda probar la

³¹⁰ ROJO, A. y CALDERÓN, P., art.18, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 423.

³¹¹ ANTON, J. «Los problemas en la declaración del concurso necesario» *Los Problemas ...*, *op. cit.*...p. 107-108.

³¹² Véase al AJM núm. 1 de Santander, de 23 de diciembre de 2005, que dispone que “por otro lado, el artículo 18 de la Ley Concursal permite que el deudor se oponga a la solicitud de concurso alegando la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aún existiendo, no se encuentra en situación de insolvencia, correspondiendo en este caso al deudor la prueba de su solvencia. Interpretando conjuntamente los preceptos señalados y acudiendo a las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se extrae que le corresponde al solicitante acreditar su condición de titular de un crédito frente al deudor que no haya sido adquirido dentro de los seis meses anteriores a la solicitud por actos inter vivos tras su vencimiento y a título singular. Igualmente, de existir oposición y negarse por el deudor la existencia de los hechos en que fundamenta la solicitud, le corresponde su prueba al solicitante. En cambio, de negarse que pese a la existencia de dichos hechos el deudor se encuentre en situación de insolvencia, le corresponde a éste su prueba.”

Disponible en <http://www.bufete-baro.com/admin/docs/Jurisprudencia-concursal.pdf>, consultado por última vez el 20 de julio de 2010.

solvencia, se verifica la inversión de la carga de la prueba, debiendo el deudor conllevar al proceso todos los medios de que disponga para comprobar su capacidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles (toda vez que este tipo de deudores que analizamos no está obligado a la llevanza de contabilidad, puede utilizar los medios de prueba previstos en el art. 299 LEC), capacidad que deberá ser evaluada en la fecha de la oposición que, como se indica en el art. 15.1 LC, ocurre en los cinco días posteriores al emplazamiento del deudor.

Existiendo oposición, dentro de los diez días posteriores, deberá celebrarse vista, bajo la presidencia del juez, como se puede leer en el art. 19.1 LC³¹³. Aducidos los presupuestos de fondo en que se basa el contradictorio entre las partes, se abre la oportunidad procesal para la confrontación entre ambas.

Diferentes son las hipótesis configuradas por la ley. En la primera situación, el deudor no comparece, por lo que el juez dictará auto declarando el concurso, dándose el efecto semejante a aquel que derivaría de una falta de oposición, como se ve por la lectura del art. 18.1 LC.

En el caso de que comparezca, el deudor viene obligado a depositar, de acuerdo con el art. 19.2 LC, cuando el crédito del acreedor solicitante sea exigible, en el acto de la vista, el importe de dicho crédito que quedará a la disposición del acreedor o, alternativamente, indicar que lo hizo antes de aquella o, por otra parte, justificar su falta. Este mecanismo, como bien

³¹³El referido art. 19 LC indica lo siguiente: “1. La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición. 2. Si el deudor no compareciera, el juez dictará auto declarando el concurso. Si compareciera, en el caso de que el crédito del acreedor instante estuviera vencido, el deudor consignará en el acto de la vista el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditará haberlo hecho antes de la vista o manifestará la causa de la falta de consignación. En caso de que hubiera varios acreedores personados y se acumulasen sus solicitudes de concurso, el deudor debe consignar las cantidades adeudadas a todos ellos, en las mismas condiciones expresadas. 3. En caso de que el solicitante no compareciera o, habiéndolo hecho, no se ratificase en su solicitud, y el juez considerase que concurre presupuesto objetivo para la declaración de concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2, y de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, antes de dictarse el auto que resuelva sobre la solicitud, se les concederá un plazo de cinco días para que formulen las alegaciones que les conviniesen. 4. En caso de falta de consignación y en los que, a pesar de haber sido efectuada, el acreedor se hubiera ratificado en la solicitud, así como cuando el crédito del instante no hubiera vencido o no tuviera éste la condición de acreedor, el Juez oír a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso y decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan en este acto, acordando la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día y señalándose por el Secretario judicial para la de las restantes el más breve plazo posible, sin que pueda exceder de 20 días. 5. El juez podrá interrogar directamente a las partes y a los peritos y testigos y apreciará las pruebas que se practiquen conforme a las reglas de valoración previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

señala ANTÓN, puede contribuir para una utilización incorrecta del procedimiento, toda vez que la existencia del depósito puede producir el consecuente desistimiento por parte del acreedor, satisfecha su pretensión. Como nos dice, a este propósito, GONZÁLEZ CANO

[...] la consignación puede resultar un arma de doble filo. Efectivamente al acreedor lo que le interesa es el cobro de su crédito lo más rápidamente posible, por lo que puede darse el caso de que en vez de acudir a una ejecución singular o a un juicio declarativo, más dilatado, acuda directamente a un procedimiento concursal, en el que el deudor, para que se archiven las actuaciones, consignará sin más oposición, con lo que podríamos estar hablando de una situación patente de indefensión coaccionada [...]³¹⁴

Sin embargo, para que se impida este resultado añade el autor que habiendo desistimiento por parte del autor de la pretensión, la cuantía solo le será entregada “cuando se dicte auto de desestimación de la solicitud o no declaración de concurso, lo que implica que si de las actuaciones resulta la existencia de otros posibles acreedores, habrá de dárseles el trámite de audiencia para realizar las alegaciones que prevé el art. 19.3”.³¹⁵ En el caso de que la consignación no sea hecha, como se dice en el art. 19.4 LC o, siéndolo, el acreedor ratifique, todavía, la solicitud, el juez deberá interrogar a las partes sobre la procedencia o improcedencia del concurso, decidiendo también sobre los medios propuestos o a proponer, realizándose los que lo puedan ser en el mismo día y determinando que los otros deberán realizarse hasta un plazo máximo de 20 días. Idéntica situación ocurre cuando el crédito que sustente la solicitud no sea exigible o cuando se trate de otro legitimado que no un acreedor.

La última situación surge cuando el solicitante no haya comparecido o, en contrapartida, no ratifique la solicitud, como se puede observar por el dispuesto en el art. 19.3 LC. En este caso, el juez, considerando la existencia del presupuesto objetivo, llamará a los acreedores identificados a fin de que se pronuncien, en cinco días, para que pueda dictar auto que desestime la pretensión o declare el concurso de acreedores.

³¹⁴GONZÁLEZ CANO, M.I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia...op.cit.*, p. 259.

³¹⁵ANTÓN, J. «Los problemas en la declaración del concurso necesario» *Los Problemas...*, op. cit...p. 101. Corresponde a una recomendación hecha en el I Congreso de Los Jueces del Mercantil, de 2004. La ley establece también, en su art. 19.2 que el deudor debe consignar cuantías siempre que haya acumulación de concursos, tantos cuantos sean los acreedores consignados.

Observado el contradictorio entre las partes, corresponde al juez tomar la decisión de acuerdo con el art. 20.1 LC³¹⁶, que nos dice que aquella deberá emitirse en los tres días posteriores a la práctica de las pruebas indicadas o agotado el plazo para su realización, decisión que puede contemplar el auto declaratorio o desestimatorio del concurso de acreedores. Declarándose el concurso, es de aplicar el art. 21 LC al contenido del auto, indicándose también que las costas procesales serán imputadas a la masa insolvente, como créditos sobre la masa, como se puede aun leer en el art. 84.2 LC. En estas circunstancias, se admite en el art. 20.2 y 3 LC que el deudor concursado se legitima (junto con cualquier interesado) cuando no haya solicitado su concurso, para proponer recurso de apelación del auto declaratorio del concurso, en el plazo indicado en el art. 20.4 LC. En la situación contraria, desestimando el juez la solicitud de concurso, la legitimación para recurrir se concede al solicitante (art. 20.3 LC) y las costas le son imputadas, excepto cuando el juez considere que existían ponderosas razones de hecho o derecho que tornaban dudoso el caso concreto. Por otra parte, también como se puede ver en el art. 20.1 LC, cuando el deudor pretenda ser indemnizado de eventuales daños causados por la solicitud, petitionará la apertura de los trámites de la liquidación por daños y perjuicios (art. 712 y ss. LEC).

En aras de conclusión, una vez más se observa que la tramitación de la solicitud derivada de la actuación de otro legitimado que no sea el deudor se caracteriza por la simplicidad y

³¹⁶ Establece el art. 20 LC que: “ 1. Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En el primer caso, las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa; en el segundo, serán imputadas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, se procederá, a petición del deudor y por los trámites de los [artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#), a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud de concurso, y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa.

2. Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario; en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado. Si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, las partes podrán oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición. 3. Estarán legitimados para recurrir el auto de declaración de concurso el deudor que no la hubiese solicitado y cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad. Para recurrir el auto desestimatorio sólo estará legitimada la parte solicitante del concurso. 4. El plazo para interponer el recurso de reposición y para preparar el recurso de apelación contará, respecto de las partes que hubieran comparecido, desde la notificación del auto, y, respecto de los demás legitimados, desde la publicación ordenada en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 23. 5. La desestimación de los recursos determinará la condena en costas del recurrente.”

celeridad propias del proceso concursal en su fase declarativa, tutelándose debidamente los intereses en cuestión, los del deudor y de los acreedores, específicamente.

La mayor dificultad que se plantea para el deudor persona física consumidora es idéntica a aquella que referimos para el concurso voluntario, o sea, los costes derivados del concurso, articulados con el plazo corto previsto en la ley para la oposición, que podrá dificultar el acceso, cuando necesario, a la asistencia jurídica gratuita, que podrá ser esencial para la participación del deudor en el proceso, toda vez que siempre intervendrá apoyado por letrado y abogado. No olvidamos, también, que uno de los efectos negativos del concurso necesario, de acuerdo con el art. 40.1, es el de la pérdida de poderes de administración y disposición de su patrimonio, que se pretenderá, de todo, evitar, en virtud de las dificultades que tal plantearía para la gestión normal de sus negocios. Por otro lado, indicamos que los acreedores optan, en la mayor parte de los casos, debido a la mayor complejidad del proceso concursal, por utilizar la ejecución individual, sin perjuicio de que, no logrando un resultado con éxito, en aquel proceso, podrá el acreedor forzar la negociación con el deudor, a través del proceso concursal, a fin de poder recuperar parte o la totalidad de su crédito.

II- El caso particular del concurso de cónyuges

1- La comunidad conyugal de bienes como objeto del proceso de insolvencia

Una de las fórmulas que pueden encontrarse en la jerga económico-jurídica relativa a la problemática del endeudamiento del consumidor es la referencia, al lado del sobreendeudamiento/insolvencia de los consumidores/particulares, la referencia al sobreendeudamiento/insolvencia de las familias. Se comprende, de este modo, que una de las formas de abordaje de la temática que estudiamos es, del punto de vista socio-económico, susceptible de un análisis colectivo, es decir, centrado en criterios económicos y financieros aplicables al conjunto familiar, contribuyendo para el surgimiento de la insolvencia no solo los individuos considerados aisladamente, sino todas las rentas y encargos de la familia. Por otro lado, el impacto sociológico y psicológico de dichas situaciones reúne consenso con el análisis centrado en la unidad familiar, cuando se supera el ámbito del estudio jurídico.

La transposición del concepto de familia en el campo jurídico, en cuanto polo capaz de agregar las reglas concursales o paraconcursoales de solución de situaciones de insolvencia es más difícil, toda vez que el legislador privilegia, tanto en el tratamiento del sobreendeudamiento, como de la insolvencia, el sujeto individualmente considerado, como fuente de legitimación para instar o ser instado en el proceso - a pesar de que existan excepciones, como, por ejemplo, en Francia, donde se permite la solicitud conjunta por deudores casados o por parejas de hecho, debiendo, sin embargo, la admisión de la solicitud ser reservada al caso de que ambos estén sobreendeudados de buena fe.³¹⁷

De acuerdo con esta premisa, la consideración, en el derecho concursal positivo, de la legitimación del matrimonio, como ejemplo mayor de la unidad familiar que referimos, llévanos a analizar el particular impacto del matrimonio en el proceso concursal, especialmente en la vertiente que contemple la *comunidad conyugal de bienes*. Esto porque, es este particular sistema de economía matrimonial que permite plantear la cuestión más interesante en aras de concurso, es decir, la elevación del propio matrimonio a objeto de la declaración de concurso, debido a la estructura de administración y distribución de los bienes conyugales, donde podrá ser relevante la percepción de una autonomía patrimonial, semejante a otros patrimonios autónomos, que hace que la comunidad conyugal pueda constar como generadora de obligaciones propias y, como tal, se baste en juicio, representada por ambos cónyuges.

Este problema se inserta en un panorama más amplio de consideración del matrimonio en el derecho concursal, que puede ser abordado de una perspectiva triple. Por una parte, la relevancia del deudor casado que demanda, o es demandado aisladamente en el proceso (las solicitudes, según los art. 23.2.c) CIRE y 6.1.2 LC deberán indicar si el deudor está casado, por ejemplo); la segunda consiste en la elevación del matrimonio a objeto concursal; la tercera surge con la posibilidad dada a los cónyuges de, conjuntamente, solicitaren su concurso, o devengan sujetos del proceso por solicitud de sus acreedores, tanto de forma inicial, como sobrevenida, por acumulación de concursos.

La primera cuestión obtiene una respuesta más sencilla por parte de ambos ordenamientos, toda vez que se consagran reglas propias (en el caso de la LC, se permite la disolución de la

³¹⁷FERRIÈRE, F. y CHATAIN, P-L, *Surrendettement...op. cit.*, p. 39.

sociedad de gananciales de acuerdo con los art. 21 y 77.2, a que se equipara el art. 141.1.b) CIRE, al que se añaden los artículos relativos a los efectos de la declaración de concurso relativos a los cónyuges, consagrados en ambas leyes como personas especialmente relacionadas con el deudor y, como tal, acreedores subordinados, como se puede leer en los art. 93.1 de la LC y 49.1.a) del CIRE).

Por otro lado, indicamos que, cuando existan dos procesos individuales contra los cónyuges, es posible, cuando es declarada la insolvencia del segundo, requerir la acumulación de procesos, como indica el art. 86.1 CIRE y el 25.3 LC, ya que esto no es obligatorio, como además, se comprende ante el régimen especial de la insolvencia de deudores casados, que consagra la coligación y no el litisconsorcio necesario, como veremos, en el régimen portugués. En lo que respecta al sistema español, la inexistencia de reglas propias aumenta la importancia de este procedimiento, que puede utilizarse tanto en los concursos voluntarios, como necesarios.

Las restantes perspectivas encuentran diferente tratamiento, toda vez que la LC no indica específicamente ninguna de aquellas, mientras que el CIRE no solo parece permitir la consagración del matrimonio como objeto del proceso (como se puede ver en el párrafo h) del art. 2.1 del CIRE, con la indicación hecha a los otros patrimonios autónomos³¹⁸), sino también crea específicamente un mecanismo, la coligación, de declaración conjunta de insolvencia del matrimonio, en su art. 264 y ss. Sin embargo, el proyecto de reforma de 2011 revisa esta materia, como veremos, creando específicamente una normativa que contempla la solicitud conjunta de cónyuges y parejas de hecho inscritas, con independencia del régimen económico matrimonial adoptado.

Desde ya se comprende la importancia de tal previsión, toda vez que, tratándose de deudores casados, no solo existen ventajas en la declaración conjunta para los acreedores, que acceden mas sencillamente al patrimonio común de ambos (no olvidando también que, de acuerdo con la previsión legal de administración y endeudamiento de la pareja, muchas, si no la totalidad de las deudas que constituyen la insolvencia son de responsabilidad común, en regímenes

³¹⁸Sobre este requisito, véase la nota de pie núm. 65, donde, a propósito del elemento subjetivo del proceso, se introduce la teoría de que la comunidad conyugal puede, en cuanto patrimonio colectivo, ser elevada a objeto del proceso y, como tal, estar en juicio aisladamente. Tal se basa, como indicado, en el régimen previsto en el art. 2.1.h) del CIRE.

económicos de comunidad), como existe un evidente ahorro en los costes de la insolvencia para los propios deudores (siendo que los encargos no se duplican, por ejemplo, con la administración concursal, que es única). Por otro lado, la consideración del matrimonio, hace de *per se*, como objeto concursal, así como la solicitud conjunta de concurso por parte de los cónyuges, como vimos, puede materializar un concepto de familia que aproxime el campo del derecho del campo sociológico y económico que referimos, en lo que respecta a los estudios sobre endeudamiento de particulares.

De este modo, el conjunto de cuestiones indicado se planteará en casos de matrimonio con regímenes económicos de comunidad, toda vez que los que contemplen la separación de bienes no generan deudas comunes, por lo que cada uno de los cónyuges, dotados de patrimonios y deudas propios, será individualmente responsable por la contracción de obligaciones generadoras de insolvencia, no existiendo la comunicabilidad necesaria para la declaración conjunta (tal se indica específicamente en el art. 264.1 del CIRE, retirándose la posibilidad de concurso conjunto en régimen de separación de bienes)³¹⁹.

Situación diversa, pero con problema común, es el caso de las parejas de hecho reconocidas por ley. En España, el régimen se establece a nivel autonómico, mientras que en Portugal preside la Ley núm. 7/2001, de 11 de mayo³²⁰, y en ambos ordenamientos, a pesar de que las parejas de hecho cumplen el concepto de familia a efectos de aplicación de algunas reglas de derecho (especialmente en lo que respecta a cuestiones de filiación y responsabilidades parentales), no existe suficiente sustanciación patrimonial común para hacer equivaler, en estos supuestos, a un matrimonio con régimen económico de comunidad de bienes.³²¹ Por ejemplo, a nivel del régimen portugués, se entiende que, existiendo en la pareja de hecho la comunidad de lecho, mesa y habitación, dando la apariencia, a los terceros, de la existencia de

³¹⁹El art. 78.1 de la LC no olvida el matrimonio celebrado bajo el régimen económico de la separación de bienes, estableciéndose presunciones de donaciones, *iuris tantum*, entre los cónyuges, en dos situaciones distintas, que analizaremos en el último capítulo.

³²⁰ Modificada recientemente por la Lei num. 23/2010 de 30 de agosto.

³²¹En el caso de la ley portuguesa, no existe referencia al régimen patrimonial de los cónyuges, ya que el art. 3 de dicha ley indica una lista de efectos, en consecuencia del reconocimiento de la pareja de hecho, particularmente para aplicación de derechos sociales. Por contrario, podremos encontrar mayor desarrollo de las cuestiones patrimoniales en las diferentes leyes autónomas en España (véase, por ejemplo, los art. 5 y 7 de la Ley /6/1999 de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas (Aragón), publicada en el BOE núm. 95 de 21 de abril de 1999, o el art. 23 de la Ley 10/1998 de 15 de julio, de uniones estables de pareja (Cataluña) publicada en el BOE núm. 198 de 19 de agosto de 1998). Todavía, la reglamentación introducida por la legislación, toda vez que no se pretende la verdadera equiparación al matrimonio, regula solamente aspectos relativos a gastos comunes de la pareja, quedando el régimen de propiedad de cada uno de los sujetos afecto al Código Civil, en la vertiente de bienes propios o en comunidad (de acuerdo con la cuota correspondiente).

un matrimonio, es lícita la extensión del previsto en el art. 1691 b), que responsabiliza a ambos por deudas contraídas para acudir a las necesidades de la vida familiar y que implica, como prevé el art. 1695.1, que la deuda sea solidaria.³²² Esto significa que la existencia de deudas comunes es residual y delimitada, por lo que para los deudores o acreedores no existe la posibilidad de demanda de ambos sujetos parte de la pareja de hecho, toda vez que la declaración de insolvencia abarca la totalidad del patrimonio de los legitimados, lo que no se observa en ambos casos descritos arriba. Con respecto a esta cuestión, podremos, de nuevo, recurrir a un ejemplo francés, hablándose de tratamiento diferenciado del sobreendeudamiento, afirmando FERRIÈRE y CHATAIN que “aunque legalmente no exista en las parejas de hecho una comunidad de bienes ni ninguna solidaridad entre los concubinos, parece que una evaluación global de los ingresos es más adecuada, tratándose de una demanda conjunta”.³²³ Recordamos, como expuesto arriba, que el proyecto de reforma de 2011 introduce la posibilidad de solicitud conjunta por parte de las parejas de hecho inscritas.

Nos quedamos, por lo tanto, con los deudores casados, en régimen de bienes que contemple la comunidad conyugal (art. 1344 y 1411 C.C español que establecen, respectivamente, la sociedad de gananciales y el régimen de participación y art. 1721 y 1732 del C.C. portugués que, por su turno, establecen el régimen de sociedad de gananciales y de la comunidad general de bienes), que son aquellos con relación a los cuales se puede considerar el matrimonio como un objeto del proceso o, como en el caso portugués, determinar la coligación inicial y sobrevenida de los cónyuges, tanto por iniciativa propia, como por demanda de sus acreedores.

Con respecto a la primera cuestión, hemos indicado la posición de la doctrina portuguesa, recordándose también que el presupuesto subjetivo del art. 2 CIRE se restringe a las personas físicas y jurídicas, figurando en los restantes apartados una larga lista de objetos, además de la herencia, que también consta como extensión al criterio subjetivo de la ley española (art. 2.2 LC), lo que capacita la apertura del concurso no solo a patrimonios autónomos, como a conjuntos de bienes que, a pesar de la estrecha relación con sus titulares, presentan

³²²PEREIRA COELHO, F. y OLIVEIRA, G. *Curso de Direito da Família*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 106.

³²³FERRIÈRE, F. y CHATAIN, P-L, *Surrendettement...op. cit.*, p. 50. Traducción nuestra.

características de autonomía patrimonial, lo que permite que el proceso si lleve a cabo contra dicho conjunto de bienes, en vez de responsabilizarse el titular de aquellos.

Tomando el matrimonio como un patrimonio colectivo, considerándose que el conjunto de bienes que compone la comunidad conyugal se encuentra al servicio de intereses comunes de los cónyuges, mayores que sus objetivos e intereses individuales, parece posible, como referimos, su integración el párrafo h) del art. 2 del CIRE.³²⁴ ANTUNES VARELA, por ejemplo, a propósito de la comunidad conyugal, dice claramente que “los bienes comunes, especialmente afectados a los encargos de la sociedad conyugal, constituyen un *patrimonio autónomo*, sujeto a un régimen especial.”³²⁵ Esta opinión es compartida por PEREIRA COELHO y OLIVEIRA que afirman “*los bienes comunes constituyen una masa patrimonial a que, en vista de su especial afectación, la ley atribuye cierto grado de autonomía y que pertenece a los dos cónyuges, pero en bloque, pudiendo afirmarse que los cónyuges son titulares de un único derecho sobre ella.*” No olvidan, sin embargo, los autores indicados, que la autonomía no es absoluta, toda vez que los bienes comunes no responden solamente por deudas comunes, sino también por deudas propias de los cónyuges, así como los bienes propios son subsidiariamente responsables por deudas comunes, lo que invalida la total equiparación a un patrimonio autónomo.³²⁶

Teniendo en cuenta lo expuesto, parece posible la integración de la comunidad conyugal en el susodicho apartado del art. 2, sin perjuicio de la existencia de las limitaciones apuntadas por la doctrina, pero en la práctica, no solo la ley portuguesa no ha elevado la comunidad conyugal a objeto autónomo del proceso concursal, como hizo con otros, también no dotados de total autonomía, como en la práctica de los tribunales lo único objeto que tiene sido observado, a par con los sujetos (personas físicas o colectivas) es la herencia. A esto no será ajeno, como veremos enseguida, las previsiones específicas de la ley portuguesa sobre el concurso de cónyuges pero, admitimos, en teoría, que el matrimonio pueda constar como objeto en el proceso.

³²⁴ Que establece la legitimación pasiva de “otros patrimonios autónomos”. Traducción nuestra.

³²⁵ Traducción nuestra. A este propósito, el mismo autor desarrolla la cuestión afirmando que “los bienes comunes de los cónyuges constituyen una propiedad colectiva. Propiedad colectiva a que los autores alemanes, reconociendo su carácter específico desde hasta más de un siglo, designan por propiedad de mano común (*zum geshamthand*). Sujetos de tal propiedad colectiva son ambos cónyuges, sin que sea correcto hablar, en cuanto persiste la comunidad, en repartición de cuotas entre ellos.” ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, Volume I, Petrony, Lisboa, 1999, p. 455 y ss.

³²⁶ PEREIRA COELHO, F. y OLIVEIRA, G. *Curso de Direito da Família*, op.cit., p. 506 y ss. Traducción nuestra.

Respecto al derecho español, sabemos que la previsión normativa sobre el presupuesto subjetivo del proceso concursal se limita a las personas, abriendo una excepción para la herencia, en cuanto objeto (y patrimonio autónomo), por lo que no podremos extender la idea expuesta arriba al derecho español, toda vez que la introducción del matrimonio como objeto concursal carecería de una innovación legislativa. Sobre tal posibilidad se pronuncia ARNAU RAVENTÓS, que nos dice que “la ausencia de personalidad jurídica que, en sí mismo, tiene el matrimonio determina, en este particular, que no pueda hablarse, propiamente, de un concurso del «matrimonio», ni que, en consecuencia, prevea la ley esta posibilidad”.³²⁷ Por otro lado MAGARIÑOS BLANCO apunta que

[...] la sociedad de gananciales es una sociedad civil universal de ganancias. Su naturaleza societaria está patente en toda la regulación del Código Civil, empezando por la misma terminología utilizada. Su patrimonio es dinámico y su organización y estructura son semejantes a las de un ente social, pues el sistema de gestión y administración tiene carácter orgánico, y las deudas y cargas se anudan y refieren a ese centro de imputación societario. [...] existe en ese patrimonio un alto grado de cohesión y unidad, que dota a la sociedad de gananciales de autonomía y organicidad suficientes para que puedan referirse a ella los derechos y obligaciones, aunque carezca, al final, de idoneidad para ser titular formal de los mismos (última nota diferenciadora de la personalidad jurídica) [...].³²⁸

Parece pacífico, una vez que no posee personalidad jurídica, que el matrimonio quede excluido de la previsión legal, a pesar de la autonomía (insuficiente) que puede presentar, en relación a los propios cónyuges, individualmente considerados. En sentido contrario, sin embargo, BERMEJO GUTIERREZ afirma que “la capacidad concursal depende de la aptitud de un patrimonio para soportar sobre sí mismo determinadas obligaciones”, lo que desvaloriza la cuestión relativa a la personalidad jurídica que referimos arriba, y indica aún que el art. 1399 II del C.C. parece conducir a que la sociedad de gananciales pueda ser declarada en concurso, toda vez que se establece, en tal artículo, que a la insolvencia del patrimonio ganancial deberán aplicarse las reglas concursales. La autora concluye, muy claramente, que “*habrá que integrar la remisión hecha en el art. 1399 II CC a los viejos procedimientos concursales del Código Civil, recurriendo al nuevo concurso de acreedores que lo ha*

³²⁷ ARNAU RAVENTÓS, L. *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa –Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 15. En el mismo sentido, desconsiderando la importancia de la elevación del matrimonio a objeto del proceso de insolvencia, véase FÉRNANDEZ SEIJO, J.M. «La posición jurídico procesal del cónyuge ...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor ...*, op. cit., p. 144.

³²⁸ MAGARIÑOS BLANCO, V. «El concurso y la sociedad de gananciales», AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, p. 2053 y 2054.

sustituido,” en virtud de tal ser la interpretación vigente para la quita y espera y para el concurso de acreedores antes existentes. La autora indica, incluso, que la sociedad de gananciales deberá equipararse, para efectos de declaración de concurso, a la herencia, toda vez que, en su opinión “*la separación existente entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de los cónyuges es equivalente entre el caudal hereditario y el patrimonio,*”³²⁹ por lo que también operaría la extensión legal realizada por el art. 1.2 de la LC.

Se torna por lo tanto necesario que el legislador español clarifique las cuestiones relativas a los cónyuges en la LC, introduciendo normas propias, lo que parece verificarse con el nuevo artículo 25 del proyecto de reforma de 2011.

La consideración del matrimonio como objeto concursal, en estos supuestos, no será solamente un ejercicio teórico, pero reviste importancia práctica, permitiendo, del lado de los acreedores, el acceso más facilitado al patrimonio común de los cónyuges, cuando ambos son responsables por la deuda; por otro lado, el proceso tenderá a ser menos complejo y económicamente menos costoso, lo que favorece ambas partes; se evitan los intentos fraudulentos de los deudores casados, que podrían disponer de su patrimonio a favor del cónyuge no concursado, para indicar algunos efectos; se evita también el arrastre la situación de insolvencia que subsista en relación al cónyuge no concursado, que podrá más tarde ser declarada, perjudicándose más gravemente a los acreedores.

En un plano más amplio, los efectos provocados por la declaración de insolvencia, a lo largo plazo, tendrán un impacto más positivo si referentes a la unidad familiar, y no a cada uno de los cónyuges aisladamente. Esto porque el cumplimiento del convenio, la liquidación o la exoneración del pasivo restante, acabarán por provocar una modificación en el comportamiento económico y financiero en los deudores concursados, a fin de que, cerrado el proceso, estos no vuelvan a enfrentar una situación de insolvencia. El aspecto educativo de la insolvencia, aunque con elevados costes para la vida familiar del deudor, por un período determinado, no puede ser olvidado, así como el tratamiento precoz y eficaz de aquella, que mejor se obtiene en relación a los dos cónyuges. Por todos los motivos indicados, somos favorables a que se considere el matrimonio como objeto concursal, permitiéndose no solo

³²⁹BERMEJO GUTIERREZ, N. «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», *Anuario de Derecho Civil*, Volume 62, núm. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, p. 73, 77, y 75, respectivamente, con relación las citaciones en el texto. *Itálico en el original.*

una mayor protección de los acreedores como también un ataque más eficaz a la insolvencia que afecta a ambos cónyuges.

2- El régimen de coligación procesal del CIRE

2.1 – Coligación procesal vs. litisconsorcio necesario

En alternativa a la elevación del matrimonio a objeto independiente del proceso concursal, surge la segunda cuestión que referimos, que contornea el problema a través del establecimiento de reglas propias para los cónyuges casados en regímenes económicos de comunidad, a fin de que puedan demandar o ser demandados conjuntamente.

Toda vez que las dos leyes bajo estudio presentan regímenes diferentes para el tratamiento de esta cuestión, empezaremos por el análisis del régimen portugués, que indica, igual que hace la *InSo*³³⁰, en los art. 264 y ss. CIRE, la posibilidad de coligación³³¹ de los cónyuges, siempre que los deudores sean personas físicas no empresarias, como se puede leer en el art. 249 CIRE (o detentores de pequeñas empresas, ya que el apartado 2 del art. 249 se refiere específicamente al caso de los cónyuges). Esto se deduce de la intención del legislador en crear un régimen específico para este tipo de deudores, basándose en principios de celeridad y economía procesal, que se concretan en fórmulas propias para la insolvencia de deudores consumidores.

Dicho artículo dice que *“incurriendo marido y mujer en situación de insolvencia, y no siendo el régimen de bienes el de la separación, es lícito a los cónyuges la solicitud conjunta de la*

³³⁰Esta cuestión encuentra respuesta en la *Inso*, pudiendo leerse, en su párrafo §333, que “para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio común de una comunidad conyugal que es administrada conjuntamente, se encuentra legitimado cualquier acreedor que pueda reclamar el cumplimiento de la obligación del patrimonio común”, en su apartado 1, mientras que el segundo nos indica que, “legitimado para la petición esta cualquier cónyuge”, añadiéndose también que la solicitud puede presentarse conjuntamente por ambos y, en caso de que no lo sea, deberá oírse el cónyuge no demandante.³³⁰ De notarse que las dos perspectivas que indicamos son acogidas por la ley alemana - por una parte se consagra la comunidad conyugal como objeto del proceso y, por otro, se establece la legitimidad conjunta de los cónyuges, que actúan en representación conjunta de tal patrimonio, correspondiendo a la noción de patrimonio colectivo que hemos indicado arriba.

³³¹ Hemos optado, en este caso, por utilizar una traducción literal de los términos utilizados por el CIRE y por la propia ley procesal portuguesa, toda vez que el derecho español designa como litisconsorcio la situación que tratamos aquí, al revés de lo que ocurre en la ley portuguesa, donde coligación y litisconsorcio son dos realidades separadas. Para ello, véase el art. 12.1 LEC/2000, que nos dice que podrán ser demandados conjuntamente, o demandar conjuntamente, todos los que tengan en común un título o un fundamento de solicitud lo que, como veremos, equivaldrá, en parte, a la noción de coligación de la ley portuguesa.

insolvencia, o puede el proceso ser instaurado contra ambos, a menos que ante el demandante solamente uno sea responsable".³³². Se trata de una disposición novedosa, que no existía en la anterior legislación y que, en las palabras de CARVALHO FERNANDES y LABAREDA, "permite comprender que las particularidades del tratamiento procesal de la insolvencia de ambos cónyuges configuran un régimen especial de coligación que, con mayor o menor significado, interfiere con el procesamiento común de la insolvencia".³³³

Se establecen, de este modo, dos situaciones distintas. Por un lado, la coligación activa; por otro la coligación pasiva, ambas iniciales. Por otro lado, el párrafo 2 del art. 264 CIRE establece la coligación pasiva sobrevenida, que indica que cuando el proceso sea instaurado contra uno de los cónyuges, el otro puede, con la anuencia del demandado, sin necesidad de autorización del demandante del proceso, solicitar también la declaración de insolvencia en el mismo proceso.

Debe notarse, desde el principio, que este artículo conjuga dos disposiciones aparentemente contrarias, toda vez que tenemos en el mismo proceso dos tipos de solicitud: una de los otros legitimados contra uno de los cónyuges y una solicitud voluntaria del cónyuge no concursado – sin embargo, materialmente, el objetivo de la coligación es proveer una solución unitaria para la insolvencia de dos sujetos ligados entre sí por relaciones patrimoniales estrechas (no olvidando la posibilidad del cónyuge no insolvente de requerir la separación de bienes en el ámbito del proceso, como indica el art. 141.1.b) CIRE) y, en todo caso, permitir la declaración de insolvencia. Formalmente, recordamos, el régimen portugués, para los deudores consumidores personas físicas no implica el deber de solicitud y, sobretodo, no existen diferencias, en cuanto a los efectos de la declaración de insolvencia, entre la declaración de insolvencia solicitada por el deudor o por otro legitimado, toda vez que el art. 81 CIRE impone, para todos los insolventes, la pérdida de los poderes de administración y disposición de sus bienes (con la excepción del art. 255.1 CIRE, en el caso de requerimiento de plan de pagos, siendo que el juez suspende el proceso sin dictar sentencia hasta la resolución sobre el incidente). Por otra parte, aunque los fundamentos de ambas solicitudes sean distintos

³³²Traducción nuestra.

³³³CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA J. «Regime Particular da Insolvência dos Cônjuges» *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 312. Traducción nuestra.

(insolvencia actual o inminente y los hechos externos), materialmente se observa la situación de insolvencia. La solución del legislador puede aceptarse.

Se aplaude la construcción primaria de la ley portuguesa, es decir, la introducción de preceptos específicos para los deudores casados no empresarios (o detentores de pequeñas empresas, como se prevé en el art. 249 CIRE), y no olvidamos que el CIRE se trata de una ley especial en relación al Código de Proceso Civil, pero no dejamos de indicar que se ha establecido un régimen de coligación y no de litisconsorcio necesario, como podría pensarse en virtud del dispuesto en el art. 29-A del CPC, que establece la regla general en lo que respecta a acciones referentes a los cónyuges.

La coligación puede ser definida, en las palabras de LEBRE DE FREITAS, como la situación que ocurre “cuando las solicitudes acumuladas no son deducidas por o contra la misma parte (singular o plural), pero discriminadamente deducidas por o contra partes distintas,”³³⁴ siempre que observadas idénticos fundamentos para la solicitud, como se puede leer en el art. 30.1 CPC³³⁵. En esta particular situación, podremos encuadrar la insolvencia en dichos supuestos, una vez que esta se puede observar respecto de ambos cónyuges, existiendo una fundamentación común. De forma diferente, el litisconsorcio necesario consiste en que “todos los interesados deberán demandar o ser demandados, originando la falta de alguno de ellos una situación de ilegitimidad”.³³⁶

El art. 29-A se divide en tres situaciones distintas: *acciones que deberán ser propuestas por ambos cónyuges* (apartado 1), pudiendo estas ser *propuestas por uno con el consentimiento expreso del otro* (apartado 2) o *acciones que deberán ser propuestas contra ambos cónyuges* (apartado 3).

Las primeras respectan a los actos de administración y disposición de bienes que solo pueden ser ejercitados por ambos, toda vez que la ley indica “*las acciones de que puedan resultar la*

³³⁴LEBRE DE FREITAS, J. *Introdução ao Processo Civil ...*, op. cit., p. 169. Traducción nuestra.

³³⁵ El artículo establece que “1 - É permitida a coligação de autores contra um ou vários réus e é permitido a um autor demandar conjuntamente vários réus, por pedidos diferentes, quando a causa de pedir seja a mesma e única ou quando os pedidos estejam entre si numa relação de prejudicialidade ou de dependência.” Esta construcción es más exigente que aquella otra del art. 12 LEC/2000 pero es posible retirar la conclusión que la llamada coligación, en la ley portuguesa, equivale al litisconsorcio definido por la ley española.

³³⁶TEIXEIRA DE SOUSA, M. *Estudos sobre o novo processo civil*, Lex, Lisboa, 1997.

*pérdida o la carga de bienes que solo por ambos puedan ser alienados, o la pérdida de derechos que solo por ambos puedan ser ejercitados, incluyendo las acciones que tengan por objeto, directa o indirectamente, la vivienda del matrimonio*³³⁷. Observamos que el proceso concursal no respecta directamente a actos de administración o disposición extraordinarios, siendo que, en regla, solo en casos de liquidación de los bienes de los cónyuges se observan dichas operaciones de transferencia de propiedad, estableciendo incluso el CIRE, en su art. 266, que los bienes comunes o propios de los cónyuges son liquidados en separado. Sin embargo, es probable la solicitud, por parte de los cónyuges concursados, de la exoneración del pasivo restante, que implicará la liquidación.

Sobre la posibilidad de constitución de garantías a favor de los acreedores, estas podrán constituirse en el ámbito de aprobación de un plan de pagos (como consta en el art. 252.2 CIRE) – por lo que también este caso podría suponer un caso de litisconsorcio necesario, de acuerdo con la ley procesal general.

Requerida la insolvencia, no se consigue prever cual será la opción, de las descritas arriba, que irá prevalecer, por lo que podremos afirmar, al menos indirectamente, que el proceso concursal se encuadra en el art. 29-A.1 CPC. Cumple señalar que el artículo no indica en ninguna parte la necesidad de un impacto directo de la acción declarativa sobre dichos derechos de las partes, siendo su redacción suficientemente larga para abarcar la simple posibilidad de afectación, lo que sería suficiente para incluir la insolvencia en el litisconsorcio necesario, toda vez que se trata de un proceso (en parte) declarativo susceptible de afectar al patrimonio común del matrimonio y que, de acuerdo con la ley civil, sólo puede ser administrado o afectado en virtud de una decisión común (art. 1678 y ss. CC portugués, en particular el 1682, relativo a la vivienda del matrimonio).

De la misma forma, la redacción del art. 29-A.3 CPC indica que deberán ser ejercitadas contra ambos cónyuges *“las acciones emergentes de hecho practicado por ambos cónyuges, las acciones emergentes de hecho practicado por uno de ellos pero con el propósito de obtención de una decisión susceptible de ejecución sobre los bienes propios del otro y todas las acciones previstas en el párrafo I”*³³⁸, que son aquellas a que aludimos arriba. En estos supuestos, podremos identificar, por ejemplo, situaciones en que el crédito en que se basa la

³³⁷ Traducción nuestra.

³³⁸ Traducción nuestra.

solicitud de la declaración de insolvencia deriva de deudas que responsabilicen a ambos cónyuges, como plasmado en el art. 1691 CC portugués, que incluye no solo deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con consentimiento del otro – párrafo a) – como deudas contraídas por uno de los cónyuges para acudir a los normales encargos de la vida familiar – párrafo b) o aún deudas contraídas por uno de los cónyuges en beneficio del matrimonio, dentro de los límites de su administración, como se puede leer en el art. 1678 CC portugués – párrafo c).

Teniendo en cuenta la insolvencia de los deudores personas físicas no empresarias, la mayor parte de las deudas que integra la masa pasiva deriva precisamente de actos practicados en las situaciones antes descritas. En este caso, los legitimados que pretendan iniciar un proceso contra ambos cónyuges, deberán comprobar la existencia de un crédito común.

Por aplicación de la regla general, podríamos afirmar que el proceso de insolvencia, por la doble vía de demanda por los cónyuges o contra los cónyuges, existiendo un régimen económico de comunidad de bienes, podría encuadrarse en una situación de litisconsorcio necesario. Sin embargo, como hemos indicado, varios motivos explican la excepción que el CIRE impone en relación a la regla general del proceso civil. No solo se trata de un proceso especial, lo que ha permitido al legislador contornear el previsto en el CPC, sino también, especialmente, el hecho de no consagrarse el matrimonio como un objeto de la insolvencia ha impedido la aplicación plena de las reglas relativas al litisconsorcio, toda vez que el matrimonio carecería, automáticamente, de representación por parte de ambos (sin olvidar la posibilidad abierta, ya indicada, por el párrafo h) del art. 2 CIRE).

Por otro lado, a fin de simplificar el proceso, se permite a los acreedores la demanda exclusiva del cónyuge visible en el negocio (por ejemplo, lo que ha contraído la deuda), permitiéndose al otro la opción de presentarse o no a la insolvencia, como veremos. Por parte de los cónyuges, puede intentarse la salvaguarda de parte del patrimonio a través del mecanismo de la separación de bienes (art. 141.1. b) CIRE), siempre que no se observe la insolvencia con respecto a uno de ellos o, arriesgamos, el patrimonio sobrante, hecha la separación de bienes, permita asegurar el pago de los acreedores. De todos modos, toda vez que la insolvencia, en caso de deudores no empresarios, surge en la mayor parte de las situaciones, como vimos, por deudas que responsabilizan ambos cónyuges, nos parece que, indudablemente, cuando exista

demanda por parte de los acreedores, la fórmula más acertada será la proposición de la acción de insolvencia contra ambos o, demandado uno de ellos, la solicitud posterior del cónyuge restante, a fin de que proceda un plan de pagos que aproveche a los dos cónyuges (art. 264.4.b) CIRE), así como la exoneración del pasivo restante.

Una de las dificultades prácticas que puede surgir con la inexistencia de litisconsorcio de los cónyuges en el proceso de insolvencia está precisamente relacionada con la cuestión del origen de las deudas: tratándose de una deuda común, solicitada la insolvencia de uno de los cónyuges, de acuerdo con el art. 1695.1 CC portugués, responden, por tal deuda, en primer lugar, los bienes comunes de los cónyuges y, cuando no existan o sean insuficientes, los bienes propios del insolvente.

Esto significa que, por ejemplo, el cónyuge concursado no puede presentar, en el plan de pagos, bienes comunes que legalmente responden por la deuda, toda vez que el otro no es sujeto del proceso en curso – en estas circunstancias deberá, como vimos, solicitarse la separación de bienes, lo que podrá implicar retrasos en el proceso³³⁹, o el otro cónyuge, voluntariamente, en los términos del art. 264/1 CIRE, solicitar su declaración de insolvencia, ya que una de las condiciones para eso es, precisamente, que el plan de pagos no haya sido aprobado o homologado.

Se concluye, por lo tanto, que la opción por la fórmula de coligación se integra en la política legislativa que, de forma innovadora, introduce mecanismos que permiten la simplificación y la celeridad del proceso, debiendo ser utilizada por las partes a fin de agilizar la propia insolvencia, pero nos parecería más acertada la opción por el litisconsorcio, que iría, además, al encuentro de las reglas generales de acciones contra los cónyuges. La posición es, además,

³³⁹Estas dificultades prosiguen para el juez, que solo puede rechazar el plan de pagos, según el art. 255 CIRE, cuando su aprobación sea manifiestamente improbable. La existencia de un bien común que, vendido, permita el pago de parte o totalidad de las deudas no configura un plan de pagos de manifiesta improcedencia, pero la disposición de los bienes comunes corresponderá a los dos cónyuges conjuntamente, de acuerdo con el art. 1682.1 CC, so pena de ilegitimidad. El hecho de que uno de los cónyuges no sea concursado implica que sea concedida autorización para el acto, que no puede ser obtenida con recurso a las reglas insolvenciales. Véase, por ejemplo, el art. 825 CPC que, en los casos de acción ejecutiva movida contra uno de los cónyuges, permite el embargo de bienes comunes (en caso de insuficiencia de bienes propios), siempre que emplazado el cónyuge para que requiera la separación de bienes – párrafo 1 de dicho artículo, o sea, introduce un mecanismo procesal para llamar al cónyuge del ejecutado. Todavía, estos argumentos son quebrados por el párrafo 3 de este artículo, toda vez que, de acuerdo con las reglas del litisconsorcio que hemos indicado, en caso de que se determine que la deuda es común, el proceso debe proseguir contra ambos cónyuges. Nos parece, más una vez, que la solución del CIRE debería ter sido la de adoptar la formula general de litisconsorcio.

consonante, con la que expusimos arriba en relación con la comunidad conyugal de bienes como objeto del proceso, por lo que se mantienen válidos los motivos aun aducidos.

2.2 - Coligación activa

En lo que respecta a la coligación activa inicial, que se determina por aplicación del art. 264.1 CIRE³⁴⁰, observamos que los requisitos básicos son, por un lado, que se verifique la situación de insolvencia en relación a ambos cónyuges, de acuerdo con el dispuesto en la regla general del art. 3.1 CIRE, es decir, la imposibilidad de cumplimiento de obligaciones vencidas y, por otro, que el régimen económico de matrimonio no revista la forma de separación de bienes, existiendo, en este caso, dos procesos de insolvencia totalmente separados.

Tratándose pues de regímenes económicos que implican la comunicabilidad de deudas y patrimonio, podremos afirmar que la insolvencia de ambos cónyuges derivará, en la mayor parte de los casos, de deudas contraídas por ambos o, contraídas por uno de ellos pero con impacto en la estructura económica familiar, observándose lo previsto en el art. 1691 CC

³⁴⁰ Establece dicho artículo que: “1 - Incorrendo marido e mulher em situação de insolvência, e não sendo o regime de bens o da separação, é lícito aos cônjuges apresentarem-se conjuntamente à insolvência, ou o processo ser instaurado contra ambos, a menos que perante o requerente seja responsável um só deles.

2 - Se o processo for instaurado contra um dos cônjuges apenas, pode o outro, sempre que com a anuência do seu consorte, mas independentemente do acordo do requerente, apresentar-se à insolvência no âmbito desse processo; se, porém, já se tiver iniciado o incidente de aprovação de um plano de pagamentos, a intervenção apenas é admitida no caso de o plano não ser aprovado ou homologado.

3 - A apresentação à insolvência nos termos do número anterior, uma vez admitida:

a) Envolve confissão da situação de insolvência do apresentante apenas se a insolvência do outro cônjuge vier a ser declarada;

b) Suspende qualquer processo de insolvência anteriormente instaurado apenas contra o apresentante e em que a insolvência não haja sido já declarada, se for acompanhada de confissão expressa da situação de insolvência ou caso seja apresentada pelos cônjuges uma proposta de plano de pagamentos.

4 - Apresentando-se marido e mulher à insolvência, ou correndo contra ambos o processo instaurado por terceiro:

a) A apreciação da situação de insolvência de ambos os cônjuges consta sempre da mesma sentença;

b) Deve ser formulada conjuntamente pelos cônjuges uma eventual proposta de plano de pagamentos.

5 - Exceptua-se do disposto na alínea b) do número anterior a hipótese em que um dos cônjuges se oponha ao pedido de declaração de insolvência, caso em que:

a) Apresentada uma proposta de um plano de pagamentos pelo outro cônjuge, correm em paralelo o correspondente incidente e o processo de insolvência contra o seu consorte, sem que, todavia, a tramitação do primeiro possa prosseguir, cumprido que seja o disposto no artigo 256.º, antes de proferida sentença no último;

b) Improcedendo a oposição ao pedido, a sentença declara a insolvência de ambos os cônjuges e extingue-se o incidente do plano de pagamentos;

c) Sendo a oposição julgada procedente, o incidente do plano de pagamentos segue os seus termos até final, cumprindo-se subsequentemente o disposto nos artigos 259.º ou 262.º, consoante o que for aplicável.”

portugués, tanto respecto de deudas para acudir a los normales encargos de la vida familiar como para concretizar el provecho común del matrimonio (como se puede leer en los párrafos b) y c) del apartado 1 del indicado artículo)³⁴¹. Es decir, no se consagra formalmente el matrimonio como objeto insolvencial, pero a través de la fórmula que expusimos, en realidad se implica, materialmente, la insolvencia del matrimonio, para que la coligación inicial activa proceda.

Como resultado de la coligación inicial activa, dos consecuencias pueden ponerse de relieve: de acuerdo con el art. 264.4.a) CIRE, la evaluación sobre la insolvencia de los cónyuges consta de la misma sentencia y, cuando se opte por la vía del plan de pagos, alternativamente a la liquidación del patrimonio, la solicitud deberá formularse conjuntamente (de acuerdo con los art. 251 y ss. CIRE).

Una nota particular, en estas circunstancias, es que no se prevé, directamente, la posibilidad de solicitud conjunta del mecanismo de la exoneración del pasivo restante, prevista en el art. 235 y ss. CIRE, y que, en virtud del art. 254 CIRE, sabemos ser alternativa al plan de pagos - a pesar de que ambos pueden ser solicitados por el deudor persona física.

O sea, aunque se haya demandado conjuntamente el plan de pagos, la ley no prevé expresamente idéntica posibilidad para la exoneración del pasivo restante que, además, queda excluida, en términos sistemáticos, del capítulo dedicado a la insolvencia de particulares y titulares de pequeñas empresas, estando reservado, sin embargo, a la persona física, sea empresaria o no, e indicándose expresamente en el art. 236.1 CIRE que, en este caso, la solicitud de la exoneración deberá ser deducida en la petición inicial. Por interpretación literal, parecía apartada la posibilidad de los cónyuges solicitaren en conjunto tal exoneración,

³⁴¹ “1. São da responsabilidade de ambos os cônjuges:

- a) As dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, pelos dois cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro;
 - b) As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar;
 - c) As dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador, em proveito comum do casal e nos limites dos seus poderes de administração;
 - d) As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum do casal ou se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens;
 - e) As dívidas consideradas comunicáveis nos termos do n.º 2 do artigo 1693.º
2. No regime da comunhão geral de bens, são ainda comunicáveis as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal.
3. O proveito comum do casal não se presume, excepto nos casos em que a lei o declarar.”

pero no es ese el espíritu de la ley, por lo que se permite, en la práctica judicial, tal solicitud conjunta.³⁴²

Como consecuencia de la solicitud conjunta, la ley establece dos efectos importantes: se prevé en el art. 28 CIRE, que la solicitud de declaración de insolvencia implica que el solicitante reconozca la situación de insolvencia que alega, por lo que el juez declara inmediatamente la insolvencia, cuando no si verifican vicios insanables³⁴³ – sin embargo, esto solamente se observa inmediatamente cuando no exista una solicitud conjunta de un plan de pagos, toda vez que el CIRE prevé, como referimos, en el art. 255 CIRE, que el proceso de insolvencia se suspenda hasta la decisión sobre aquel. La suspensión no ocurre cuando los cónyuges optan exclusivamente por la exoneración del pasivo restante (y no alternativamente, según el art. 264 CIRE), o sobrando la liquidación (art. 250 CIRE). Con respecto a estas dos cuestiones, el art. 264 CIRE establece, por lo tanto, reglas particulares, en la medida en que nos dice, en su párrafo a), que la declaración de insolvencia se hace en la misma sentencia y, en el párrafo b) que, en caso de que los cónyuges pretendan hacerlo, la solicitud del plan de pagos deberá ser conjunta (igual que la de exoneración, como hemos indicado más arriba).

Sintetizando, cuando los cónyuges no pretendan requerir un plan de pagos, la insolvencia de ambos es declarada en los términos del art. 28 CIRE, en la misma sentencia. En el caso de que lo hagan, pero el juez aprecie, de acuerdo con el art. 255 CIRE, la elevada probabilidad de no aprobación del plan por los acreedores, también la insolvencia se declara conjuntamente como indicado en el art. 28 CIRE. Cuando el incidente procesal relativo al plan de pagos haya de proseguir, esto será valorado en conjunto y la sentencia, como descrita en el art. 259.1 CIRE, es declarada, posteriormente a la homologación del plan, también conjuntamente.

Acerca de la coligación activa, indicamos que la ley no prevé la coligación activa sobrevenida, es decir, iniciado el proceso de insolvencia por solicitud de uno de los cónyuges, la ley no prevé la adhesión del otro cónyuge. Sin embargo, esa no es la opinión de la doctrina, ya que CARVALHO FERNANDES y LABAREDA nos dicen que es de aplicar

³⁴² Véase, por ejemplo, el Ac.TRP núm. 29/09.3TBVNG-A.P1, disponible en www.dgsi.pt, consultada por última vez el 22 de diciembre de 2010.

³⁴³ Recordamos que el art. 28 CIRE indica que la declaración de insolvencia sea dictada hasta tres días laborales desde la distribución de la petición inicial.

análogicamente el régimen previsto para la coligación pasiva sobrevenida, que veremos adelante. Se justifica tal aplicación análogica en virtud de

[...]en la multiplicidad de situaciones que la vida real puede contener, no es de excluir la hipótesis de, en cierto momento, solo uno de los cónyuges estar insolvente o entender justificada o necesaria la solicitud de la insolvencia y, con posterioridad, producirse la situación de insolvencia del otro, o este se disponer a solicitar la insolvencia.³⁴⁴

2.3 - Coligación pasiva

Situación distinta, en su origen, es la prevista en la segunda parte del art. 264.1 CIRE³⁴⁵, que establece la coligación pasiva inicial, en la cual los restantes legitimados podrán instaurar el proceso contra ambos cónyuges. Los requisitos para dicha coligación, además de los anteriormente indicados (existencia de situación de insolvencia, reportada a ambos cónyuges, así como de un régimen económico matrimonial de comunidad) exigen que ambos sean responsables ante el demandante. Esta responsabilidad se determina, igual que la prevista en la coligación inicial activa, de acuerdo con en el art. 1691 CC portugués, o sea, deudas comunes del matrimonio (y que pueden, como referimos, en el caso de los deudores no empresarios, constituir genéricamente la masa de deudas en que se basa la insolvencia). Tratándose de deudas propias de cada uno de los cónyuges (art. 1692 CC portugués³⁴⁶), se encuentra vetada, como bien se comprende, a los restantes legitimados, la posibilidad de requerir la insolvencia conjunta de los cónyuges.

La ley prevé tres situaciones distintas, derivadas de la proposición del proceso de insolvencia contra ambos cónyuges: *no existe oposición* (art. 30.5 CIRE); *ambos cónyuges se oponen* (art. 30 CIRE); *solo uno de los cónyuges se opone* (art. 264.5 CIRE).

³⁴⁴CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA J. «Regime Particular da Insolvência dos Cônjuges» *Colectânea de Estudos...op. cit.*, p. 317. Traducción nuestra.

³⁴⁵

³⁴⁶ “São de exclusiva responsabilidade do cônjuge a que respeitam:

- a) As dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, por cada um dos cônjuges sem o consentimento do outro, fora dos casos indicados nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo anterior;
- b) As dívidas procedentes de crimes e as indemnizações, restituições, custas judiciais ou multas devidas por factos imputáveis a cada um dos cônjuges, salvo se esses factos, implicando responsabilidade meramente civil, estiverem abrangidos pelo disposto nos n.os 1 ou 2 do artigo anterior;
- c) As dívidas cuja incomunicabilidade resulta do disposto no n.º 2 do artigo 1694.”

En la primera situación, nos dice el art. 30.5 CIRE que, cuando no es deducida oposición, se consideran confesados los hechos alegados en la demanda, debiendo declararse la insolvencia (conjunta) en el plazo prescrito (primer día hábil agotado el plazo de 10 días para oposición), siempre que observados cualquiera de los hechos del art. 20 CIRE, excepto cuando los deudores soliciten la evaluación de un plan de pagos (alternativamente a la oposición, como se puede leer en el art. 253 CIRE, toda vez que, como se recoge en el art. 252.4 CIRE, la solicitud de un plan de pagos implica la confesión de la insolvencia), aplicándose entonces la suspensión prevista en el art. 255.1 CIRE, declarándose la insolvencia cuando decidida la materia del incidente del plan de pagos.

En el segundo caso, se aplicarán las reglas generales relativas a la oposición, como se prevé en el art. 35 CIRE, y que referimos en local adecuado. Notamos, sin embargo, que la oposición por parte de los deudores implica prescindir del plan de pagos, como se indicó arriba (art. 253 CIRE), toda vez que implica el reconocimiento de la insolvencia alegada por el demandante. Todavía, el deudor puede deducir oposición y requerir la exoneración del pasivo restante (art. 236.1 y 2 CIRE), lo que no hace suspender el proceso, aplicándose las reglas generales en cuanto a la declaración de insolvencia y resultado del contradictorio del mecanismo de oposición.

Cuando solo uno de los cónyuges se oponga, se aplica el art. 264.5 CIRE, que nos dice que, en primer lugar, esta situación implica una excepción a la regla del art. 264.4.b) CIRE, que obliga a la solicitud conjunta de un plan de pagos por parte de los dos cónyuges. En este caso, solo el cónyuge que no se opone sigue legitimado para proponer el plan de pagos, restando al otro demandar, deseándolo, la exoneración del pasivo restante. Oponiéndose uno de los cónyuges a la declaración de insolvencia, el otro no sigue obligado a requerir el plan de pagos, pudiendo, incluso, ambos solicitar la exoneración, como decimos arriba, no ocurriendo la suspensión legal en vigor para la evaluación del plan de pagos.

Pero, en el caso previsto por la ley, específicamente, cuando uno de los cónyuges se opone y el otro requiere un plan de pagos, tiene lugar la segunda consecuencia, expresa en el art. 264.5.a) CIRE, que implica que tramiten en simultaneo, el incidente para análisis del plan de pagos y el proceso principal, donde se va a discutir la oposición. Pero, como nos dice la última parte de dicho artículo, existen desvíos a la tramitación normal del incidente del plan

de pagos- CARVALHO FERNANDES y LABAREDA traducen la situación prescrita por la ley de esta forma

[...] estando los cónyuges coligados, en situación pasiva inicial, pero no siendo común su posición en el proceso de insolvencia, por uno de ellos haber deducido oposición a la declaración de insolvencia y el otro presentado una propuesta de plan de pagos que deba proseguir, recoge el art. 264.5 que el proceso de insolvencia no se suspende como determina el art. 255. Antes por el contrario, es el incidente que queda suspenso, una vez observado el art. 256, o sea, después de emplazados o notificados los acreedores [...]³⁴⁷

Esto porque, de acuerdo con el art. 264.5 CIRE, la decisión sobre el plan de pagos depende de la decisión, en el proceso principal, sobre la oposición: así lo dicen los párrafos b) y c). El primero indica que, no teniendo éxito la oposición a la declaración de insolvencia, el juez deberá declarar, en la sentencia referida en el art. 35.8, la insolvencia conjunta de los cónyuges, extinguiéndose el incidente del plan de pagos. De acuerdo con MENEZES LEITÃO, esto es explicable “una vez que se demuestra la necesidad de solicitud conjunta del mismo [plan de pagos] por ambos cónyuges”.³⁴⁸ Por otra parte, de acuerdo con en los art. 30.5 y 256.4 CIRE, el hecho de que uno de los cónyuges no haya deducido oposición y simultáneamente, haya requerido la evaluación del plan de pagos, implica la confesión de los hechos externos alegados por la contraparte. Esto significa, ante el silencio de la ley y, teniendo en cuenta que el plan de pagos debe ser solicitado de acuerdo con los art. 251 y 253 CIRE, en la petición inicial o, como es este el caso, en el plazo para la deducción de oposición, que la extinción del plan requerido por uno de los cónyuges, sin posibilidad de que el otro, que es declarado insolvente, a ello pueda sumarse, impide que los cónyuges puedan, posteriormente a la declaración conjunta de insolvencia, requerir nuevo plan de pagos, ahora conjuntamente. Esto significa que, observándose lo previsto en el párrafo b) del art. 264.5 CIRE, resta a los cónyuges, si lo han solicitado conjuntamente, de acuerdo con el art. 254 CIRE, la decisión sobre la exoneración del pasivo restante o, como mecanismo residual, la liquidación (art. 172 y ss. CIRE).

Por último, el párrafo c) indica que, procediendo la oposición, esto significa que el cónyuge no se encontraba en una situación de insolvencia o que, contra ello, no se observaban los hechos externos del art. 20 CIRE (art. 30.3 CIRE). En este caso, la suspensión que pendía

³⁴⁷CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA J. «Regime Particular da Insolvência dos Cônjuges» *Colectânea de Estudos...op. cit.*, p. 320. Traducción nuestra.

³⁴⁸MENEZES LEITÃO, L.M. *Manual...op. cit.*, p. 337. Traducción nuestra.

sobre el incidente procesal del plan de pagos termina, prosiguiendo contra el cónyuge insolvente, pudiendo el plan ser aprobado (art. 259 CIRE) o recusado (art. 262 CIRE).

El cónyuge no afectado por el proceso puede requerir, como referimos, cuando lo desee, la separación de bienes (art. 141.1.b CIRE). En el caso de que la oposición proceda y el otro cónyuge no haya solicitado un plan de pagos, nos dice VIEIRA que “la declaración de insolvencia afectará únicamente al cónyuge que la ha confesado. La decisión judicial deberá, en este caso, diferenciar la posición de cada uno de los cónyuges, que puede ser diferente en cuanto al estado de solvencia”.³⁴⁹

Expuestas las posibilidades, consideramos que difícilmente, en los casos de deudores consumidores (acordando que este mecanismo es también aplicable a pequeños empresarios), se observan las escisiones indicadas, especialmente las relativas al rumbo a tomar en el proceso. Atendiendo al tipo de deudas, y al régimen matrimonial en cuestión, que las tornará, con probabilidad, comunes, normal será que los deudores concursados persigan el mismo propósito en el concurso, sea en el sentido de oposición, sea en aquel de obtención de una solución común. Sin embargo, toda vez que la ley prevé todas las fórmulas posibles de defensa de los deudores y, como referimos, no introduce el litisconsorcio necesario como figura principal, el esquema presentado nos parece indicado.

Una tercera situación es definida por ley, en relación con la coligación, tratándose de la coligación pasiva sobrevenida. Recordamos que, según la doctrina, este régimen puede aplicarse a la coligación activa sobrevenida, que no se encuentra prevista, con las necesarias adaptaciones. Este régimen se encuentra previsto en el art. 264.2 CIRE e implica requisitos subjetivos y procesales. Respecto de los primeros, en el caso de que el proceso de insolvencia se inicie contra uno de los cónyuges, el otro, siempre que alcance la aquiescencia de su consorte, puede presentarse en el mismo proceso, no necesitando del acuerdo del demandante. En segundo lugar, cuando el concursado haya solicitado un plan de pagos, y el incidente se inicie, la coligación sobrevenida activa solo es admitida cuando tal plan sea rechazado o no sea homologado.

³⁴⁹ VIEIRA, J.A. «Insolvência de não empresários e titulares de pequenas empresas», *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 276.

Para que el cónyuge no concursado se presente en el proceso es necesario que, con relación a sí propio, se verifique la situación de insolvencia, por lo que se comprende la falta de necesidad de obtención de autorización del demandante. De la misma forma, toda vez que no se trata de litisconsorcio necesario, siendo la coligación presentada como una fórmula que puede ser utilizada por los cónyuges para su provecho, es comprensible que se exija la autorización del cónyuge que ha iniciado el proceso. En este caso, no hay necesidad de analizar la responsabilidad de ambos cónyuges ante el solicitante, como requisito procesal, porque se trata de una presentación que, *ab initio*, se encuentra en la disponibilidad del cónyuge del concursado.

La ley indica las consecuencias previstas en el párrafo 3 del art. 264 CIRE, que importan que la adhesión del cónyuge al proceso iniciado contra el otro implica la confesión de su propia insolvencia, pero únicamente cuando la insolvencia del otro cónyuge sea, también, declarada – párrafo a).

Presentada una propuesta de plan de pagos, sabemos que el proceso se suspende, en virtud del art. 255 CIRE, por lo que la admisibilidad de la propuesta de solicitud secundaria, como se dice más arriba, solo se decide con el rechazo o falta de homologación del plan (art. 264.2 segunda parte CIRE), conduciendo a la declaración de insolvencia de acuerdo con el art. 262 CIRE. En el caso de falta de solicitud del plan de pagos, el cónyuge podría recurrir a la oposición, por lo que la sentencia sería declarada como se recoge en el art. 35.8 CIRE.

En último análisis, no existiendo oposición, la insolvencia se declara en el plazo establecido en el art. 30.5 CIRE. Observamos que, dependiendo de la actuación del cónyuge originalmente demandado, la admisión de la solicitud del cónyuge restante puede hacerse en diferentes intervalos temporales.

Como se puede evaluar, el cónyuge que se reúne al proceso del otro, prescinde de la posibilidad de oponerse a la solicitud, de acuerdo con el referido art. 264.3.a CIRE, que nos dice que la solicitud equivale a confesión en caso de que la insolvencia del cónyuge sea declarada.

Por aplicación del art. 264.4.b) CIRE, la declaración de insolvencia, observadas estas circunstancias, deberá ser conjunta. CARVALHO FERNANDES y LABAREDA indican que el párrafo a) del art. 264.3 CIRE es necesario toda vez que, cuando fuera de aplicar las reglas generales del art. 28 CIRE, el reconocimiento de la insolvencia por parte del segundo cónyuge implicaría que, aun procediendo la oposición del primero y cerrándose el proceso relativo a aquél, persistiría aisladamente la segunda solicitud.

La interpretación que deberá hacerse, como nos dicen los autores, es que la solicitud del segundo cónyuge se encuentra “condicionada” por los hechos externos aducidos contra el primero, no tratándose de una solicitud autónoma que pueda prevalecer una vez extinguido el proceso inicial.³⁵⁰ Así se comprende que el legislador haga una derogación de las reglas generales de solicitud de concurso por parte del deudor, no tratándose de un caso idéntico al del art. 23 y ss. CIRE, sino de una adhesión a un proceso solicitado por otros, pero observando, sin embargo, los requisitos generales para requerir la propia insolvencia. Como sabemos, la coligación depende de la existencia de idénticos fundamentos, ya que, concretamente, al cónyuge que secundariamente solicita la declaración de insolvencia compete indicar, de acuerdo con el art. 3.1 CIRE, que se encuentra insolvente, pero condicionado por lo que fue aducido contra su consorte, siendo por este motivo que no procede su declaración de insolvencia cuando no procede aquella contra el otro cónyuge.

Esta idea se comprende mejor en los casos de coligación activa sobrevenida, a la cual, aludimos, se aplican analógicamente estas reglas. Cuando un deudor casado en régimen económico de comunidad solicita la declaración de su insolvencia, a la que sigue la adhesión de su marido/mujer, los fundamentos observados son idénticos y se encuadran perfectamente en la dignidad jurídico-concursal del matrimonio que discutimos en el inicio de este punto (toda vez que la insolvencia se basará esencialmente en deudas comunes). En este caso, cuando la insolvencia no es declarada en relación al primer cónyuge, no opera, evidentemente, el efecto confesorio del art. 264.3.a) CIRE, una vez que los hechos que sustentan las solicitudes son idénticos.

³⁵⁰CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA J. «Regime Particular da Insolvência dos Cônjuges» *Colectânea de Estudos...op. cit.*, p. 324. Traducción nuestra.

Una segunda cuestión que planteamos es la relativa al plan de pagos, y relacionada con el momento en el que se verifique la segunda solicitud. Sabemos que la regla general del art. 264.4 CIRE es la de implicar que el plan de pagos, en caso de coligación, se solicita conjuntamente.

Así, en el caso de que la solicitud del segundo cónyuge proceda dentro del plazo concedido al primero para solicitar el plan de pagos (diez días, como se puede leer en el art. 253 CIRE, que remite para el art. 30.1 CIRE), parece que hay que permitir que los cónyuges lo soliciten conjuntamente (como se refuerza también por lo previsto en el art. 264.3.b CIRE) ultima parte). Caso contrario, en virtud de la redacción del art. 264.2 segunda parte CIRE, cuando el plan de pagos individualmente requerido proceda, no se admite la intervención del otro cónyuge; cuando no proceda, se admitirá la solicitud del segundo cónyuge por lo que creemos que podrá presentarse una propuesta de plan de pagos conjunta, como indica en el art. 264.4.b) CIRE. Pensamos que esta será la interpretación más consonante con el propósito que perseguimos, que es aquel de proporcionar a los deudores concursados una solución favorable, así como a sus acreedores. Sabemos que el art. 262 CIRE establece que la falta de aprobación del plan de pagos implica la declaración de insolvencia del deudor, que no podrá, consecuentemente, presentar un nuevo plan, pero en este caso no se trata del mismo deudor y del mismo plan, sino de una coligación y de un plan conjunto, por lo que creemos que esta es la interpretación más favorable, permitiéndose a los cónyuges la solicitud conjunta, en el caso de que sea esta la solución que pretendan. Sabemos que esta interpretación choca con el elemento literal tanto del art. 264.4, que dice respecto a la coligación inicial, como del art. 262, que impone la inmediata declaración de la insolvencia del deudor que no ha logrado aprobar un plan de pagos pero consideramos, en este caso, que se deberá permitir la presentación de una solicitud conjunta de plan de pagos, tratándose de la interpretación más favorable al deudor, una vez que, como veremos en el último capítulo, la aprobación del plan de pagos produce ventajas para los deudores concursados como, por ejemplo, la disminución temporal y de los costes del proceso concursal. En estas circunstancias, también la solicitud de la exoneración del pasivo restante, deberá hacerse conjuntamente, tal como indicado en el art. 254 CIRE.

Por último, se plantea el problema levantado por el párrafo b) del art. 264.3 CIRE, que nos dice que, cuando el cónyuge que desee sumarse al proceso de insolvencia propuesto contra el

otro, esté también bajo un proceso movido por otros legitimados, puede suspender este proceso (siempre que la insolvencia no haya sido declarada), haciendo acompañar su solicitud por una confirmación expresa de la situación de insolvencia, o de una solicitud conjunta de un plan de pagos (que, una vez más referimos, posee el efecto confesorio del art. 254.2 CIRE).

Estas dos alternativas están en consonancia con los apartados precedentes, en los cuales solo se admite la intervención del cónyuge cuando no haya aprobación del plan de pagos ya solicitado y que tal admisión importa también la confesión sobre el estado de insolvencia del solicitante. Suspenso tal proceso, este podrá continuar en los casos en los que la insolvencia del cónyuge a cuyo proceso se pretendió sumar no sea declarada, a fin de no perjudicar a los acreedores que hayan iniciado un proceso contra el cónyuge adherente, solución que nos parece más adecuada, teniendo en cuenta que el artículo habla de suspensión y no en cierre del proceso, y la adhesión del segundo cónyuge implica una confesión expresa de la situación de insolvencia, lo que difiere de la coligación pasiva sobrevenida en la cual no existe proceso anterior en curso, y no existen indicios, sino la solicitud condicionada por el proceso del cónyuge, para sustentar el proceso en el caso del art. 264.3.a) CIRE. En este caso concreto, la ley concede la oportunidad al tribunal para que verifique la existencia de la situación de insolvencia en el proceso suspenso, no hiriendo los intereses de los acreedores que hayan propuesto un proceso concursal, por separado, contra el cónyuge adherido.

2.4 - Reglas comunes

El CIRE añade, en sus art. 265 y 266³⁵¹, un conjunto de consecuencias comunes derivadas de la existencia de cualquiera de los tipos de coligación indicados. Se tratan de reglas destinadas

³⁵¹ El art. 265 CIRE establece que: “1 - Respeitando o processo de insolvência a marido e mulher, a proposta de plano de pagamentos apresentada por ambos os cônjuges e as reclamações de créditos indicam, quanto a cada dívida, se a responsabilidade cabe aos dois ou a um só dos cônjuges, e a natureza comum ou exclusiva de um dos cônjuges dessa responsabilidade há-de ser igualmente referida na lista de credores reconhecidos elaborada pelo administrador da insolvência e fixada na sentença de verificação e graduação de créditos. 2 - Os votos na assembleia de credores são conferidos em função do valor nominal dos créditos, independentemente de a responsabilidade pelas dívidas ser de ambos os cônjuges ou exclusiva de um deles. 3 - Nas deliberações da assembleia de credores e da comissão de credores que incidam sobre bens próprios de um dos cônjuges, todavia, não são admitidos a votar os titulares de créditos da responsabilidade exclusiva do outro cônjuge.” El art. 266 dice que “Os bens comuns e os bens próprios de cada um dos cônjuges são inventariados, mantidos e liquidados em separado.”

a especializar, en virtud del proceso conjunto, ciertos procedimientos de la tramitación general.

Con respecto a la primera especialidad, el art. 265.1 CIRE indica que las deudas de los cónyuges, propias y comunes, deberán ser explicitadas tanto en el plan de pagos conjunto, como en la lista de acreedores reconocidos y respectiva sentencia (artículos 129 y 130.3 CIRE, no habiendo impugnación a la lista inicial, 140.1 CIRE, en el caso de que exista), ya que corresponde a los reclamantes, en su solicitud (art. 128 CIRE), aducir la calidad del crédito, es decir, indicar si ambos cónyuges son responsables ante la deuda reclamada, o sólo uno de ellos.

Esto, sin embargo, no influye en el número de votos de los acreedores, como se observa en la regla general, siendo determinados por el valor de la deuda (art.73.1 CIRE y art. 265.2 CIRE), independientemente de que la deuda sea configurada como común o propia. El único impacto observado por esta calificación del origen de la deuda es el plasmado en el art. 265.3 CIRE que nos dice que, en la junta de acreedores, siempre que las deliberaciones puedan afectar bienes propios de uno de los cónyuges, los acreedores cuya deuda es de exclusiva responsabilidad de aquél a quien pertenece el bien, están impedidos de votar.

La segunda especialidad viene descrita en el art. 266 CIRE, que nos indica que, cuando se proceda a la liquidación, los bienes seán inventariados, administrados y liquidados en separado, permitiéndose a la administración concursal una mejor comprensión del patrimonio común y propio de cada uno de los cónyuges.

La existencia de tres procedimientos de liquidación no impide que la lista de acreedores, ante lo prescrito en el art. 265.1 CIRE, igual que el plan de pagos, seán únicos. Por otro lado, en cuanto que, optándose por un plan de pagos, que es aprobado por los acreedores, se puede encontrar mayor flexibilidad respecto del modo de cumplimiento de la deuda, en caso de opción por la liquidación (o por falta de alternativa, sin que el plan de pago o la exoneración sean solicitados, aprobados o homologados), son seguidas las reglas de los art. 172 y ss. CIRE, que implican la gradación de los acreedores en conformidad con el art. 47 CIRE.

La cuestión que planteamos es la de saber, en la práctica, como se articula la lista única de acreedores con los inventarios separados. De acuerdo con las normas del CC, la responsabilidad de ambos cónyuges corresponde a que sus acreedores serán pagados, en primer lugar, por los bienes comunes y, subsidiariamente, por los bienes propios (art. 1695 CC portugués); al revés, por las deudas propias de los cónyuges responden los bienes propios y, solo subsidiariamente, agotados aquellos, responde la mitad correspondiente, en los bienes comunes, al cónyuge deudor (1696 CC portugués). El artículo 1689.2 CC portugués establece también que, en caso de liquidación del patrimonio de los cónyuges, serán pagadas en primer lugar las deudas comunes y, secundariamente, las deudas propias de cada uno de los cónyuges. Por ese motivo, el proceso concursal deberá regirse por las reglas civiles, conyugadas con las prioridades establecidas en la ley concursal cuanto a la ordenación de los acreedores, debiendo el administrador concursal, basándose en las indicaciones hechas por aquellos, proceder al correspondiente pago, iniciándose por los acreedores comunes a ambos cónyuges.

2.5 – Evaluación sumaria

A modo de conclusión, y una vez presentadas las fórmulas de coligación previstas por la ley, podemos desde ya evaluar el modelo legal basándonos en la exposición de motivos del CIRE, que nos dice que “es regulado de modo enteramente innovador la insolvencia de personas casadas, en régimen de bienes que no sea el de la separación. Es permitida la coligación activa y pasiva de los cónyuges en el proceso de insolvencia”.³⁵² Como observamos, el legislador no se ha alargado en la explicación o justificación para sustentar la creación del régimen de coligación que, como vimos, introduce desvíos a la regla general del CPC, contemplando, todavía, un régimen novedoso en relación al derecho concursal derogado.

Defendemos que la mejor solución sería la aplicación de las reglas del litisconsorcio necesario, no habiendo el legislador optado por la solución de consagrar el matrimonio como objeto insolvencial (no olvidando la norma del art. 2.1.h CIRE) que podrá, eventualmente, incluir tal situación).

³⁵² Traducción nuestra.

Verdad que el régimen de la coligación permite una mayor flexibilidad, tanto para los cónyuges, como para los acreedores: en el primer caso, estos pueden notar que la insolvencia se observa solo en relación a uno de los cónyuges o que, por ejemplo, uno de ellos asume el mayor volumen de deudas, a pesar de lo que se imponga por el régimen de bienes, quedando resguardado el otro cónyuge (y sus bienes propios, por ejemplo), mismo estando ambos insolventes.

Para los acreedores, como sabemos, podrá ser más fácil demandar al cónyuge que ha originado la deuda. Pero, como hemos afirmado, la seguridad jurídica, a nuestro entender, implicaría la manutención de las reglas generales del litisconsorcio, más consonantes con las propias reglas civiles de responsabilidad de los cónyuges. Reconocemos, sin embargo, que la declaración de insolvencia puede producir graves perturbaciones en el seno de la vida familiar, por lo que la solución de coligación presenta ventajas sobre el litisconsorcio, justificándose también por la inexistencia, para el deudor consumidor, de un deber de solicitud (art. 18.2 CIRE). No es, con todo, la solución que mejor protege los acreedores ni, para todos los efectos, los propios deudores pues, como vamos a estudiar adelante, el proceso de insolvencia, se iniciado precozmente, atribuye a los deudores casados una capacidad de negociación con sus acreedores que no existe aisladamente ni, tampoco, con el agravamiento de la insolvencia, caso no exista una acumulación de concursos *ab initio*, lo que beneficia ambas partes.

Por otro lado, el legislador no ha deseado, por lo tanto, hacer acompañar la previsión específica de la insolvencia de los cónyuges con las reglas generales del litisconsorcio, pero la coligación permite, aun como dibujada en el CIRE, concretar dos importantes principios definidos para la reforma, como son la celeridad y la reducción de costes del proceso, no solo porque el proceso a tramitar es único, como la propia administración concursal nombrada también lo es, lo que evita el encarecimiento para los deudores, así como las mayores dificultades para administración del patrimonio conyugal, que derivarían de una doble administración, que solo terminaría, estando pendientes dos procesos de insolvencia contra deudores casados, con el mecanismo del art. 86 CIRE, que es, como vimos, opcional.

Expuesto el régimen, a pesar de las imperfecciones registradas, añadimos que este esfuerzo del legislador portugués, inspirado, como referimos, por la legislación alemana, corresponde a

una especificación de procedimientos aplicables a la insolvencia de los particulares que, a nuestro entender, deberá constar de toda o cualquier reglamentación concursal, o extraconcursal, que trate de la problemática de la insolvencia de los consumidores. Pensamos, como referido arriba, que la construcción normativa no fue la más adecuada, pero no podremos olvidar que este mecanismo no es exclusivo de los consumidores, por lo que el legislador ha optado por un régimen menos rígido que, en último análisis, permite a los deudores o sus acreedores avanzar para un proceso conjunto.

3 - La declaración conjunta y la acumulación de concursos en la LC

Diferentemente, la LC no presenta un capítulo bajo el cual los deudores casados representen el papel principal, pero el proyecto de reforma de 2011 pretende introducir modificaciones profundas en este campo. Así, en el art. 25 y ss., se pretende sanar esta laguna con nuevas reglas sobre la materia, como veremos durante nuestra exposición. Bajo la designación de concursos conexos, el proyecto no solo pretende establecer la solicitud conjunta para apertura de concurso por parte de los cónyuges o de la pareja de hecho inscrita (art. 25.1 LC), que representa una innovación ante el derecho positivo, como también mantiene la posibilidad, en el art. 25.2 LC, de solicitud de concurso de cónyuges conjunta por parte de los acreedores (como prescrito en el actual art. 3.5 LC, introduciendo la novedad de poder requerirse también contra las parejas de hecho inscritas). Por otro lado, como se prevé en el actual art. 25.3 LC, el proyecto mantiene la regla de la acumulación de concursos en su art. 25 bis.1.5 LC, hace contra los cónyuges, como contra las parejas de hecho inscritas.³⁵³

De acuerdo con la actual redacción legal, hemos indicado que la LC manifiesta preocupación con el matrimonio, como se puede comprobar por la existencia de normas que lo indican expresamente: el art. 25.3 LC, que permite la acumulación de concursos de los cónyuges casados³⁵⁴; el art. 77 LC, que indica la composición de masa activa del concurso en caso de

³⁵³ El nuevo artículo 25 establece que: “1. Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o pareja de hecho inscrita [...] 2. El acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges o pareja de hecho inscrita, exista entre ellos confusión de patrimonios [...]. Por su parte, el nuevo art. 25 bis nos dice que: “1. Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al Juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos yadecarados siguientes: [...]5º. De los cónyuges o pareja de hecho inscrita. [...]

³⁵⁴ Equivale al art. 86.1 CIRE, por lo que se trata de una acumulación facultativa, a requerir por la administración concursal.

concurso de persona casada, así como la posibilidad de recurrirse a la separación de bienes, cuando solo uno de los cónyuges esté presente en el proceso concursal (párrafo 2, *in fine*), norma que se complementa con el art. 21.7 LC; el art. 78 LC, que establece la presunción de donaciones en regímenes matrimoniales de separación de bienes (párrafo 1), así como el caso específico de la vivienda habitual del matrimonio (párrafo 4); el art. 93.1.1 LC, que establece que el cónyuge del concursado es una persona especialmente relacionada con el concursado y, consecuentemente, como se dice en el art. 92.5 LC, acreedor subordinado.

Sin embargo, no encontramos, en la actual LC, nada que pueda compararse al esquema de coligación dibujado en la ley portuguesa (o a otro que contemple la demanda conjunta por o contra los cónyuges, como en la *InSo*) que, recordamos, dice respecto a los matrimonios celebrados bajo regímenes económicos que impongan la comunidad de bienes, quedando excluidos los que contemplen la separación de bienes, así como las parejas de hecho, toda vez que la ley no las acoge directamente.

Como establece FERNANDÉZ SEIJO, “debe advertirse de la conveniencia de extender el régimen concursal del matrimonio a las parejas no casadas para analizar las operaciones económicas realizadas en el seno de la pareja y las presunciones relativas al patrimonio de la pareja”³⁵⁵. Esto porque, en España, siendo el tratamiento jurídico de las parejas de hecho, como referimos, tarea del derecho autonómico, el grado de desarrollo, especialmente en relación a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, que es distinto de Comunidad para Comunidad, podría permitir la equiparación legal con el matrimonio, para efectos de aplicación de la ley concursal. El hecho de que la LC no trate específicamente tales aspectos es apodado por GUILARTE GUTIERREZ como “una radical insuficiencia de la ley concursal en esta materia”.³⁵⁶ El legislador, como veremos, ha atendido a las críticas de la doctrina, introduciendo alteraciones profundas en la estructura de la LC.

³⁵⁵FERNANDEZ SEIJO, J.M. «La posición jurídico procesal...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor... op. cit.*, p. 145.

³⁵⁶GUILARTE GUTIERREZ, V. «La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el derecho común: propuestas», GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. [et al], *Aspectos Civiles y Penales de las Crisis Matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 22.

3.1- La declaración conjunta en el concurso necesario

Sin perjuicio de lo que afirmamos antes, sobre la inexistencia de un esquema organizado y sistematizado de normas, la LC establece, en estos supuestos, la posibilidad, de acuerdo con el art. 3.5 LC, de que “el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre estos”.

Dos requisitos son fundamentales para que el acreedor pueda desencadenar el proceso conjunto: *que las partes que desean demandarse sean responsables ante el mismo acreedor y, esencialmente, en el caso de las personas físicas, que haya confusión de patrimonios entre ellas.*³⁵⁷

Significa esto que la LC establece un esquema que se puede comparar a la coligación pasiva inicial que, ante el régimen procesal se designa por acumulación subjetiva (art. 72.1 LEC), lo que permitirá la tramitación unitaria del proceso contra ambos cónyuges (art. 71.1 LEC). La solicitud, prevista en el art. 7 LC, deberá contener los elementos necesarios para caracterizar suficientemente la deuda como común a ambos cónyuges, a fin de observarse el elemento subjetivo (para ello deberán observarse las reglas prescritas en el art. 1362 y ss. del CC español en relación con la determinación de deudas comunicables en el matrimonio) – el acreedor invoca, por lo tanto el origen (común) de la deuda y en el caso de que se verifique, los mismos fundamentos de solicitud (como se recoge en el art. 2.4 LC, observándose para ambos el mismo hecho externo, o incluso, distintos, siempre que contenido en el *numerus clausus* legal), lo que corresponderá a lo establecido en el art. 72.1 LEC.

En segundo lugar, es necesaria la confusión de patrimonios. Esta es definida, por ROJO, como lo hecho que ocurre cuando “no es posible determinar con seguridad si los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial universal de un deudor (art. 1911 CC)

³⁵⁷ARNAU RAVENTÓS, L. *La declaración de concurso de persona casada...*, *op. cit.*, p. 16. La autora nos indica que se trata de un requisito subjetivo seguido de otro de naturaleza objetiva (la confusión de patrimonios). Nos dice, por ejemplo, el AAP Madrid núm. 106/2008 de 27 de marzo, que la confusión patrimonial surge “cuando existe un entrelazamiento patrimonial tan intrincado que no es posible desentrañar e individualizar la titularidad de los elementos del activo y del pasivo para atribuirlos a uno u otro deudor o que para verificarlo exige un esfuerzo desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse.” Disponible en www.westlaw.es, consultado por última vez el 24 de diciembre de 2010.

pertenecen a éste o a otro de los deudores insolventes”.³⁵⁸ Por otro lado, CALERO-GUILARTE añade lo siguiente: “el problema de la confusión de patrimonios arranca de la dificultad de atribuir una titularidad sobre determinados bienes y derechos a un determinado sujeto, como consecuencia de que sobre esos mismos bienes y derechos se proyecta la intervención de otros sujetos”.³⁵⁹

Esta es la formulación legal, pensada, como además la mayor parte de la LC, para la confusión de patrimonios procedente de la realidad empresarial y deriva, sobre todo, de la existencia de bienes muebles no sujetos a registro público, cuya titularidad puede ser difusa y de difícil apreciación. Pero la comunidad de bienes derivada del matrimonio es más que una confusión patrimonial, toda vez que en ella se observa la existencia de un grupo de bienes casi autónomo, cuya titularidad y administración son pertenecientes a dos sujetos determinados (los cónyuges, como se observa en el art. 1375 del CC español), imputándose las ganancias y las pérdidas a la comunidad conyugal, aunque cuando los cónyuges actúen individualmente, en la constitución de las deudas.

Como nos indica CUENA CASAS, “hay confusión patrimonial cuando existe una pluralidad de titulares sobre un patrimonio que sea soporte de la responsabilidad de cualquier acreedor”.³⁶⁰ De otro punto de vista, BLANQUER UBEROS deduce que existe tal confusión cuando por “varias de las deudas de uno y de otro cónyuge deban responder directamente los bienes gananciales y solidariamente con ellos, los privativos de cada cónyuge deudor.”³⁶¹

Esto significa que la determinación o individualización de los bienes que corresponden a cada uno de los participantes en esta comunidad de bienes se hace, generalmente, con la disolución del matrimonio o con la separación de bienes (que, como sabemos, puede producirse en el proceso concursal – art. 77.2 LC³⁶²). Sentimos así que deberá incluirse en este requisito

³⁵⁸ ROJO, A., art. 3, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I...*op. cit.*, p.221.

³⁵⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. «Artículo 3» SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios...op.cit.*, Tomo I, p. 166.

³⁶⁰ CUENA CASAS, M. «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.M. (coord.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 188.

³⁶¹ BLANQUER UBEROS, R. «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropriamente el concurso de matrimonio», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, La Ley, Madrid, 2008, p. 33.

³⁶² Establece el artículo que: “2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la

objetivo, el de la confusión patrimonial, la situación bajo análisis, toda vez que, observándose la responsabilidad común respecto a los acreedores y existiendo un régimen de comunidad de bienes, no será posible, para el propio insolvente, en la mayor parte de los casos, indicar con claridad cuales los bienes de que es titular (excepto cuando se aplique 1361 del CC, lo que puede no ser posible en relación con todos los bienes) El propio art. 77.2 LC indica que los bienes comunes serán incluidos en la masa activa, dándose la oportunidad de requerir la separación de bienes y, cuando tal no sea solicitado por el cónyuge del concursado, por los propios acreedores, idea defendida por la doctrina.³⁶³

Por lo tanto, observados los requisitos subjetivo y objetivo (dos cónyuges insolventes y responsables delante el demandante, cuyo patrimonio conyugal, ganancial, no tiene titular determinado), es lícito a los acreedores la demanda conjunta de los cónyuges, bajo la forma de acumulación pasiva inicial de concursos, lo que originará una sentencia única y tramitación coordinada, con la equivalente celeridad y economía de costes, ante el concurso aislado de un cónyuge, o de la tramitación aislada de los dos concursos (que podrán ser acumulados, como veremos).³⁶⁴

Con relación a este propósito, sabemos también que el proyecto de reforma de 2011 sistematiza esta materia de forma novedosa, manteniendo la posibilidad de demanda, por parte de los acreedores, contra los cónyuges o la pareja de hecho inscrita (nuevo art. 25.2 LC).

Pero, según lectura de la norma, desaparece el requisito objetivo, es decir, la confusión de patrimonios, por lo que aparentemente quedarían abarcados por esta posibilidad de demanda conjunta que, recordamos, es una opción y no una obligatoriedad para los sujetos, los cónyuges cuyo régimen patrimonial no incluya comunidad de bienes, o sea, el de la separación, racionio también extensible a las parejas de hecho donde sus miembros no manifiesten intención de pactar un régimen económico más completo que aquel que, por ley,

disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.”

³⁶³ MAGARIÑOS BLANCO, V. «El concurso y la sociedad de gananciales», AAVV, *Estudios sobre la ley concursal...* Tomo II, p. 2089 y ss.

³⁶⁴ CUADRADO PÉREZ, C. «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 243 y ss.

se establece para la contribución de los gastos con la vivienda y gastos comunes³⁶⁵, que no invalida la existencia de una confusión patrimonial, aunque incipiente. Parece que la intención del legislador fue la de facultar a los cónyuges, siempre que ambos se encuentren insolventes, la posibilidad de tramitación conjunta del proceso de insolvencia.

Con toda la consideración que nos merece el legislador, creemos que no puede ser literal la interpretación de los nuevos preceptos. En primer lugar, tendrá que mantenerse la responsabilidad de ambos cónyuges ante el solicitante de la declaración de insolvencia, lo que ocurre por defecto cuando el régimen económico matrimonial es la comunidad de bienes, pero no en los casos de separación de bienes, siendo exigido el consentimiento expreso para la constitución de una obligación que responsabilice ambos cónyuges. Por otro lado, no se podrá hablar aquí de insolvencia conjunta o familiar de modo directo, toda vez que los cónyuges (o las parejas de hecho) mantienen la administración de sus bienes, que son privativos. Por último, la dificultad de incluir los bienes en la masa activa se desvanece, en virtud de que todos los bienes son privativos de los cónyuges.

Sin embargo, el art. 25 ter, en su apartado 1, indica que, a pesar de la tramitación conjunta, no se producirá la consolidación de masa activa, en regla, pero tal será excepcionalmente permitido, como indica el su apartado 2, existiendo confusión de patrimonios, a fin de que se elabore el informe concursal, permitiéndose la consolidación de los inventarios y listas de acreedores - además recordamos que el art. 72 LEC solo indica que, para que haya acumulación, es necesario que coexista el título o idénticos fundamentos de solicitud (la responsabilidad común o el sobreseimiento general en los pagos, por ejemplo).

Así, nos parece que el proyecto viene crear un régimen distinto de aquel que se observa en la ley portuguesa, o alemana, que exige la comunidad conyugal para efectos de declaración conjunta de insolvencia, permitiendo, globalmente, que observado el requisito subjetivo, los cónyuges o la pareja de hecho puedan ser demandadas o requerir la declaración de

³⁶⁵Sobre el establecimiento de mínimos legales sin perjuicio de pactos entre los cónyuges, los art. 5.3 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, de Aragón; art. 7.3 de la Ley Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; art.3.2 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de Catalunya; art. 6.2 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; art. 4.3 de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; art. 6.1 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, de País Vasco, art. 4.2 de la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, de Valencia.

insolvencia. Existe, como se observa, un corte con la legislación vigente porque, en virtud de lo que observamos arriba, es la comunidad conyugal que sustenta la razón de existir de la declaración conjunta. La intención del legislador, implementando mecanismos de reducción de costes y del tiempo del proceso (por ejemplo, con la administración concursal única que se prevé en el art. 27.5 del proyecto) es la de permitir el tratamiento conjunto de la insolvencia familiar, facilitando también la recuperación de créditos por parte de los acreedores. Estos últimos fundamentos no se relacionan directamente con la existencia de un patrimonio común, aunque pueden extenderse a cualquier tipo de matrimonio o pareja de hecho. La existencia, *tout court*, de la insolvencia en relación a ambos cónyuges o miembros de la pareja de hecho beneficia de un tratamiento unificado en el proceso concursal, independientemente de la existencia de patrimonio común, no solo en la reducción de costes, como también en los aspectos educativos observables en el propio proceso. De todos modos, en los matrimonios y parejas de hecho donde, jurídicamente, no existe confusión patrimonial, se producirá, en la vida práctica y cotidiana de los deudores, en virtud de los gastos y economía familiar, una toma de posición conjunta con relación a la contracción de deudas, lo que permite también soportar el establecimiento, por parte del legislador, de un proceso único para estos deudores específicos, que deseen tratar conjuntamente la insolvencia que les afecta.

La jurisprudencia ha, incluso, establecido que “la acumulación de procedimientos no debe suponer la confusión de masas, confusión que perjudicaría a los acreedores, sino la tramitación coordinada de los procesos concursales determinando las deudas privativas y las comunes así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes.”³⁶⁶

La previsión legal en este proyecto, es indicativa de una preocupación del legislador en facilitar procesalmente el desarrollo de la insolvencia, con lo cual estamos de acuerdo, pero con las reservas teóricas y sustanciales que apuntamos arriba. Se trata de una medida innovadora y que, esperamos, pueda conllevar buenos resultados. Consideramos, sin embargo, que la bondad de la solución legislativa surgida en el proyecto de reforma de 2011 no choca con lo que defendemos arriba, o sea, la defensa de un litisconsorcio para los casos de matrimonio sustentados en un régimen económico de comunidad de bienes.

³⁶⁶No se trata de un verdadero corte, toda vez que la materia no estaba específicamente prevista en la ley. Es necesario, incluso, tenerse en cuenta que el primer concurso de cónyuges declarado en España fue, precisamente, en un matrimonio regido por el régimen de separación de bienes – AJM núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004, de lo cual hemos extraído este trecho.

3.2 - La declaración conjunta en el concurso voluntario

La segunda cuestión a plantearse es la relativa a la inexistencia de previsión legal sobre una eventual acumulación activa inicial, es decir, toda vez que la LC permite la acumulación inicial tratándose de un concurso necesario, podremos averiguar si es posible, en caso de concurso voluntario, que los cónyuges puedan requerir conjuntamente su declaración de insolvencia (no olvidando, también, que existe deber de solicitud, según el art. 5.1 LC). El proyecto de reforma de 2011 viene resolver específicamente tal cuestión, indicándose en su art. 25.1 LC que los cónyuges o pareja de hecho inscrita podrán solicitar la declaración conjunta de la insolvencia, sin imponer también la confusión de patrimonios como requisito. Esta nueva norma positiva la situación que, a pesar de no estar prevista en la LC, venía siendo aceptada generalizadamente por la doctrina y por la jurisprudencia desde la entrada en vigor de la LC. Como nos dice ROJO,

[...] ciertamente la ley no contempla el caso de que dos o más deudores se presenten simultánea y conjuntamente en concurso de acreedores; pero tampoco lo prohíbe expresamente, sin que existan razones de fondo para negar que dos ó más deudores opten por una solicitud conjunta cuando ocurran ciertas circunstancias [...].³⁶⁷

Esta posición fue, además, sustentada por la jurisprudencia, afirmándose que

[...] acreditada la insolvencia de ambos cónyuges, la declaración de insolvencia de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de una misma administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores y, fundamentalmente, para los acreedores. [...].³⁶⁸

Observamos así que, las ventajas que hemos descrito arriba se trasladarán para la solución de concurso voluntario de los cónyuges. Se trata de una opción y no de una imposición legal, la solicitud conjunta (independientemente de la existencia del deber de solicitud), toda vez que no se prevé legalmente el litisconsorcio en esta situación, pero el tratamiento familiar de la insolvencia puede permitir una mejor negociación con los acreedores de modo a obtenerse una solución que satisfaga las dos partes, siendo que el cuadro económico familiar es

³⁶⁷ROJO, A., art. 3, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I...*op. cit.*, p.220.

³⁶⁸AJM núm. 3 Barcelona, de 29 de diciembre de 2004. Favorables a esta posición, encontramos también el AJM núm. 5 de Madrid, de 8 de diciembre de 2008, o el AJM núm 1 de Madrid, de 14 de noviembre de 2006. En contra, por argumentos literales, el AJM núm.1 de Pontevedra, de 24 de abril de 2007. En contra, con una interesante exposición sobre la forma de interpretación del art. 3.5, véase CUADRADO PÉREZ, C. «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», *Familia...*, *op. cit.*, p. 236 y ss. Afirma el indicado autor que “el hecho de que una norma sea manifiestamente susceptible de mejora, no puede acarrear su modificación *de facto* – ni siquiera por vía judicial.”

sustancialmente distinto de aquél presentado por el insolvente aislado, pudiendo tenerse en cuenta los gastos globales de la familia para facilitar los acuerdos con la contraparte. Recordamos que, para la solicitud conjunta, es necesario que la insolvencia, actual o inminente, se verifique en relación a ambos cónyuges, visto que, igual que en la ley portuguesa, no se considera el matrimonio, celebrado en comunidad de bienes, como objeto del proceso.

Se aplauden por lo tanto, las nuevas medidas introducidas por el legislador, que vienen materializar legalmente una práctica que ya se observaba a nivel jurisprudencial y que constituyera una enorme laguna en la reglamentación concursal.

3.3- La acumulación de concursos *strictu sensu*

Por último, la LC establecía ya, en su art. 25.3, que declarados los concursos de ambos cónyuges, la administración concursal podría solicitar la acumulación de ambos concursos. El proyecto de reforma de 2011 mantiene, en el art. 25 bis 1.5, la misma facultad para la administración concursal. Se trata de una acumulación sobrevenida, accesible a todo tipo de concursos de cónyuges, necesarios o voluntarios, con la fundamentación legal de facilitación de la tramitación que fuimos exponiendo arriba.

La fórmula de requerimiento, según la ley, es un escrito razonado en el que, como nos dice RODRIGUÉZ MERINO, deberá

[...] señalarse los procesos cuya acumulación se pide y el estado procesal en que se encuentran, exponiéndose las razones que justifican la acumulación y que se trata de alguno de los supuestos a que hace referencia el precepto, con expresión de los Juzgados ante los que penden los procesos cuya acumulación se solicita.³⁶⁹

También aquí puntúan razones de orden procesal, pero hay autores que indican ser necesaria la manifestación de los requisitos del art. 3.5 LC, que implicarían la comunidad conyugal,

³⁶⁹RODRIGUEZ MERINO, A. «Art. 25», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, p. 557.

como se pronuncia GARNICA MARTÍN.³⁷⁰ Como hemos, visto, el proyecto extiende la posibilidad a todos tipos de régimen económico conyugal, por lo que la cuestión dejará de plantearse.

Por otra parte, siendo verdad que la legitimación para requerir la acumulación pertenezca en exclusivo a la administración concursal, no es menos verdad que los cónyuges, en separado o en conjunto, podrán, aisladamente en sus solicitudes o en requerimiento propio a la administración concursal, sugerir tal acumulación, como nos indica BLANQUER UBEROS, correspondiendo la decisión final a los administradores concursales.³⁷¹

Al final, podemos indicar que uno de los efectos que la ley propone para esta acumulación de concursos es el del art. 101.2 LC, relativo al convenio que, como veremos en la parte final de este estudio, constituye una alternativa válida, para el concurso de consumidores, a la liquidación. Aquí se dice que, existiendo una propuesta de convenio, esta podrá ser condicionada a la aprobación de otra que con ella esté relacionada, en virtud de la acumulación de concursos o declaración conjunta de insolvencia: tal significa que, en vez de lo que ocurre en la ley portuguesa, la propuesta de convenio no es solicitada conjuntamente, como regla. El proyecto, manteniendo la redacción sobre los aspectos formales casi idéntica, añade una importante modificación sustancial, indicando que los convenios podrán depender de la aprobación judicial de otros, conexos, o depender, condicionalmente, del sentido indicado por aquellos, significando esto que el convenio del segundo cónyuge deberá contener cláusulas coincidentes con el del primero, de forma a equiparar los dos, en caso de aprobación, para que se concuerden las obligaciones nacidas para los cónyuges. En este aspecto, exigiendo un plan de pagos único para ambos cónyuges, la ley portuguesa presenta un mayor equilibrio.

Pensamos que la propia LC, al establecer la legitimación conjunta de los cónyuges o parejas de hecho para demandar o ser demandados en el proceso concursal, también beneficiaria con la introducción de una norma que establezca, al menos, la posibilidad de solicitud conjunta de un convenio, a fin de concretar verdaderamente la tramitación coordinada. El legislador no lo

³⁷⁰GARNICA MARTIN, J. *apud* ARNAU RAVENTÓS, *La declaración de concurso de persona casada...op. cit.*, p. 18, que afirma ser necesaria la confusión patrimonial, por lo que quedarían excluidos los matrimonios celebrados con separación de bienes.

³⁷¹BLANQUER UBEROS, R. «El concurso de los cónyuges en gananciales ...», *RDCP, op. cit.*, p. 36.

hizo, incluso porque en la nueva redacción del art. 101.2 LC se sustituyen las locuciones anteriores por la expresión concursos conexos. Se trata de un aspecto a corregir, toda vez que consideramos que el tratamiento familiar de la insolvencia, como tenemos defendido a lo largo de estas líneas, carece de la solicitud conjunta de las soluciones legales disponibles, en este caso, de un convenio, particularmente cuando exista patrimonio común.

CAPITULO III

Efectos de la declaración de insolvencia sobre la persona y patrimonio del deudor

I - Efectos instrumentales de la declaración de insolvencia

1 – Caracterización general

La declaración de insolvencia comporta un conjunto de efectos que, alcanzando diferentes áreas, operan tanto *ope legis*, como por determinación de los órganos de la insolvencia, a fin de permitir que, durante la tramitación del proceso, estén reunidas las condiciones para el cumplimiento de su propósito principal: *la satisfacción de los acreedores*. Aquí no hay, por lo menos al principio, consideraciones sobre otro tipo de intereses, especialmente del propio deudor. Por ese motivo, se deberá apurar el equilibrio entre la previsión legal y el resultado que se pretende alcanzar con aquella.

Nos indica SERRA que se tratan de efectos “instrumentales, en relación al proceso”³⁷², naciendo, en regla, con la declaración de insolvencia y extinguiéndose con el cierre. Por lo tanto, abarcan áreas tan distintas como los efectos sobre el deudor y su patrimonio, sobre los créditos, efectos procesales y efectos sobre los negocios, en desarrollo y los que podrán ser resueltos en beneficio de la masa activa.

En cuanto a la previsión legal, podremos encontrarlos en el CIRE, en los art. 81-84 (efectos sobre el deudor y otras personas), 85-89 (efectos procesales), 90-101 (efectos sobre los créditos), 102-119, (efectos sobre los negocios en desarrollo) y 120-127 (resolución de los negocios en beneficio de la masa activa), lo que corresponderá al mantenimiento de la estructura legal que advenía del derecho derogado (como se podría constatar en los art. 148 y ss. CPEREF).

En lo que respecta a la LC, igual que afirma la E.M. “la flexibilidad del procedimiento se percibe también en el régimen de los efectos que produce la declaración de concurso (...) la ley limita los efectos de declaración de concurso, reduciéndolos, con un sentido funcional, a aquellos que beneficien la normal tramitación del procedimiento”. Estos efectos podrán encontrarse en los art. 41 LC y 1 de la LORC (efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado); art. 40-48 (efectos sobre el deudor); art. 49-60 (efectos sobre

³⁷²SERRA, C. “As novas tendências do direito português da insolvência ...”, AA. VV., *Código da Insolvência...*, p. 24.

los acreedores, que incluye los efectos procesales); art. 61-70 (efectos sobre los contratos) y art. 71-73 (efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa).

Observamos que, sin perjuicio de la existencia de algunas diferencias, particularmente en lo que respecta a los efectos patrimoniales, la forma de organización de ambos ordenamientos es notoriamente semejante.

Seguimos, en este punto, la metodología de separar los efectos en instrumentales y, secundariamente, en personales y patrimoniales, quedando los efectos eventuales para la segunda parte de este capítulo, no incidiendo nuestro análisis en todos los efectos, sino en los más relevantes. Es importante esta breve pasaje por tales efectos, esencialmente para comprender cual es el impacto de estos en el deudor y, esencialmente, para determinar si dicho impacto es impeditivo o desmotivador de recurso al concurso por parte de los deudores consumidores personas físicas o si, por otra parte, puede contribuir para que este pueda justificar su adhesión a esta forma de tratar la insolvencia que le afecta.

2 - Efectos personales de la declaración de insolvencia

Los primeros efectos bajo nuestra mira son, por lo tanto, los efectos instrumentales o funcionales del proceso, sobre la persona del deudor. Como afirma DUARTE PINHEIRO,

[...] si es cierto que los reflejos no patrimoniales de la declaración de insolvencia son, por veces tomados como accesorios o instrumentales de un proceso que tiene como objetivo la satisfacción de los derechos de los acreedores, la verdad es que, en otra perspectiva, aquella de la esfera jurídica del deudor, dichos reflejos alcanzan proporciones que, después de todo, no son insignificantes [...].³⁷³

Estos efectos personales pueden dividirse, en el caso de los deudores que tratamos, en dos bloques fundamentales. Los primeros se refieren a derechos fundamentales del deudor, como sean la fijación de residencia, el acceso a comunicaciones particulares y la restricción de la libertad de circulación del deudor. Los segundos tienen impacto procesal directo en la medida en que imponen al deudor un deber de colaboración e información destinado a permitir el buen desarrollo de las funciones de los órganos procesales. Los primeros pueden plantear

³⁷³DUARTE PINHEIRO, J. «Os efeitos pessoais da declaração de insolvência», *Estudos em Memória do Professor Doutor Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 208. Traducción nuestra.

problemas de constitucionalidad y los segundos conllevan una consecuencia secundaria, en la medida en que su incumplimiento puede ser relevante, como veremos, a efectos de calificación de insolvencia o para concesión de la exoneración del pasivo restante, en el caso portugués.

Estos dos tipos de deberes también se diferencian en virtud de la forma de aplicación. Los primeros, en España, dependen de la valoración del juez. Los segundos son automáticos y producen sus efectos desde la declaración de insolvencia. Sintetiza LÓPEZ SÁNCHEZ que estos deberes personales, sustantivos, sirven para “facilitar el desarrollo del procedimiento para permitir la obtención de la máxima información sobre el estado de los derechos y asuntos patrimoniales del deudor tanto con anterioridad como con posterioridad a la declaración del concurso”,³⁷⁴

Como observaremos, estos derechos operarán en la medida estrictamente indicada para que se alcancen los objetivos arriba descritos, que son los de facultar, en el proceso, la reunión de un conjunto de información y condiciones que permitan su desarrollo rápido y con éxito. Igual que afirmamos, estos efectos son instrumentales y, conjuntamente con los efectos patrimoniales que veremos enseguida, pretenden garantizar en primera instancia los intereses privativos de los acreedores, sacrificándose, durante el proceso, algunos derechos personales del insolvente.

2.1 – Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor

En lo que respecta al primer tipo de efectos, estos se tratan de forma diferente conforme el ordenamiento donde los miremos. En lo que respecta al derecho concursal español, estos efectos se prevén en el art. 41 LC, que remite al art. 1 LORC, donde podremos observar que no operan *ope legis*, sino se concede al juez el poder de aplicar las medidas previstas, en determinadas circunstancias. Por otro lado, en lo que respecta al ordenamiento jurídico portugués, la lista de efectos no es tan larga, limitándose el CIRE a establecer, en su art. 36.c), que la residencia del concursado se fija en la sentencia que declara la insolvencia.

³⁷⁴LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. «Los efectos de la declaración de concurso (Una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio», AA VV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Volume II. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 2017.

En lo que respecta al elenco de medidas, descubrimos, en la ley, las siguientes: intervención en las comunicaciones del deudor (art. 1.1. LORC), el deber de residencia del deudor (art. 1.2 LORC y 36.c) CIRE) con posibilidad de arresto domiciliario, en caso de incumplimiento del deber de residencia (art. 12. LORC) y la entrada en el domicilio del deudor y su registro (art. 1.3 LORC). Estas medidas podrán chocar con derechos constitucionalmente protegidos, respectivamente, en el art. 18.3 CE (secreto de las comunicaciones), libertad de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19 CE y 44.1 CP) inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y privación de la libertad personal (art. 17.1 CE), en caso de que su aplicación sea arbitraria o no fundamentada.³⁷⁵ Es, precisamente por eso, que la LORC, de forma a obviar las cuestiones planteadas por el derecho derogado, establece, en su Exposición de Motivos, que

[...] tradicionalmente, la declaración de insolvencia ha producido efectos sobre la persona del deudor, que incluso podían consistir en el arresto del quebrado. La reforma concursal ha de orientarse, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido de atemperar el rigor de esos efectos, suprimir aquellos de carácter represivo y limitarse a establecer los necesarios desde un punto de vista funcional, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que ésta lo exija, confiando al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso [...]³⁷⁶

La idea es sintetizada en las palabras de OLIVENCIA RUIZ, que nos afirma

“En la LORC se contienen medidas no represivas, sino funcionales, para asegurar la normal tramitación del procedimiento. En esta materia, el texto salido de las Cortes Generales ha acentuado las garantías que contenía el Proyecto del Gobierno; ha eliminado el carácter automático de las medidas de intervención de las comunicaciones y el deber de residencia, que en el Proyecto se establecía para el caso de suspensión del ejercicio por el concursado de las facultades de administración y disposición.”³⁷⁷

Esto significa que estas limitaciones serán delimitadas por motivaciones especificadas en la ley, tratándose, como afirma CÓRDON MORENO, de medidas cautelares³⁷⁸, dejando la ley caer el carácter represivo de las medidas y instrumentalizándolas, como se afirmó al inicio, a

³⁷⁵Dichos principios pueden, también, ser observados en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que tienen aplicación tanto en España, como en Portugal (art. 10.2 CE y 8.2 CP).

³⁷⁶Ante el derecho derogado se planteaban algunos problemas, particularmente debido al automatismo de aplicación de los efectos, como lo serían la retención de correspondencia (art. 1173.1 LEC/1881 y), la ocupación de bienes y papeles del deudor (art. 1173.1 y 1333 LEC/1881 y 1042.2, 3 y 6 del C.Com), así como el arresto del quebrado (art. 1333 LEC/1881 y 1044.2 C.Com). Para mayor desarrollo, MARTINEZ-FLORES, A. y OLEO, F. «Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor», (Art. 41), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor. p. 821 y ss.

³⁷⁷OLIVENCIA RUIZ, M. *La terminología jurídica...*, *op. cit.*, p. 149.

³⁷⁸CORDÓN MORENO, F. «Artículo 41», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 502.

los propósitos del proceso concursal. Con relación a esta cuestión indica ASENCIO que tales medidas tienen como propósito “asegurar la presencia del deudor en el procedimiento, evitando su sustracción al mismo, como impidiendo que éste destruya o oculte documentos esenciales para la consecución correcta del fin del proceso”.³⁷⁹

Dejando de parte, por ahora, la previsión solitaria del CIRE sobre este punto, indicaremos cuales las circunstancias en las que se permite la limitación de los indicados derechos. Los criterios según los cuales podrá permitirse la restricción de derechos fundamentales asientan en cuatro pilares esenciales. Así, según la sentencia 207/1996 TC³⁸⁰: *necesidad de previsión legal; existencia de un fin constitucionalmente protegido; respeto por el principio de la proporcionalidad y exigencia de un resolución judicial especialmente motivada.*

En relación con el primer requisito, la referida sentencia apunta, primeramente, a lo previsto en el art. 8.2 de la CEDH, a la cual se añaden los art. 53.1 y 81.1 CE, para afirmar que la limitación de derechos fundamentales deberá constar de previsión legal que, en España, tome la forma de Ley Orgánica, como además se observa.³⁸¹ El segundo y tercer requisitos están interconectados, toda vez que la restricción de tales derechos solo puede producirse para la protección de otros derechos o intereses protegidos constitucionalmente, como se observa de la lectura del art. 18.2 y 3 CE, donde se afirma que la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones pueden ceder ante resolución judicial, o sea, cuando el legislador reconozca que la contracción o suspensión de tales derechos es necesaria para alcanzar determinados objetivos, que se evaluarán según el principio de la proporcionalidad. La antedicha sentencia indica que hay que observar se están cumplidos los tres requisitos del principio de la proporcionalidad:

[...] si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

³⁷⁹ASENCIO, J. M. «El problema de la constitucionalidad de las medidas limitativas de derechos del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 265.

³⁸⁰Sentencia TC 207/1996, de 16 de diciembre, relativa a las pericias corporales como forma de investigación penal. Disponible en www.boe.es, consultado por última vez el 17 de octubre de 2010.

³⁸¹ En el caso específico de la Constitución Portuguesa, la formulación constitucional solo impone, en su art. 18.2 y 3, que la limitación de derechos fundamentales debe constar de ley, de forma general y abstracta, obedeciendo a una finalidad específica, la de salvaguarda de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Por último, es necesario que exista una resolución judicial debidamente fundamentada, que pondere, en el caso concreto, la relación entre la restricción al derecho fundamental y el derecho/interese que se desea proteger con tal actuación. Igual que indicamos arriba, los art. 18.2 y 3 CE establecen directamente la necesidad de tal resolución judicial. Observando lo previsto en la LORC, es evidente el respeto por los indicados requisitos constitucionales, como se observa por la lectura del art. 1.3, en lo que respecta a las tres formas de limitación de derechos previstas en el apartado 1 del antedicho artículo.

La LORC establece, en su art. 1., los requisitos para que se puedan limitar los derechos arriba indicados, siendo que la competencia del juez (el juez competente para la declaración de concurso), es el requisito general. En segundo lugar, se indica la legitimación de determinados interesados, dependiendo del tipo de proceso, para requerir dichas medidas. Por último, se establece la fecha en la cual las medidas cautelares referidas podrán producir efecto.

Así, se establece el siguiente cuadro legal. Tratándose de un concurso necesario, el demandante de la declaración de concurso es el único legitimado para requerir al juez la fijación de las medidas³⁸², *desde la admisión a trámite de la solicitud*; en cualquier tipo de concurso, *ex officio* o a *requerimiento de cualquier interesado* (demandante de concurso, cualquier acreedor, por ejemplo), el juez podrá fijar las medidas, desde la *declaración de concurso*, con independencia del régimen de efectos patrimoniales (intervención o suspensión) que se fije.

Observamos el cuidado que la LORC ha tenido en determinar tal legitimación, en virtud de la proporcionalidad que se exige, estableciendo un intervalo temporal en el cual solo los interesados en evitar que el deudor pueda tomar medidas que puedan poner en peligro el

³⁸²Podrá interpretarse la letra de la ley de forma menos literal, integrando en la locución “a instancias del legitimado para instarlo” (el concurso), que se lee en el art. 1.1 LORC, todos los que soliciten posteriormente la declaración concursal o que se presenten al juez del concurso y requieran, tal como estos, la calificación de comparecidos (art. 15.2 LC). OLEO BANET, F. «La limitación de derechos fundamentales por causa de concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 2218. Por su parte, añaden de ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL que, en relación con este problema “el legitimado para instar las medidas es él, según palabras de la norma, legitimado para instar el concurso. Parece que, en realidad no es tanto el legitimado para instarlo, sino quién, siendo legitimado para hacerlo, de hecho ya lo ha instado”. ÁNGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J. «Artículo 41», *Tratado Práctico Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009. p. 60.

normal desarrollo del proceso podrán solicitar la aplicación de estas medidas cautelares. Toda vez que solamente desde la declaración de concurso el juez y los restantes interesados tendrán conocimiento de los hechos que sustentan la insolvencia, es perfectamente justificable el criterio cronológico establecido por la norma.

En segundo lugar, el art. 1.3 LORC establece que la adopción de las medidas implica una decisión judicial motivada, después de consultado el Ministerio Fiscal. Esta decisión judicial tendrá, segundo OLEO BANET y MARTÍNEZ FLORES, la forma de auto, no correspondiendo al auto en el cual se admita a trámite el concurso necesario (art. 15.1 LC), especialmente en virtud de la imposibilidad de cumplir el requisito de consulta del Ministerio Fiscal.³⁸³ Por eso mismo motivo, podrá impedirse al auto de declaración del concurso voluntario que contenga la adopción de tales limitaciones. El criterio, para un auto aislado o integrado con otra decisión concursal es, por lo tanto, no un requisito material, sino el requisito procesal indicado. Debe notarse, por ejemplo, que la fijación de la residencia del concursado, ante el régimen portugués, que no exige ningún requisito adicional, se hace en la sentencia que declara la insolvencia.

En correlación con lo que afirmamos arriba, el mismo artículo establece los requisitos de proporcionalidad que son esenciales para permitir la restricción de derechos fundamentales. Establece la ley que la decisión judicial deberá estar justificada teniendo en cuenta la idoneidad de la medida en relación con el estado de procedimiento del concurso; el resultado u objetivo perseguido, que deberá exponerse de forma concreta; la proporcionalidad entre el alcance de la medida y el objetivo perseguido; la duración de la medida, que deberá adecuarse estrictamente al objetivo pretendido, pudiendo cesar o ser prorrogada por modificación de las circunstancias en las que el juez basó su decisión inicial.

En lo que respecta al primer requisito, nos dice ASECIO que la idoneidad equivale a “utilidad” y, toda vez que la ley no indica, ni en general, ni en relación con las distintas fases del procedimiento, que utilidad está asociada a diferentes medidas cautelares, el autor añade que existe “una excesiva apertura de la norma, a mi juicio de difícil admisibilidad

³⁸³OLEO BANET, F. «La limitación de derechos fundamentales por causa de concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 2224. La consulta del Ministerio Fiscal se produce siempre que se pretenda modificar las referidas medidas.

constitucional”.³⁸⁴ De forma a concretar este requisito, GOMEZ AMIGO afirma que “para que la medida sea idónea, en el caso concreto, deberá adoptarse con base en indicios fundados (y no meras sospechas) de la existencia de información que el deudor oculta o se niega a entregar, y que puede ser obtenido con ese medio”.³⁸⁵ Tomando, por ejemplo, la fijación de domicilio al concursado (art.1.1.2 LORC), nos dice OGANDO DELGADO que

[...] al tratarse de una medida restrictiva de un derecho fundamental autónomo, deberá acordarse con carácter excepcional y en supuestos muy extremos, dado que en principio nada obstará al buen fin del concurso, el que el deudor resida en población distinta de su domicilio durante el tiempo que le parezca conveniente, siempre y cuando cumpla con los demás deberes inherentes a la declaración de concurso [...]³⁸⁶

Esto mismo se puede observar, por ejemplo, en la jurisprudencia, cuando se establece que la fijación de residencia será idónea cuando “se limita temporalmente hasta que la administración concursal sea nombrada, si es declarado el concurso, y tenga en su poder la documentación, cuando la presencia del deudor no se hace tan necesaria a los efectos del propio concurso”.³⁸⁷ Observamos, por lo tanto, que no existiendo idoneidad, o utilidad, es decir no existiendo razón objetivamente considerable para limitar los derechos del deudor, no serán de utilizar las medidas indicadas, lo que ocurrirá, en la mayor parte de las veces, en los concursos de consumidores.

El segundo requisito implica que la decisión judicial indique cual es el objetivo o resultado que se pretende obtener, teniendo en cuenta la situación concreta. Significa esto que al juez compete analizar la necesidad de las medidas, que especializa el requisito de la idoneidad, observándose, en estos supuestos, que las medidas que operan automáticamente, como sean las de limitación patrimonial o el deber de colaboración y información, no son suficientes para resguardar los propósitos del proceso.³⁸⁸ Algunos ejemplos de objetivos o intereses a alcanzar son dados por MARTÍNEZ FLORES y OLEO que nos indican

³⁸⁴ASENCIO, J. M. «El problema de la constitucionalidad de las medidas limitativas de derechos del concursado», *ADC, op.cit.*, p. 274.

³⁸⁵GÓMEZ AMIGO, L. «La limitación de los derechos fundamentales del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 7, Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 196.

³⁸⁶OGANDO DELGADO, M.A. «Efectos sobre el deudor de la declaración de concurso», *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 133.

³⁸⁷AJM núm. 1 de Málaga, de 26 de noviembre de 2004. ROJO. A. y BELTRÁN, E., *Legislación y Jurisprudencia...op.cit.*, p. 90.

³⁸⁸GÓMEZ AMIGO, L. «La limitación de los derechos fundamentales del concursado», *ADC*, núm. 7, 2006, p. 194-195

[...]descubrir la existencia de bienes que hubieran salido indebidamente del patrimonio del concursado antes o después de la declaración de concurso; conocer las cuentas bancarias que el concursado pueda tener abiertas en el extranjero; obtener documentos necesarios para ejercitar las facultades de administración o de disposición de derechos integrantes de la masa activa; conseguir la información necesaria para comprobar si en la gestión del patrimonio o de la actividad profesional o empresarial del deudor ha mediado culpa o dolo; asegurar la disponibilidad del concursado en interés de la administración concursal [...]³⁸⁹

Así, competará al juez justificar cual es el objetivo que pretende alcanzar y fundamentar su necesidad, ante la aplicación insuficiente de los efectos automáticos, adaptando cada medida cautelar al deudor en específico.

El tercer requisito será el de la proporcionalidad estricta entre la medida a adoptar y el objetivo o resultado que pretende obtenerse, teniendo en cuenta la excepcionalidad de las medidas cautelares aquí planteadas. Como sintetiza OGANDO DELGADO, “se hará quebrantado el principio de proporcionalidad cuando, para el logro de un objetivo accesorio o tangencial para el concurso se adoptan medidas excepcionales como las descritas”. Por otro lado, también se viola tal principio cuando “para el logro de objetivos o resultados esenciales y relevantes para el concurso, pudieron acordarse otras medidas eficaces o eficientes, pero menos gravosas y lesivas para el derecho fundamental”.³⁹⁰

Por último, la ley exige, en el art. 1.3.d) LORC, que la decisión judicial deberá fijar la medida temporal de la limitación, que habrá de ser la esencial para alcanzar el objetivo pretendido, sin perjuicio de prórroga o cesación cuando dejar de cumplir tal requisitos, hechos valorados por el juez, lo que significa que, dependiendo de las medidas adoptadas, su duración no será idéntica en todos los casos.

Existen medidas que se agotan en un momento determinado en el tiempo, como la entrada y registro en el domicilio del deudor (art. 1.1.3 LORC), o la intervención en las comunicaciones (determinadas) del deudor (art. 1.1.1 LORC), por lo que la cuestión sobre el plazo podrá asumir un papel secundario. Hay otras, como las que respectan a las comunicaciones del deudor (no determinadas), en relación con las cuales la LORC hace una remisión (art. 1.4 LORC) para la LEC que establece, en su art. 579, que el plazo máximo permitido por ley son tres meses.

³⁸⁹MARTINEZ-FLORES, A. y OLEO, F., art. 41, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 842.

³⁹⁰OGANDO DELGADO, M.A. «Efectos sobre el deudor de la declaración de concurso», *Estudios...*, *op. cit.*, p. 114.

Por último, en lo que respecta al deber de residencia o arresto domiciliario, nada se prevé en la LORC, en relación con plazo necesario o máximo, por lo que se deberán atender a las circunstancias del caso específico.³⁹¹ Como nos dice ASECIO, “cumplidos los deberes procesales del deudor o manifestada su voluntad de hacerlo, debe levantarse la medida”.³⁹² Por otro lado, las medidas podrán cesar, como nos dicen MARTÍNEZ FLORES y OLEO, con la conclusión del concurso (art. 176), con la aprobación del convenio, con la desestimación de la solicitud de concurso y la revocación de los autos de declaración de concurso y de adopción de medidas limitativas.³⁹³

El deudor deberá ser notificado de la aplicación de tales medidas (sin embargo de lo que respecta a la intervención en sus comunicaciones). Nos dice OGANDO DELGADO que serán de aplicar, por remisión tácita del legislador, los art. 545 a 578 LECR.³⁹⁴ Por otro lado, el deudor podrá recurrir de la aplicación de tales medidas, en el plazo de cinco días, siendo competente la Audiencia Provincial, sin que se apliquen efectos suspensivos, como se puede leer en el art. 1.6 LORC. La falta de efectos suspensivos, perjudicial, de algún modo, al deudor, es obviada por la tramitación preferente que se atribuye al recurso, y por la facultad que se le atribuye de recurso de amparo (de la decisión de la Audiencia Provincial) para el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

En lo que respecta a la fijación de residencia prescrita por el art. 36.c) CIRE, tal efecto es, a pesar de fijado judicialmente, un efecto que opera automáticamente en virtud de la declaración de insolvencia, no correspondiendo al juez ningún margen de poder discrecional, siendo por lo tanto un efecto legal. Como tal, se considera una restricción al “ejercicio de un derecho de personalidad, expresamente constitucionalizado, que consiste en la libertad de movimiento y fijación en cualquier parte del territorio nacional”.³⁹⁵ Esta restricción se pone al

³⁹¹En lo que respecta a la cuestión del arresto, varios autores consideran ser de extender a esta medida el plazo máximo de la prisión provisional. GÓMEZ AMIGO, L. «La limitación de los derechos fundamentales del concursado», *ADC, op. cit.*, p. 200. Tal remisión parece ser entendida para los art. 503.3.b) y 504.3, que establece el plazo máximo de 6 meses cuando se pretenda evitar “la ocultación, modificación o destrucción de las fuentes de prueba”.

³⁹²ASECIO, J. M. «El problema de la constitucionalidad de las medidas limitativas de derechos del concursado», *ADC, op.cit.*, p. 308.

³⁹³MARTINEZ-FLORES, A. y OLEO, F., art. 41, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 862.

³⁹⁴OGANDO DELGADO, M.A. «Efectos sobre el deudor de la declaración de concurso», *Estudios...op. cit.*, p. 112. Se trata de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882.

³⁹⁵DUARTE PINHEIRO, J. «Os efeitos pessoais ...», *Estudos em Memória ...op.cit.*, p. 213.

servicio del cumplimiento de otros efectos instrumentales, como es el deber de colaboración e información, y tiene como consecuencia el impedimento legal de cambio de residencia o de ausencia temporal, sin que haga autorización del tribunal.³⁹⁶ Por otro lado, en el caso de que el tribunal no fije la residencia, el efecto legal opera relativamente al domicilio que el deudor indique en el proceso.³⁹⁷

En Portugal, el problema de una eventual inconstitucionalidad no es planteado de la forma general que expusimos arriba ante lo previsto en la LORC, porque la fijación de residencia es una figura que derivaba ya del derecho derogado, considerándose cumplidos los requisitos para la restricción (temporal) de un derecho constitucionalmente protegido. Además, en comparación con la mayor amplitud de medidas cautelares que ponen en causa derechos constitucionales a la disposición del juez español, es considerable el menor impacto de la discusión de la constitucionalidad sobre esta medida, incluso porque es la menos gravosa, de todas las que observamos y, como tal, aquella que permite mirar directamente a la instrumentalización al servicio del proceso, como sea la de permitir el cumplimiento de otros deberes legales.³⁹⁸

Como tal, a fin de resumirse lo que afirmamos, las medidas que han impacto, personalmente, sobre el deudor y que implican la compresión de derechos constitucionalmente protegidos, quedan en un tenue límite entre la constitucionalidad y la inconstitucionalidad. Todavía, siempre que observados todos los requisitos antes descritos, particularmente en lo que respecta a la excepcionalidad de las medidas teniendo en cuenta los objetivos específicos que se pretendan alcanzar en el proceso, las medidas referenciadas pueden ser útiles en la prosecución del propósito de la satisfacción de los derechos de los acreedores.

³⁹⁶Sobre este punto, EPIFÂNIO añade que será de aplicarse el art. 196 del Código de Processo Penal, que permite la ausencia de la parte por un período hasta cinco días, sin que deriven consecuencias, toda vez que la *ratio legis* será la misma del proceso penal, que es la de conservar, por razones de seguridad para el proceso, el deudor localizable a fin de que pueda cumplir con sus deberes. EPIFÂNIO, M.R., *Manual de Direito...op. cit.*, p. 78. En sentido disonante, afirmando ser de aplicar con cuidado la norma procesal penal, PINTO DUARTE, R. «Efeitos da declaração...», *Themis, op. cit.*, p. 135.

³⁹⁷ CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op.cit.*, p. 189.

³⁹⁸ No olvidar, todavía, el requisito de necesidad de la medida, que no puede comprimir el derecho a la libertad de circulación sin justificación. EPIFÂNIO afirma, por tal motivo, que el deudor debe ser autorizado a cambiar de domicilio o a ausentarse (por más de cinco días), en el caso de que esto no peligre la satisfacción de los acreedores (por no existir riesgo de fuga, por ejemplo y teniendo en cuenta razones serias, como sean las profesionales y familiares). EPIFÂNIO, M. R. *Manual de Direito...op. cit.*, p. 78. Para mayor desarrollo, véase, de la misma autora, EPIFÂNIO, M. R. *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, p. 65 y ss.

Tratándose de deudores personas físicas consumidoras, el impacto de dichas medidas, también teniendo en cuenta el menor impacto del concurso en el tráfico jurídico-económico, podrán ser menores, por si observar una menor utilización por parte del juez. Juzgamos, pues, que en la mayor parte de los casos, será la fijación de residencia aquella que tendrá mayor utilización, ya que, en Portugal, se trata de un efecto legal automático. Ante tal evaluación, el deudor consumidor insolvente, en España, puede quedar sometido, solamente, a los deberes de colaboración e información, que veremos enseguida y que, verdaderamente, serán aptos a satisfacer los intereses procesales y sustanciales (como sea la protección de los intereses de los acreedores), en cuestión. La utilización, por parte del juez, de las medidas arriba indicadas, solo surgirá, cuando se demuestre con acuidad, los riesgos de un comportamiento poco diligente por parte del deudor, que implicaría una intervención en los derechos personales indicados, a fin de evitarse la frustración o la demora del proceso concursal, en circunstancias de particular gravedad o posibilidad de lesión de los derechos de los acreedores.

Entendemos que estas medidas, con excepción de la fijación de residencia, no serán, a partida, aptas para el concurso de consumidores, pudiendo desde pronto afirmarse que existe una evidente desproporcionalidad entre aquellas y los objetivos perseguidos, en los casos normales de insolvencia de consumidores, en las cuales el deudor no suele ocultar información o dificultar el acceso a los bienes que han de constar en la masa activa del concurso, a que se añade la posibilidad de modificación de residencia, derivada de la propia liquidación de su vivienda o del cambio de su situación profesional. En estos casos, los intereses de los acreedores, que son los principales protegidos por tales efectos, no están, como afirmamos arriba, en riesgo de lesión grave, que justifique la aplicación de tales medidas.

Por otra parte, las diferencias observadas entre la ley española y la ley portuguesa, en este punto concreto, derivan de las diferentes tradiciones jurídicas, manteniendo ambos ordenamientos el número y tipo de limitaciones existentes en el derecho derogado, sin embargo de las modificaciones indicadas en su modo de aplicación.

2.2– Deberes de comparecencia, colaboración e información del deudor

El segundo tipo de efectos personales derivados de la declaración de insolvencia no plantea tantos problemas como los anteriores. Esto porque, observando las previsiones legales de los ordenamientos que estudiamos, como se prevé en los art. 42 LC³⁹⁹ y 83 CIRE⁴⁰⁰, afirmamos que la instrumentalización de estos efectos al servicio de los objetivos procesales se encuentra bien presente, no existiendo, con la aplicación de estos efectos, las cuestiones de limitación de los derechos constitucionales observada antes.

Se establece, por lo tanto, como regla general, que el deudor quedará sujeto, durante el proceso, a colaborar con los órganos de la insolvencia, lo que conduce a una doble consecuencia, sob nuestro punto de vista. Por un lado, se cumple el propósito de facilitar el acceso a los bienes y documentos del deudor, a fin de permitir la constitución de la masa activa y el desarrollo del proceso sin incidentes o dificultades. En segundo lugar, consideramos, el cumplimiento immaculado de tales deberes, más que beneficiar a los acreedores, beneficia también el deudor que, consigue, de este modo, demostrar a sus acreedores la voluntad de encontrar una solución adecuada para su insolvencia, pudiendo facilitar eventuales negociaciones para que esta sea adecuada a las dos partes.

³⁹⁹ Indica dicho artículo: “1. El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.2. Los deberes a que se refiere el apartado anterior alcanzarán también a los apoderados del deudor y a quienes lo hayan sido dentro del período señalado”.

⁴⁰⁰ Establece dicho artículo que:

“1 - O devedor insolvente fica obrigado a:

- a) Fornecer todas as informações relevantes para o processo que lhe sejam solicitadas pelo administrador da insolvência, pela assembleia de credores, pela comissão de credores ou pelo tribunal;
 - b) Apresentar-se pessoalmente no tribunal, sempre que a apresentação seja determinada pelo juiz ou pelo administrador da insolvência, salva a ocorrência de legítimo impedimento ou expressa permissão de se fazer representar por mandatário;
 - c) Prestar a colaboração que lhe seja requerida pelo administrador da insolvência para efeitos do desempenho das suas funções.
- 2 - O juiz ordena que o devedor que sem justificação tenha faltado compareça sob custódia, sem prejuízo da multa aplicável.
- 3 - A recusa de prestação de informações ou de colaboração é livremente apreciada pelo juiz, nomeadamente para efeito da qualificação da insolvência como culposa. [...]”

Recordamos, por otro lado, que estos efectos, legales, operan automáticamente desde la declaración de insolvencia. Desde pronto, en el auto que declare la insolvencia, cuando los concursos sean iniciados por otros legitimados, los art. 21.3 LC y 36.f) CIRE imponen al deudor la entrega de un conjunto de documentos esenciales para que la administración concursal pueda iniciar sus funciones.

Formalmente, las previsiones legales no serán totalmente idénticas (el art. 42 LC prevé los deberes de colaboración e información del deudor, mientras que el art. 83 CIRE indica deberes de comparecencia y colaboración), pero una lectura atenta de las normas permite evaluar que, materialmente, se establecen deberes semejantes. El art. 42 LC indica que el deudor tiene el *deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso*.⁴⁰¹

Por su parte, el art. 83 CIRE desarrolla un poco más tales deberes, indicándose que el deudor quedará obligado a *suministrar toda la información relevante para el proceso que le sean solicitadas por todos los órganos de la insolvencia* (administración concursal, comisión y junta de acreedores, o por el tribunal) – párrafo a); *a comparecer personalmente en el tribunal, siempre que tal presentación sea solicitada por el juez o por la administración concursal, salva la ocurrencia de impedimento legítimo o expresa permisión para que sea representado por un procurador* – párrafo b)⁴⁰²; *a prestar colaboración siempre que la administración concursal, a fin de cumplir sus funciones, la solicite* – párrafo c).⁴⁰³

El principal objetivo, que queda claro en ambos ordenamientos, es, de inmediato, imponer al deudor el deber de colaboración con los órganos del proceso, alcanzándose indirectamente el propósito de asegurar el éxito del mismo, especialmente, la satisfacción de los intereses privativos de los acreedores. OGANDO DELGADO indica, por lo tanto que la ley establece

⁴⁰¹El deber de comparecencia ante el tribunal, como señala COLINA GAREA, aunque no estando específicamente previsto, derivaría de la aplicación del art. 118 CE. Véase COLINA GAREA, R. «Algunos deberes que el deudor tiene a su cargo como consecuencia de la declaración de concurso», *Aranzadi Civil*, núm. 14, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, disponible en www.westlaw.es, consultado por última vez el 17 de febrero de 2011.

⁴⁰²Por ese mismo motivo, la violación del deber de comparecencia puede implicar (cuando del deudor falta injustificadamente), como nos dice el art. 83.2 CIRE, que el juez ordene la comparecencia, bajo custodia policial, del deudor.

⁴⁰³ Traducción nuestra.

“con un sentido positivo, el deber del deudor de colaborar con los órganos del concurso, informarles de cuanto sea del interés de este, auxiliarles en la conservación y administración de la masa activa”.⁴⁰⁴

Corresponde al deudor, siempre que solicitado, comparecer personalmente ante dichos órganos, a fin de aportar la información esencial o complementaria de que carezcan para cumplir debidamente las tareas que derivan del avance del proceso. Dicha información podrá referir a la identificación o confirmación de acreedores, a la identificación y administración previa sobre bienes que deberán integrar la masa activa, a la comunicación de todas las rentas existentes, entre otros. Por otro lado, además de la vertiente positiva, nos dice CORDÓN MORENO que estos deberes no serán absolutos, es decir, en una vertiente negativa, “no podrá exigirse al deudor que colabore o informe sobre aquello que pueda perjudicarle por contribuir a la calificación del concurso como culpable, sin informarle con anterioridad del derecho constitucional que tiene a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE)”.⁴⁰⁵

Este último aspecto se relaciona, incluso, con las consecuencias de la violación de los deberes indicados. Esta comporta, ante la ley española, la práctica de un delito de desobediencia a la autoridad (art. 556 Código Penal) y, ante la portuguesa, idéntico delito, el de desobediencia (art. 348.1 CP portugués), en primer lugar, como consecuencia más gravosa. Pero, como se encuentra plasmado en el art. 165.2 LC y en el art. 186.2.i) CIRE, la violación de estos deberes puede comportar la calificación de la insolvencia como culpable.⁴⁰⁶ Así, al deudor, aunque no presentando ningún otro comportamiento susceptible de encuadrarse en la calificación culpable de la insolvencia (el incumplimiento del deber de solicitud, por ejemplo)

⁴⁰⁴OGANDO DELGADO, M.A. «Efectos sobre el deudor de la declaración de concurso», *Estudios...op. cit.*, p. 117. En el mismo sentido, desarrollando un poco más, nos dice COLINO MEDIAVILLA que “no obstante, aunque no resulte tan claro del tenor literal de la norma, los deberes de colaboración e información proporcionan cobertura indirecta, al amparo de la amplitud con que se exigen, para que el deudor realice, ante el juez y ante la administración concursal, todas las observaciones que estime oportunas para el mejor desarrollo del procedimiento, en interés de éste y en su propio interés, lo que constituye una función adicional a que se declara como principal”. COLINO MEDIAVILLA, J.L. «Artículo 42», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 606.

⁴⁰⁵CORDÓN MORENO, F. «Artículo 42», *Comentarios a la ley concursal* (CORDÓN MORENO, F. dir.), Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 504. En la misma línea de argumentación, véase COLINA GAREA sobre la necesidad de estos deberes integraren no solo los elementos imprescindibles para la protección de los intereses protegidos, sino también los aconsejables o convenientes, mismo que tal pueda perjudicar los propios intereses del deudor. COLINA GAREA, R. «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso (en torno de la aplicación del art. 40 de la Ley Concursal)» *Aranzadi Civil op. cit.*, retirado de www.westlaw.es, consultado por la última vez en 17 de febrero de 2011.

⁴⁰⁶ Véase, para más desarrollo, el punto 3.4.6 de este estudio.

se impone diligencia en el cumplimiento de estos deberes, a fin de hurtarse a esta consecuencia negativa, así como a alcanzar todos los objetivos que referimos arriba. También el art. 238.1. g) CIRE establece que la solicitud de exoneración del pasivo restante se rechazará en caso de violación dolosa o culpable de estos deberes o esta podrá ser revocada, de acuerdo con el art. 246 CIRE, que remite para el artículo anterior.

Podemos afirmar también que estos deberes instrumentales, que se relacionan con las medidas cautelares que referimos en primer lugar (que pueden precisamente producirse por violación de estos deberes aquí indicados), son también relacionados con las medidas patrimoniales que veremos enseguida, especialmente si se observa la pérdida de los poderes de administración y disposición del deudor. Como instrumentales que son, los deberes arriba descritos serán de fundamental importancia, así como su cumplimiento diligente por parte del deudor, para que se propicien las buenas condiciones que podrán resultar en ventajas, o para los acreedores, o para el deudor que, como vimos, deberá colaborar libremente con los órganos procesales sin necesidad de solicitud previa.

De este modo, en lo que atañe a los efectos personales, siempre podríamos inquirir sobre la eventualidad de eliminar las medidas cautelares, en España, o la aislada fijación legal de residencia al deudor concursado, en el caso específico de los deudores consumidores, manteniendo exclusivamente los deberes de comparecencia, colaboración e información que describimos que, sin plantear problemas de mayor, aseguran en el proceso la defensa de los intereses privativos de los acreedores, toda vez que los efectos positivos generados por su cumplimiento permiten beneficiar ambas partes, así como los efectos negativos que indicamos apartan preventivamente al deudor de su incumplimiento. El cumplimiento de dichos deberes facilita el desarrollo del proceso, permitiendo un ejercicio facilitado de las tareas de los órganos del concurso, particularmente de la administración concursal, que podrá contar con la colaboración del deudor en la elaboración del informe y en la administración de sus bienes y derechos, comprendiendo verdaderamente las necesidades particulares de cada concursado. La transmisión, por parte del deudor, de la información completa, verdadera y dentro de los plazos establecidos, en conformidad con los referidos deberes, permite la satisfacción de los intereses de los acreedores y del propio deudor, que puede encontrar una solución adecuada en el ámbito del proceso concursal, evitando efectos negativos, como la calificación culpable

de la insolvencia o el rechazo de la exoneración del pasivo restante, por ejemplo, como veremos posteriormente.

Por otra parte, debido al menor impacto económico y jurídico de este tipo de insolvencias en relación a los derechos de los acreedores que, por norma, se pueden encontrar en una situación de prevalencia económica en relación a los consumidores concursados, podríamos identificar un desequilibrio entre el propósito de las referidas normas y el impacto en los derechos de los deudores insolventes. Sin embargo, el desequilibrio solo se observaría con la imposición automática de tales medidas (lo que ocurre en Portugal, con relación a la fijación de residencia, siendo su modificación, en general, autorizada por el tribunal, disminuyendo su impacto negativo) – verdaderamente, ante lo previsto en la LORC, el deudor consumidor no será, normalmente, afectado por su aplicación, que se reserva a los casos más gravosos.

Por ese motivo, la unidad que fundamenta la LC y el CIRE, de procedimientos y efectos, no permitiría tal distinción entre deudores, por lo que concordamos con el dibujo legal, apelándose, sin embargo, para que los jueces evalúen de forma cuidada la necesidad de aplicación de dichas medidas, a fin de evitar un papel casi sancionatorio de las mismas, no pretendido por el legislador - como afirmamos, en la mayor parte de los procesos, penderán sobre el concursado consumidor solo los predichos deberes de comparecencia, colaboración e información.

3 - Efectos patrimoniales de la declaración de insolvencia sobre el deudor

3.1 - Consideraciones generales

Analizados los efectos personales derivados de la declaración de insolvencia, iremos enseguida mirar a los efectos patrimoniales que aquella puede provocar en la esfera jurídica del deudor concursado.

De este modo, los efectos de la declaración concursal no se agotan con la interferencia del concurso en la esfera jurídica personal del deudor, sino también en su esfera patrimonial, o sea, en las capacidades de administración y disposición de su patrimonio. Nos dice MARÍN

LOPEZ que “el éxito del concurso depende directamente de la adecuada conservación y administración del patrimonio del concursado”⁴⁰⁷, toda vez que, más que intereses públicos, como la protección del tráfico jurídico, en sentido amplio, la LC tiene como propósito proteger intereses privados de los acreedores, que culminan con la satisfacción de deudas preferentemente total.⁴⁰⁸ En este sentido, toda vez que no se tratan de efectos meramente personales, MARTÍNEZ FLORES indica que estas limitaciones se imponen, por lo tanto, “a la persona en cuanto titular de un patrimonio destinado a un fin específico; son limitaciones vinculadas a la existencia de un patrimonio que ha sido destinado a la satisfacción de los acreedores”, incluso transmitiéndose los efectos *mortis causa*, como se puede constatar, por muerte del deudor, en el art. 40.5 LC.⁴⁰⁹

Para cumplir dichos objetivos, la LC propone un conjunto de limitaciones a los predichos derechos, teniendo en cuenta dos factores: por una parte, la calificación del concurso como *voluntario* o *necesario*, en la declaración de concurso, de acuerdo con los art. 21.1.1 y 22 LC y, por otra, las circunstancias concretas de la insolvencia, que pueden llevar al juez a establecer, durante el proceso, un régimen diferente. Este sistema de protección del patrimonio del concursado se encuentra previsto en los art. 40⁴¹⁰ y 43 LC constituyendo un

⁴⁰⁷MARÍN LÓPEZ, M.J. «Las limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado», *Aranzadi Civil*, núm.2, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005 retirado de www.westlaw.es, consultado por última vez el 17 de febrero de 2011.

⁴⁰⁸Nos dice MARTÍN-CALERO que “la necesidad de garantizar la conservación del patrimonio del deudor durante la tramitación del procedimiento concursal constituye el fundamento de las medidas que afectan al ámbito de actuación de aquél respecto de los bienes destinados a la satisfacción de sus acreedores; medidas que se revelan indispensables a fin de evitar que éstos disminuyan o desaparezcan”. MARTÍN-CALERO, C.G. *La capacidad del deudor concursado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 14. Por otra parte, COLINA GAREA agrega que “a esto se debe añadir que la situación de insolvencia en la que se encuentra el concursado genera un sentimiento de desconfianza respecto a su aptitud para salvaguardar la integridad de su patrimonio”. COLINA GAREA, R. «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso (en torno de la aplicación del art. 40 de la Ley Concursal)», *Aranzadi Civil* núm.7, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007, retirado de www.westlaw.es, consultado por última vez el 17 de febrero de 2011.

⁴⁰⁹MARTÍNEZ FLORES, A. «Facultades Patrimoniales del deudor», (art.40), *Comentario de la ley concursal*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 808.

⁴¹⁰Dicho artículo establece que:

“1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. 2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se

efecto legal que deberá ser ponderado por el juez y que origina la entrada en escena de la administración concursal como asistente o sustituta del deudor en lo que respecta a su capacidad de administrar y disponer los bienes integrados en la masa activa (art. 40.1 LC).

Por otro lado, el art. 40.6 LC establece que tanto la intervención, como la sustitución de la administración concursal abarcan los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, las que correspondan al deudor en la comunidad conyugal. La actuación de la administración concursal, en la vida familiar del deudor, particularmente cuando se trate de un deudor casado, o mismo una declaración de concurso conjunto de cónyuges, puede comportar serias interferencias, particularmente cuando el concurso se prolonga en el tiempo, con suspensión de facultades, por ejemplo.⁴¹¹

En trazos generales, la LC establece un conjunto de reglas sobre los efectos patrimoniales que se distingue del derecho derogado, como veremos enseguida – por una parte, la uniformización legal traída por la ley condujo a una simplificación normativa de los efectos y a una obvia sistematización de los preceptos; por otra, se ha optado por eliminar el carácter punitivo de los preceptos anteriores, toda vez que, según CONTRERAS DE LA ROSA, son “innecesarios para la satisfacción de los acreedores”.⁴¹² El que antes consistía en un efecto

quieran obtener. 4. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio. El cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se someterá al régimen de publicidad de los artículos 23 y 24. 5. En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación. 6. La intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal. El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia. 7. Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta. Los actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme.

⁴¹¹Particularmente en el caso, como veremos en el último capítulo, no existiendo disolución de la sociedad de gananciales, o hasta la solicitud de dicha separación, toda vez que, existiendo suspensión de las facultades del deudor concursado casado, la administración concursal debe actuar conjuntamente con el cónyuge no concursado. Véase, para más desarrollo, MAGARIÑOS BLANCO, V. «El concurso y la sociedad de gananciales», AAVV, *Estudios sobre la ley concursal...* Tomo II, pp. 2070-2071.

⁴¹²CONTRERAS DE LA ROSA, I. «Efectos básicos de la declaración del concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal: especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la

automático legal derivado de la declaración judicial, en todos tipos de concurso, ahora se basa en la definición previa del tipo de concurso (voluntario o necesario) y, en segundo lugar, en la posibilidad atribuida al juez de modificar los efectos legales derivados de tal calificación del tipo de concurso, como se prevé en el art. 40.3 LC.

Así, se prevé como regla para el concurso voluntario un régimen de intervención de la administración concursal (art. 40.1 LC) y para el concurso necesario un régimen de sustitución, toda vez que el deudor concursado conserva (aunque solo formalmente)⁴¹³ su capacidad de administrar y disponer de los bienes contenidos en la masa pasiva, en el primer caso y la pierde, en el segundo. Regla, que se observa de la lectura de la ley, es la de que la administración concursal es de nombramiento obligatorio⁴¹⁴, conforme el art. 27.1.2 LC, caracterizándose su actuación o definiéndose los límites de la misma con base en la consideración del concurso como voluntario o necesario y, en último caso, de la perspectiva concreta del juez, teniendo como base la protección de los acreedores, por una parte y, como límite, las circunstancias específicas de cada concursado, como veremos más adelante.

Por otra parte, al lado de estos efectos patrimoniales primarios, derivados de la declaración concursal, se añaden otros más, de acuerdo con la división doctrinal propuesta por MARTÍNEZ FLORES⁴¹⁵, que nos indica los efectos derivados de la aprobación de un convenio (art. 133.2 y 137 LC), de la apertura de la liquidación (art. 145.1 LC) y de los derivados de la calificación del concurso como culpable (172 LC como veremos enseguida). Pero al concurso de persona natural no empresaria no són de aplicar todos los efectos, por lo que tendremos que trazar el camino por la ley a fin de llegar a una sistematización de preceptos normativos que les sea aplicable.

actividad profesional o empresarial del concursado», *Estudios sobre la Ley concursal : libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volume II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 1836

⁴¹³Formalmente, porque en todo el caso, la práctica de actos jurídicos referentes a la masa pasiva debe ser autorizada o conforme a las indicaciones de la administración concursal, como nos dice el art. 40.1 LC.

⁴¹⁴Sobre la retribución de los administradores concursales, *vide* el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, que establece el arancel de derechos de los administradores concursales, publicado en el BOE núm. 216, de 7 septiembre).

⁴¹⁵MARTINEZ FLORES, art.40, *ComLC*, pág. 772.

De modo diferente, el CIRE sigue perpetuando, en su art. 81.1⁴¹⁶, la regla patrón de pérdida de poderes de administración y disposición en todos los concursos, con excepción de dos situaciones particulares. Al contrario que sucede en la LC, el CIRE no distingue, para estos efectos, entre concurso voluntario o necesario. Todos los concursos declarados se someten a la regla general, que implica la sustitución del deudor concursado por el administrador de insolvencia (cuyo nombramiento se encuentra previsto en el art. 52 CIRE y en el art. 2 del EAI⁴¹⁷). Se admiten excepciones, pero al contrario de que surge en la LC, estas se exponen de forma genérica, sino que las tipifica la ley – por una parte, se admite que el deudor empresario pueda requerir al tribunal la administración de la masa pasiva bajo la intervención del administrador concursal (art. 223 y ss. del CIRE); por otra, en caso de deudores no empresarios, la aprobación de un plan de pagos, de acuerdo con los art. 255.1 y 259.1 CIRE y la remisión para el art. 39.7 a) CIRE, implica que estos poderes del deudor no son afectados por la declaración concursal.

Por último, en el caso de que el proceso, por insuficiencia de masa activa, no haya de proseguir después de la sentencia que declara la insolvencia, el deudor no quedará privado, por el art. 39.7.a), de sus poderes. En cuanto a la penúltima de las excepciones, se comprende la diferencia de previsión legal, toda vez que el legislador portugués tuvo necesidad de adaptar las consecuencias legales de declaración del concurso a las diferentes soluciones para la situación de insolvencia – la adaptación del proceso a los deudores no empresarios así lo implica, toda vez que los intereses protegidos, que se reconducen a los de los acreedores, están garantizados por una solución temporal y materialmente bien definida (el plan de pagos). Es, por lo tanto, una fórmula sencilla y que permite acelerar, de forma positiva, el proceso de insolvencia.

Se concluye entonces que en ambos ordenamientos los efectos patrimoniales sobre el deudor son efectos legales y no judiciales, derivando de previsiones normativas y no, en regla, de una decisión del tribunal. Aunque la flexibilidad del régimen español, que abre la puerta a la intervención del juez en la limitación de las capacidades a que aludimos y la tipificación de

⁴¹⁶“Sin perjuicio del dispuesto en el título X, la declaración de insolvencia priva de inmediato el insolvente, por si o por sus administradores, de los poderes de administración y disposición de los bienes integrantes en la masa insolvente, los cuales pasan a competir al administrador concursal”. Traducción nuestra.

⁴¹⁷Estatuto do Administrador de Insolvência, aprobado por la Lei núm. 32/2004 de 22 de julio. Esta ley desarrolla las reglas relativas al acceso y al ejercicio de la profesión de administrador concursal en Portugal.

excepciones del régimen portugués⁴¹⁸, es la declaración del concurso que produce las consecuencias legales de que tratamos, sin más (art. 21.1.2 LC y art. 81 y 36 d) CIRE).

En lo que respecta al encuadramiento de las normas ante el derecho derogado, nos dice CONTRERAS DE LA ROSA que la reforma llevada a cabo por la LC ha permitido “al Derecho concursal español abandonar el siglo XIX para entrar de lleno en el siglo XXI”.⁴¹⁹ Esto porque la dispersión normativa que se presentaba hasta 2003 hacia no solo que los diferentes tipos de deudores estuviesen sujetos a diferentes tipos de concurso como también, en lo que nos ocupa, los efectos de la declaración concursal fuesen distintos en cada tipo de concurso y, además, apartados de la realidad social y económica existente. Por encima de todo, fue la perspectiva de modernización que el legislador español ha adoptado, siguiendo la tendencia de prevención en detrimento de la represión del proceso concursal anterior que ha conducido a una modificación de los principios subyacentes al proceso que son transversales a toda la LC y que se reflejaron también en la modificación de los efectos patrimoniales derivados. Así, desaparece el carácter punitivo que la declaración de insolvencia comportaba, por no se mostrar adecuado a la defensa de los derechos de los acreedores.

Los deudores no empresarios estaban sujetos, hasta 2003, a dos procesos distintos: la quita y espera y el concurso de acreedores, del cual derivaba la consecuencia prevista en el art. 1914 del CC, derogado por la LC, que establecía que “la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquier otra que por la ley le corresponda”. Esto correspondía, sin más, a una inhabilitación automática, o sea, en los supuestos de declaración del concurso, la protección de los acreedores, para quien el patrimonio del concursado constituye garantía general del cumplimiento de las obligaciones, así lo exigía, hasta la rehabilitación o, tratándose de concurso culpable, hasta el decurso del plazo⁴²⁰. Pero la evolución doctrinal y jurisprudencial ha permitido la superación de dichos efectos como consecuencia necesaria.

⁴¹⁸La LC establece aún excepciones al régimen de flexibilidad indicado, especialmente por vía de aprobación de medidas cautelares, comienzo de la liquidación o aprobación del convenio, que vienen a limitar la posibilidad de intervención del tribunal en estos supuestos. art.17, 133.2 y 145.1 LC.

⁴¹⁹CONTRERAS DE LA ROSA, I. «Efectos básicos de la declaración del concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal: especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado», *Estudios sobre la Ley concursal : libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 2, op. cit.*, p. 1834.

En el ámbito de la reforma de la legislación concursal, varios proyectos se presentarán hasta la reforma de 2003 y, en lo que respecta al capítulo bajo análisis, diferentes soluciones se discutieran para definir los efectos patrimoniales de la declaración de concurso que, como hemos visto, son esenciales en el proceso de insolvencia, sea cual sea la forma que revista. El principal problema con lo cual se debate el legislador es precisamente definir, en primer lugar, los intereses que se quieren protegidos con el cuadro legal y, en segundo, la mejor forma de los proteger, lo que implica mayor o menor limitación de las capacidades de ejercicio del deudor.

Exceptuando el anteproyecto de 1959⁴²¹, que seguía la regla del efecto automático de suspensión de la capacidad de administración y disposición del deudor en todos los concursos, recuperable con el término del mismo, el legislador español tuvo la preocupación de flexibilizar los efectos en conformidad con el tipo de concurso y teniendo aún como límite la mejor forma de protección de los intereses de los acreedores, ofertando alternativamente las soluciones tenidas como más adecuadas. El denominador común de los proyectos siguientes, que incluyeran en 1981, el Proyecto de Ley Concursal formulado por la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona y, en 1983, 1995, 2000 y 2002 varios Anteproyectos de Ley Concursal⁴²², es la flexibilidad, con los trazos que identificamos hoy en la ley positiva. Por otro lado, ante la solución normativa que quedó establecida en la LC, el proyecto de reforma de 2011 no altera el régimen general que se encuentra en vigor.

En lo que respecta al CIRE, vemos que la regla del art. 81 se basa en la tradición jurídica anterior, siendo que en el art. 147.1 CPEREF se establecía ya una norma idéntica a la que observamos actualmente, igual que ocurría con el art. 1318 del CPC/1961, que establecía que la inhibición para la administración de los bienes contenidos en la masa activa hasta su liquidación total. Es, por lo tanto, de notar, que la solución de la ley española es más armoniosa y adecuada a una interpretación actualizada de los objetivos del proceso de insolvencia, sin embargo de aplaudir las excepciones referidas. No olvidamos que el deudor conservará sus poderes en lo que respecta a los bienes inembargables, por lo que esta afectación tendrá un menor impacto en sus actividades cotidianas, pero nos parece que una solución flexible sería más beneficiosa.

⁴²¹Borrador de Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores, de la Subsección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos.

⁴²²Para un mayor desarrollo sobre los varios proyectos, MARTÍN-CALERO, C.G., *La capacidad del deudor concursado*, *op.cit.*, p. 17 y ss.

En relación con los problemas generales, hay que plantear dos: por una parte, es necesario determinar lo que se entiende por poderes/facultades de administración y disposición del deudor; por otra, hay que circunscribir cuales los bienes que quedan abarcados por las dos hipótesis de la ley.

La primera cuestión, delimitada por el tipo de deudores que estudiamos, obtiene respuesta sencilla, toda vez que los poderes/facultades, derivados del derecho subjetivo que asiste al deudor (de propiedad), que podrán ser limitados en virtud de la declaración del concurso, son los que respectan, por una parte, a la administración ordinaria de los bienes, que implican su conservación y fructificación, por ejemplo; por otro lado, la restricción de los poderes de disposición, o de administración extraordinaria, que implicaran la posibilidad de transferencia de propiedad o la constitución de garantías sobre los bienes.⁴²³ EPIFÂNIO divide el impacto de la previsión legal en dos: *efectos sobre las obligaciones y efectos sobre los derechos reales del deudor*. Los primeros implican “la insensibilidad del patrimonio a todas las obligaciones, independientemente de su origen o de su naturaleza (tanto resulten de actos o hechos, de actos lícitos o ilícitos, de acciones u omisiones” y, los segundos, se dice que el “insolvente no pierde su titularidad pero solo, especialmente en lo que respecta a la propiedad, el derecho de fruición, transformación o alienación”.⁴²⁴ MENEZES LEITÃO concretiza esta situación indicando que el deudor “pierde consecuentemente la posesión material y las facultades de administración y disposición, tanto de los bienes que posea al tiempo de la declaración de insolvencia, como de los bienes y derechos que en el futuro le sobrevengan”.⁴²⁵

En lo que respecta a los bienes afectados por estos efectos, hay que prestar atención a las respectivas previsiones legales. La LC establece en su art. 76 que la masa activa del concurso se compone por *todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión*

⁴²³MONTÉS PENADÉS, indica que se habla de acto de administración “cuando se dirigen a la explotación o al aumento de los bienes, a la percepción de frutos y utilidades de acuerdo con su destino económico, o de conservar y defender los mismos bienes”. Se tratarán de actos de disposición los de “enajenamiento o transferencia del bien o derecho, los de gravamen, esto es, de constitución de derechos limitativos concurrentes con el del titular y los actos y negocios de abdicación.” MONTÉS PENADÉS, V. L., «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 20. Para mayor desarrollo, véase MARÍN LÓPEZ, M.J. «Las limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado», *Aranzadi Civil, op. cit.*, retirado de www.westlaw.es, consultado por última vez el 17 de febrero de 2011.

⁴²⁴EPIFÂNIO, M.R., *Manual...op. cit.*, p. 91. Traducción nuestra.

⁴²⁵MENEZES LEITÃO, L.M., *Direito...op. cit.*, p. 154. Traducción nuestra.

del procedimiento. El CIRE, por su parte, establece en el art. 46 idéntico ámbito, estando excluidos, en cualquiera de los ordenamientos, los bienes considerados inembargables por la ley procesal civil (art. 606 y ss. LEC y art. 822 y ss. CPC). Así, el deudor mantendrá sus poderes intactos sobre estos bienes, pudiendo sufrir una restricción sobre aquellos que se incorporan en la masa activa del concurso.⁴²⁶

Estos efectos tienen un impacto específico, como se prevé en el art. 77 LC, cuando se trate de un deudor casado, particularmente sobre sus bienes propios y, tratándose de un matrimonio en régimen de comunidad de bienes, sobre los bienes gananciales que respondan por las deudas del concursado. Este precepto legal pretende, por lo tanto, como nos dice GUILARTE MARTÍN-CALERO, que la administración concursal intervenga en la administración de los bienes conyugales toda vez que tal “impide, o al menos dificulta, posibles maniobras fraudulentas que escaparían al control del concurso de transferirse la gestión del patrimonio ganancial en exclusiva al cónyuge del concursado”.⁴²⁷

Por último, los efectos sobre la esfera patrimonial del concursado, pueden diferenciarse según las distintas fases del proceso: en la fase común puede adoptarse, como vimos, la conservación o la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor; en la tramitación de la fase de convenio, de acuerdo con el art. 133 LC, se mantienen las medidas que el juez haya establecido antes, siendo posteriormente sustituidas por las que se fijaren en el propio convenio aprobado (art. 137.1 LC); en la fase de liquidación, con independencia de las medidas antes adoptadas, el art. 145 establece la suspensión de las facultades obligatoria (art. 145 LC). En lo que dice respecto al CIRE, optando el deudor por la liquidación o por la exoneración de las deudas restantes, se mantiene la suspensión hasta el cierre del proceso (art. 230.1.a) CIRE).

Encuadrada la cuestión, analizaremos enseguida las consecuencias legales producidas por los efectos patrimoniales de la declaración de insolvencia, sobre el deudor, en los casos de mantenimiento o pérdida de los indicados poderes/facultades, teniendo en cuenta las distintas previsiones de los ordenamientos que estudiamos.

⁴²⁶ Para mayor desarrollo de esta cuestión, véase el punto 1.1 del Capítulo III.

⁴²⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La capacidad...op. cit.*, p. 29. De añadir, como nos apunta la autora, que quedan también excluidos los bienes personalísimos, donde se incluyen el uso, la habitación, los usufructos legales o el derecho a alimentos.

3.2 - Conservación de las facultades de administración y disposición

Las expresiones claves que resaltan de esta primera situación, son dos: concurso voluntario e intervención concursal. Y lo afirmamos en virtud de la regla, en la LC, del art. 40.1, que establece que *en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales*⁴²⁸, *mediante su autorización o conformidad*. También podremos constatar que estas son las dos expresiones que nos interesan analizar, toda vez que, ante el CIRE, la excepción consagrada, con la aprobación de un plan de pagos, no implica siquiera el nombramiento de la administración concursal, no observándose los normales efectos de la declaración de insolvencia (art. 259.1 CIRE) En realidad, no se puede afirmar que el deudor conserva sus facultades durante el proceso, en virtud de que aquello se encuentra suspendido durante la aprobación del referido plan.

Por lo tanto, nos quedaremos en el análisis de las consecuencias legales de la intervención, en virtud de se producieren, efectivamente, efectos procesales basados en la previsión legal, cuando el concurso se clasifique, en el auto que declara la insolvencia (art. 21.1.1 LC) como voluntario (art. 22.1, o sea, cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido del propio deudor), o cuando, recurriendo la posibilidad prevista en el art. 40.3 LC, el juez atribuye al concurso necesario el régimen de intervención, teniendo en cuenta, como se prevé en el artículo, las ventajas que se pretendan obtener.

En primer lugar, sabemos que el deudor conserva sus facultades intactas, así como su capacidad procesal, tanto para las acciones en que ejercite derechos personales, como derechos patrimoniales, como se puede leer en el art. 54.2 LC. Sin embargo, los poderes descritos (excepto el ejercicio judicial de derechos personales) no se ejercen de modo totalmente libre, en virtud de la redacción de los art. 40.1 LC y del citado 54.2 LC, que nos

⁴²⁸ Sabemos que, en caso de procedimiento abreviado, que será el que normalmente se aplicará en este tipo de concursos, la administración concursal se compone de un único administrador (art. 191.2 LC).

dicen que todos estos actos deberán ser autorizados o confirmados por la administración concursal.⁴²⁹

También la enajenación o gravamen de bienes, hasta la fase de convenio o liquidación, depende de la autorización del juez (art. 43.2 LC). Así se dibuja el núcleo duro de la intervención, toda vez que parte de las funciones de la administración concursal será la de velar por la conformidad del concurso, aunque con la colaboración del deudor, que cumple con su principal objetivo de satisfacer los intereses de los acreedores, especialmente en lo que concierne al pago tendencialmente total de sus obligaciones, al servicio de la cual se establecen las limitaciones patrimoniales que observamos.

De este modo, el deudor, expresando su voluntad de practicar alguno de los actos de administración o disposición sobre bienes abarcados en la masa activa, deberá procurar obtener la aprobación (art. 43.1 y 2 LC) de la administración concursal (o del juez, en los casos específicamente previstos⁴³⁰), determinándose, existiendo autorización, que el acto no chocha con los intereses protegidos en el concurso, existiendo, consecuentemente, una función de control o fiscalización por parte de la administración concursal.⁴³¹ Esta autorización, toda vez que no tratamos, en relación con este tipo de deudores, de actos derivados de su actividad profesional o empresarial, lo que permitiría, de acuerdo con el art. 44.2 LC, una autorización en términos generales, para la práctica de actos de administración normal de la actividad, deberá ser obtenida caso a caso, es decir, el deudor, en la práctica de los actos de administración o disposición, deberá buscar la aprobación de la administración concursal, que será anterior a la realización del acto. Esto porque la posibilidad de autorización general para la práctica de cierto tipo de actos equivaldría a conceder la libertad de actuación al deudor que

⁴²⁹ La redacción legal parece equivaler las dos expresiones, no se tratando, por lo tanto, de autorización previa a la práctica del acto y de confirmación posterior a su concreción. En este sentido, MARTÍNEZ FLORES, A. «Facultades patrimoniales del deudor», (art.40) , ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, p. 778.

⁴³⁰ Sobre este punto, viene considerando la jurisprudencia que esta autorización puede existir cuando sea imprescindible para el mantenimiento del valor de la masa activa” o para evitar que la permanencia de determinados bienes o derechos en la misma suponga un lastre que haga previsible que la minorará gravemente.”. Como ejemplos, se incluyen situaciones en las cuales los gastos con la conservación de un bien no servirán para incrementar o mantener su valor, cuando pueda obtenerse un bien similar por el valor de su reparación, cuando los bienes se destinen a recreo del deudor, implican gastos y ninguna renta, cuando el valor del depósito se equipare al valor del bien, bienes percederos o de rápida depreciación, como coches o material informático. Véase, por lo tanto, el AJM Madrid núm. 5 de 17 de septiembre de 2008, incluido en BELTRÁN, E. y SANCHÉZ PAREDES, M.L., *Cinco Años de Aplicación de la Ley Concursal*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 349 y ss.

⁴³¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La capacidad...op. cit.*, p. 42.

siempre se pretendió evitar con la creación de la fórmula de intervención de la administración concursal.

Con respecto a la *forma* de la autorización de la administración concursal, la ley no establece cualquier regla especial, pudiendo aquella concederse de forma escrita u oral, esto en lo que respecta a los actos de administración; en lo que dice respecto a los actos de disposición que, como hemos indicado, deberán ser autorizados por el juez (art. 43.2), la autorización de la administración concursal (que no es excluida, en este caso), deberá, por tratarse de un acto de gestión extraordinaria, constar en acta, transcritas en libro propio organizado por el secretario judicial, como se prevé en el art. 35.4 LC. Añadimos, a este propósito, que en virtud de la aplicación, al concurso de consumidores personas físicas, del procedimiento abreviado, como observamos, la administración concursal se compone por un solo administrador, por lo que dichas decisiones de autorización serán tomadas individualmente (art. 191.2 LC). Tratándose de actos previstos en el art. 43.2, la solicitud de autorización judicial se hará, en conformidad con el art. 188.1 LC, de forma escrita.

Dos problemas más surgen de la aplicación del régimen de intervención sobre las facultades de administración y disposición del concursado. Sin obtención de la autorización previa, los actos, como se puede leer en el art. 40.7, podrán ser anulados, en el caso de que la administración concursal no conceda su convalidación posterior, como veremos seguidamente. En segundo lugar, la administración concursal no puede sustituir o forzar al deudor a practicar actos de administración o disposición que sean beneficiosos para la masa activa, según el art. 43.1 LC.

Nos dice MARTÍNEZ FLORES que “la solución al problema de la inactividad o de la actuación inadecuada del deudor requiere una decisión judicial”. Es decir, se equipara las dos situaciones, la inactividad y la inadecuación de los actos que se pretenden practicar, esto sin perder de vista los intereses de los acreedores, así como del propio deudor, que puede, por ejemplo, retirar frutos de sus bienes para beneficiar de alimentos, por ejemplo. En estas circunstancias, en el caso de que el deudor no actúe el administrador concursal podrá solicitar, de acuerdo con el art. 40.4, la modificación del régimen establecido.⁴³² Por otra parte, cuando

⁴³²MARTÍNEZ FLORES, A, art. 40, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 779. En este caso, siendo pedida el régimen de sustitución.

sea el deudor que considere que la administración concursal rechaza indebidamente la autorización, basándose, precisamente, en los intereses que referimos, podrá solicitar al juez la separación de la administración concursal, igual que se prevé en el art. 37 LC, por justa causa.

Por último, dos cuestiones paralelas que, accesoriamente, se relacionan con la problemática de la intervención. En primer lugar, el impacto en la *capacidad procesal del deudor*. En segundo, el mantenimiento de la *capacidad de testar* de aquél.

En relación con la primera de las cuestiones, tendremos que prestar atención al art. 54 LC, que establece diferentes hipótesis, ya que el núcleo de la restricción de la capacidad procesal siempre será el impacto de las acciones en el patrimonio del deudor, quedando por lo tanto excluidas las acciones que se destinen al ejercicio de derechos personales, como se puede leer en los art. 8.1 y 54.1 LC, aunque puedan generar costes judiciales. En lo que respecta a las restantes, es necesaria la autorización de la administración concursal para la interposición de demandas o recursos que puedan afectar al patrimonio del deudor, pudiendo el administrador, incluso, en caso de inactividad del deudor, requerir al juez, cuando dicha demanda esté al servicio de los intereses del concurso, autorización para sustitución del deudor en tal demanda (art. 54.2 LC). Por otro lado, de acuerdo con el art. 51.3 LC, el deudor, estando pendientes acciones patrimoniales en la fecha de declaración del concurso, conserva la posibilidad de continuar en juicio, cabiéndole solamente la necesidad de autorización de la administración concursal para desistir, allanarse total o parcialmente y transigir.⁴³³

En lo que respecta a la *capacidad de testar*, el art. 40.6 LC establece que el deudor conserva su capacidad de testar, incluso en caso de suspensión de las facultades, sin embargo de los efectos del concurso sobre la herencia (en la cual se atribuye a la administración concursal los poderes sobre la gestión del caudal relicto, según el art. 40.5 LC, o sea, la sustitución). Sobre la capacidad de testar, que implica una facultad de disposición, COLINA GAREA hace un interesante enfoque sobre los intentos del legislador. Según este autor⁴³⁴ “al afirmarse expresamente que el deudor conserva la facultad de testar, parecería que el legislador asocia la

⁴³³Para mayor desarrollo, SANJUÁN y MUÑOZ, E. «La capacidad procesal del concursado tras la declaración del concurso de acreedores», *Delimitación y competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia frente a los Juzgados de lo Mercantil (Especial problemática que genera la aplicación de la Ley Concursal en éste ámbito)*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 123, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 177 y ss.

⁴³⁴CORDÓN MORENO, F. «Artículo 40», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 496.

capacidad para disponer por testamento a la solvencia patrimonial de la persona otorgante”, toda vez que “si la ley estimase que en general no pueden otorgar un testamento válido aquellas personas que carezcan de bienes patrimoniales, porque si en realidad pudiesen, no sería necesario incluir una regla que expresamente reconociese tal capacidad para el insolvente declarado en concurso”. Este autor concluye, por lo tanto, que la previsión legal no se relaciona directamente con la existencia de solvencia del deudor, pero con la caracterización del derecho de testar como un derecho personalísimo, que no puede ser restringido por los efectos de la declaración de concurso.⁴³⁵

Por su parte, CORDÓN MORENO, entre otros, justifica tal previsión legal afirmando que “aunque ni el Código Civil prevé la situación concursal entre las limitaciones de la capacidad para disponer testamento (art. 662 y ss. CC) ni, a la vista de las mismas, tiene sentido plantearse tal limitación, en especial una vez que ha desaparecido la inhabilitación del sistema anterior”. En realidad, el deudor mantiene la capacidad de testar intacta cuanto a los bienes inembargables, pudiendo disponer, como nos dice la LC, de sus bienes en general, incluso los contenidos en la masa activa: sin embargo, la prosecución del concurso puede, por utilización de dichos bienes en el pago a los acreedores, impedir los efectos de las disposiciones testamentarias.

Como se puede observar, el régimen de intervención será el más favorable al tipo de deudores que estudiamos, constituyendo no solo un incentivo al concurso voluntario sino, analizado el caso en concreto, tratándose de concurso necesario, cuando se compruebe, por ejemplo, que el deudor no ha promovido su concurso por falta de información o capacidad económica, no existiendo por lo tanto culpa en el incumplimiento del deber de solicitud y en el arrastre de la situación de insolvencia. En dichas circunstancias, el juez puede considerar la intervención sobre las facultades del deudor es suficiente, lo que será también, en virtud de la menor complejidad del concurso de consumidores, una fuerte hipótesis, a fin de que no se desajuste la vida familiar en virtud de la declaración de insolvencia, pudiendo conservarse las

⁴³⁵COLINA GAREA, R. «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso (en torno de la aplicación del art. 40 de la Ley Concursal)» *Aranzadi Civil op. cit.*, retirado de www.westlaw.es, consultado por última vez el 17 de febrero de 2011.

facultades de administración y disposición intactas, permitiéndose al deudor una colaboración estrecha con la administración concursal. Se observa el equilibrio, que antes referimos, entre los deberes personales de colaboración e información y los propios efectos patrimoniales.

La motivación de tal consecuencia, beneficiosa, como referimos, permitirá, por norma, el alcance de una solución equilibrada en el proceso, especialmente cuando las partes pretendan discutir un convenio, toda vez que el propio deudor contribuirá activamente para la conservación de la masa activa, lo que podrá contribuir para una negociación facilitada con sus acreedores. Por otra parte, no solo el inicio del proceso podrá ser relevante, sino su desarrollo, especialmente si a una buena administración el deudor se añade el cumplimiento de los deberes personales, como son los de colaboración con la administración concursal. Un escenario contrario, como sabemos, puede conducir a la modificación del régimen, de intervención para sustitución – art. 40.4 LC.

Referimos, en este punto, que la solución de la ley portuguesa va más allá, toda vez que aprobándose un plan de pagos no se producirá, como vimos, cualquier limitación en las facultades/poderes de administración y disposición del deudor. La adopción de un mecanismo semejante en España podría conducir a idéntica solución (particularmente en los casos de convenio anticipado) pero, por ahora, la intervención es la más favorable al deudor, incluso en los concursos donde se intente la aprobación de un convenio, toda vez que, de acuerdo con el art. 133 LC, su tramitación implicará el mantenimiento de las medidas previamente acordadas. La corta duración del proceso, que se pretende alcanzar, especialmente con utilización del convenio, hará que la intervención de la administración concursal sea escasa o inexistente, limitándose esta a cumplir los deberes relativos a la composición de la masa activa y pasiva del concurso, cuya concreción depende más de los deberes de colaboración e información que de la propia intervención descrita.

3.3 - Suspensión de las facultades de administración y disposición

Diferente es la situación plasmada en los art. 40.2 LC y 81.1 CIRE, que establecen, con fundamentos distintos, la restricción de las facultades de administración y disposición del deudor, que implicarán la sustitución de la actuación del deudor por la administración concursal. La diferencia de fundamentos, indicados antes, se prende con la tradición jurídica

de ambos ordenamientos, observándose que no se ha modificado de forma sustancial lo previsto en el derecho derogado sobre los efectos patrimoniales de la declaración concursal.

Por ese motivo, se establece en el CIRE, con la excepción que ya apuntamos, la transferencia, desde la sentencia que declare la insolvencia, de los poderes indicados para la administración concursal que, según indica el art.55 CIRE, inicia de inmediato sus funciones.

De forma distinta, el art. 40.2 LC, teniendo en cuenta la dicotomía que deriva de la mayor flexibilidad de la LC, establece que, en caso de concurso necesario (de acuerdo con el art. 22.1 y 2 LC, lo que ocurre cuando la primera de las solicitudes de concurso parta de otro legitimado que no sea el deudor o cuando, con anterioridad a la solicitud del deudor, otro legitimado haya iniciado el concurso, en los tres meses anteriores, pero hubiera desistido, no comparecido o ratificado), el deudor estará sujeto a la suspensión de las facultades en cuestión.

Apuntamos, desde ya, que la LC presenta un mayor equilibrio en la solución plasmada. Sabemos que el CIRE permite, cuando el deudor sea detentor de una empresa, que se aplique la excepción prevista en los art. 223 y ss. CIRE, que indica que el deudor, cuando busque alcanzar un convenio, podrá mantener sus facultades de administración y disposición durante la tramitación del proceso. Todavía, no solicitándose la negociación de un convenio, o no aprobándose aquel que se proponga, cesará tal excepción, siendo de aplicación la regla general (art. 228.1.e) CIRE).

Observamos, por lo tanto, que esto equivale a la solución de la LC que, como vimos, establece la sustitución en caso de liquidación, lo que se producirá de forma semejante ante la ley portuguesa. De este modo, siempre podríamos criticar el hecho de que tal excepción no pudiera extenderse a los deudores consumidores, pero concretamente en la ley portuguesa, las opciones que le son presentadas a efectos de solución del proceso de insolvencia implican el plan de pagos (donde no hay siquiera el nombramiento de administrador concursal) o la liquidación (con o sin exoneración de deudas), por lo que, en la práctica, las consecuencias serían las mismas en lo que respecta a la clara intención del legislador, de ambos ordenamientos, en suspender las facultades del deudor en caso de liquidación.

La regla general de suspensión se relaciona directamente con el fundamento básico de protección de la masa activa y, indirectamente, de los intereses de los acreedores. En Portugal dicho fundamento es común a todos los concursos. En España se comprende que, ante la inacción del deudor insolvente, la defensa de la seguridad jurídica apunta para una mayor voluntad del legislador en coartar el ejercicio de las referidas facultades por parte del deudor. Sin embargo, como hemos afirmado antes, el juez tendrá en cuenta las circunstancias en las cuales se verificó tal inacción pudiendo, aunque en caso de incumplimiento del deber de solicitud del concurso, invertir la regla ahora presentada, como se permite en el art. 40.3 LC. Es, precisamente esta flexibilidad, que falta al CIRE, que pensamos ser una buena solución por, entre otros motivos, constituir un incentivo a la colaboración del deudor en el proceso.

También aquí quedan excluidos los efectos suspensivos sobre bienes inembargables y derechos personales intransmisibles, sustituyendo la administración concursal el deudor en las facultades que recaían sobre los bienes contenidos en la masa activa, incluyendo los que deriven de la comunidad conyugal (art.40.6 LC y 81.1 CIRE) siempre que, como sabemos, dichos bienes respondan por deudas del concursado, de forma directa o subsidiaria. Tratándose de un concurso de ambos cónyuges, será más visible el alcance de la norma, toda vez que los bienes comunes se someterán, sin más, a la administración concursal, sin perjuicio, por ejemplo, de la norma del art. 266 CIRE que establece que los bienes comunes y propios de cada cónyuge se conservarán en separado.

La sustitución propuesta por ambos ordenamientos implica, como nos dice DÍAZ MORENO, que “el deudor se ve privado temporalmente del ejercicio de sus facultades de administración y disposición”, por lo que

[...] al sustituir los administradores concursales al deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales asumen el poder de decidir la realización de actos de disposición y administración. Su función no se limita a controlar las decisiones del deudor. Quedan investidos del poder de actuar sin necesidad de consultar al concursado o de la iniciativa de éste. Y sus actos repercutirán, evidentemente, sobre el patrimonio del deudor. Lo que no impide, naturalmente, que, llegado el caso, el deudor [...] pueda proponer o sugerir a la administración concursal la realización de determinados actos de disposición o administración [...]⁴³⁶

En este último punto, podremos añadir que, en virtud del deber de colaboración del deudor, quedará clara la posibilidad de dicha actuación por parte del deudor. También aquí podremos

⁴³⁶DÍAZ MORENO, A. «Los efectos de la declaración del concurso en la esfera patrimonial: en especial, los efectos sobre el deudor», *Ley 22/2003 Concursal: Puntos Críticos*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Sevilla, 2009, p. 63.

añadir que el deudor puede, según el art. 37 LC y 56 CIRE, detectando que la actuación del administrador concursal no sea más correcta, promover su separación junto del juez. Aquí, son esencialmente relevantes las reglas que el administrador concursal deberá seguir que, como hemos visto, se plasman, por ejemplo, teniendo en cuenta la protección de la masa activa, establecida de forma general en el art. 43 LC y de forma más específica en el CIRE, donde se puede leer, en el art. 55.1.b), que el administrador concursal deberá proveer durante el proceso, a la conservación y fructificación de los derechos del insolvente. El aumento de la masa activa puede también ser una preocupación de la administración concursal que, por ejemplo, podrá ser llamada a sustituir al deudor en la decisión sobre la aceptación de una herencia.⁴³⁷

La suspensión de las facultades referidas planteará también cuestiones procesales, como ocurre en los casos de intervención: en lo que respecta a la LC, de acuerdo con el art. 54.1 LC, todas las acciones de índole no personal, o sea, las que puedan tener impacto en el patrimonio del deudor, estará legitimada, en exclusivo, la administración concursal. En lo que respecta al CIRE, el art. 81.4 establece que el administrador concursal asume la sustitución del deudor para todos los efectos de carácter patrimonial, lo que incluye, como afirma específicamente el art. 85.3, que este asuma su representación, en juicio, en todas las acciones contra aquél propuestas, con anterioridad o contemporáneas al proceso; todas las acciones propuestas por el deudor, anteriores, podrán tramitarse conjuntamente con la insolvencia, siempre que el administrador lo solicite – art. 85.1 CIRE.

Aunque temporal, la restricción de las facultades/poderes del deudor conduce a la interesante discusión doctrinaria sobre la clasificación del estado del insolvente durante el proceso. No se tratará de una verdadera incapacidad, por lo menos en absoluto, toda vez que el deudor conservará intactas sus facultades sobre los bienes inembargables y para el ejercicio de acciones de cariz personal. Por otro lado, no existen efectos semejantes a los de la inhabilitación derivada de la calificación del concurso como culpable que, como establecido en los art. 172.2.2 LC y 189.2.b) CIRE, especialmente en lo que respecta a la ley portuguesa, corresponden a una verdadera inhabilitación (en España se restringirá a los patrimonios

⁴³⁷Para mayor desarrollo sobre esta cuestión, véase ROBLES, P. «El concursado heredero», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 16, Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 150 y ss. En este caso, la administración concursal será la única legitimada para aceptar o repudiar la herencia.

ajenos). No se tratará, también, de una verdadera incapacidad, como afirma MARTINEZ FLORES, en virtud de que no se afectarán cualidades abstractas, generales y personales del sujeto, toda vez que “no son limitaciones que se imponen a una persona en cuanto tal, sino como titular de un patrimonio destinado a un fin específico”.⁴³⁸

A este respecto, nos dice COLINA GAREA que el período temporal de privación de las facultades/poderes de administración del deudor sobre los bienes contenidos en la masa activa se puede denominar de “casi-incapacitación orientada a la protección de los acreedores, la cual comporta una interdicción o prohibición legal de disponer y administrar, cuya *ratio* se encuentra en la conveniencia de evitar que el deudor realice actos de naturaleza patrimonial en perjuicio de aquellos”.⁴³⁹ Esta misma idea es compartida por EPIFÂNIO, que cualifica el estado como indisponibilidad relativa, que implicará la “indisponibilidad de determinados bienes, relaciones jurídicas o formas de negocios”, no afectándose por lo tanto cualquiera de las capacidades personales del deudor.⁴⁴⁰

La administración concursal tendrá, en estos supuestos, que observar, como ya referimos, una gestión diligente del patrimonio del deudor, quedando encargada de la conservación y fructificación de la masa activa hasta que el proceso se concluya, en virtud de la mayor responsabilidad que adviene de la pérdida, aunque temporal, de los poderes de los deudores para gestionar su patrimonio.

Acordamos que la sustitución se mantendrá hasta la conclusión del proceso, como se prevé en los art. 178.1 LC y 233.1.a) CIRE, debiendo el deudor colaborar activamente con el administrador concursal a fin de que tal conclusión ocurra de forma rápida y favorable, tanto cuanto posible, también en su beneficio, en la medida en que la gestión practicada durante el proceso haya sido adecuada a la satisfacción de los intereses de los acreedores.

Por otro lado, consideramos que la importancia o validez de la suspensión en un proceso concursal cuyos actores principales sean los deudores consumidores puede encontrarse, en

⁴³⁸ MARTÍNEZ FLORES, A. «Artículo 40», *Comentario... op. cit.*, p. 782.

⁴³⁹ COLINA GAREA, R. «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso (en torno de la aplicación del art. 40 de la Ley Concursal)» *Aranzadi Civil op. cit.*, retirado de www.westlaw.es.

⁴⁴⁰ EPIFÂNIO, M.R. *Manual... op. cit.*, p. 107. Para mayor desarrollo sobre la tesis de indisponibilidad relativa, véase MOTA PINTO, C.A. *Teoria Geral...*, *op. cit.*, p. 242 y ss.

realidad, en dos supuestos. Por una parte, cuando el proceso se concluye por la liquidación, acompañada o no de exoneración del pasivo restante y, por otra, cuando el juez apure la falta grave de diligencia del deudor en caso de negociación de un convenio, con independencia de que se trate de concurso voluntario o necesario.

En caso de liquidación del patrimonio del deudor concursado, la necesidad de suspensión opera en virtud de razones prácticas: competirá al administrador concursal el encargo de la administración y disposición de los bienes del concursado, no existiendo ninguna razón atendible para la conservación de dichos poderes. En Portugal, como expusimos, es comprensible que el legislador portugués apunte la suspensión como efecto automático, toda vez que cuando se trate de solución negociada el proceso termina con tal aprobación, ya que la negociación se hace antes de la sentencia que declara la insolvencia, por suspensión del proceso para discusión del plan de pagos propuesto. Así, no aprobándose el plan de pagos, la solución que resta al deudor es la liquidación o la liquidación acompañada por la exoneración del pasivo restante, lo que justifica plenamente la suspensión de los poderes.

En el caso español, la regla apunta para que, siendo un concurso necesario, se suspendan de inmediato los poderes de administración y disposición, pudiendo el juez, sin embargo, aplicar solamente la intervención, considerando que los intereses de los acreedores se protegen suficientemente con esta medida (art. 40.2 y 3 LC). Competirá, por lo tanto, al juez, cuando el concurso no se oriente a la liquidación, apurar si, en el caso de que el deudor intenta la negociación de un convenio con sus acreedores, la suspensión será verdaderamente necesaria. Pensamos que la suspensión, con su propósito principal de proteger la masa activa, deberá utilizarse cuando se verifique el riesgo de una gestión poco cuidada por parte del deudor, pudiendo superarse el automatismo del art. 40.2 LC.

3.4 - La violación de las limitaciones patrimoniales

La última cuestión sobre los efectos patrimoniales sobre el deudor respecta a la violación de las limitaciones impuestas al concursado por la declaración de insolvencia, sea en caso de intervención (ley española), sea en caso de suspensión (ambos ordenamientos). Este problema es resuelto de forma semejante, pero no idéntica, por ambos ordenamientos, como podremos averiguar consultando los art. 40.7 LC y 81.6 CIRE.

En la LC, el legislador impone la *anulación de los actos*. En caso de intervención, la anulación se aplica a los actos practicados sin autorización de la administración concursal. En caso de suspensión, la anulación se aplica a todos los actos practicados sobre bienes y derechos contenidos en la masa activa. Este régimen sancionatorio es, todavía, moderado por la posibilidad, prescrita en la ley, de que la administración concursal pueda *confirmar o convalidar* el acto practicado por el deudor, siempre que se observen los requisitos generales del art. 43 LC, que implican la adecuación del acto practicado a los propósitos del proceso. El régimen de anulabilidad establecido en la LC no es, sin embargo, idéntico a lo previsto en el Código Civil.

Señala MARÍN LOPES que el legislador concursal ha modificado el régimen derivado del derecho derogado⁴⁴¹, que comprendía la nulidad de los actos, transformándolo en un régimen propio, considerando el autor que se trata de un “régimen de ineficacia diferente al de la nulidad, anulabilidad o rescisión del Código Civil”.⁴⁴²Y, igual que afirma GUILARTE MARTÍN-CALERO, “prescindir de la nulidad parecía obligado pues esta forma de ineficacia queda reservada para los actos y negocios que violen lo dispuesto en normas imperativas y prohibitivas, o para aquellos que adolecen de la falta de uno de los elementos esenciales del negocio.”⁴⁴³

De este modo, la LC presenta una solución que, en caso de violación de la limitación de las facultades de administración y disposición impuestas al deudor, permite que la administración concursal pueda confirmar el acto o, en exclusiva, proponer una acción de anulación del acto en cuestión. Indica MONTÉS PENADÉS que “la administración concursal tiene atribuida la facultad de decidir sobre la convalidación o confirmación, y la tienen atribuida de modo exclusivo y discrecional”.⁴⁴⁴ Esto significa que la administración concursal puede convalidar el acto, promover su anulación o no proceder a cualquier actuación, sin que nadie pueda

⁴⁴¹El art. 878 C.Com. establecía un régimen en el que se dibujaba la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes, desde la declaración de insolvencia, así como la nulidad de todos los actos realizados posteriores a la época a que se retrotraían los efectos de la quiebra. Ambos presupuestos implicarían, por lo tanto, la nulidad de los actos realizados por el deudor.

⁴⁴²MARÍN LÓPEZ, M.J. «Las limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado», *Aranzadi Civil, op. cit.*, retirado de www.westlaw.es

⁴⁴³GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La capacidad...op. cit.*, p. 111.

⁴⁴⁴MONTÉS PENADÉS, V. L., «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», *ADC, op.cit.*, p. 24.

sustituírsele en la toma de decisión. Esto porque, como se encuentra plasmado en el art. 40.7, cualquier acreedor y quien haya sido parte en el negocio afectado, puede solicitar a la administración concursal que se pronuncie sobre la decisión que pretende tomar, pero no sustituir a aquella en la iniciativa de solicitar cualquier acto. No negamos, todavía, la importancia de tal previsión, toda vez que dichos sujetos pueden añadir argumentos sobre el impacto del mantenimiento o destrucción de los efectos de tal negocio en la masa activa que, como sabemos, delimita la actuación de la administración concursal (art. 43 LC).

DÍAZ MORENO indica los presupuestos necesarios para que se pueda tomar en consideración los actos practicados por el deudor: estos no contemplan ni la cuantía de los actos, ni su caracterización como gestión normal o extraordinaria, ni tampoco es necesario alegar que el acto fue realizado en perjuicio de la masa activa. Es necesario que sea un acto practicado en nombre propio, con naturaleza patrimonial y que respete a bienes y derechos integrados en la masa activa. Nos indica incluso el autor que, además de contratos, podrán añadirse “condonación de deudas, compensación de obligaciones, resolución, denuncia o confirmación de contratos, renuncia de derechos, concesión de prórrogas, realización y recepción de pagos”.⁴⁴⁵

La administración concursal puede, por lo tanto, convalidar o confirmar el acto en cuestión; cuando no lo haga, puede requerir, por vía de incidente concursal, su anulación. La confirmación puede hacerse en cualquier momento, siempre que no haya caducidad de la acción de anulación, como se puede leer en el art. 40.7 LC y, no estableciendo la ley cualquier fórmula donde se extraiga la forma de la misma, nos dice MARTÍNEZ FLORES que, exceptuando actos de disposición autorizados por el juez (art. 43.2 LC), cuya autorización se fijará en acta,

[...] por aplicación de las reglas generales, puede realizarse de forma expresa o tácita (art. 1311 CC). La confirmación expresa puede revestir cualquier forma (verbal o escrita) y la confirmación tácita tendrá lugar cuando la administración concursal ejecute un acto o adopte un comportamiento que objetivamente tengan que ser interpretados como aprobación o conformidad con la actuación desarrollada por el concursado (si la administración concursal, con la finalidad de satisfacer un crédito contra la masa y teniendo pleno conocimiento de los hechos, liquida la prestación realizada por el sujeto que había contratado con el concursado [...])⁴⁴⁶

⁴⁴⁵DÍAZ MORENO, A. «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», *Estudios Sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volume II, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 1850-1851.

⁴⁴⁶MARTÍNEZ FLORES, A. «Artículo 40», *Comentario...op. cit.*, p. 811-812.

Igual que nos dice CÓRDON MORENO, los actos así convalidados serán considerados créditos contra la masa, en virtud de su semejanza con las acciones de reintegración.⁴⁴⁷

Por otro lado, en el caso de considerarse que el acto practicado es perjudicial a la masa activa y a los intereses protegidos por el concurso, la administración concursal deberá impugnar el acto en concreto. En esto sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO afirma que se trata de un acto necesario por parte de la administración concursal, en virtud de la regla general que adviene del art. 35.1 LC y que dice respecto a al patrón de diligencia por lo que deberá pautarse (la diligencia de un administrador ordenado y de un representante legal, so pena de separación del cargo (art. 37 LC) y de la posibilidad de responsabilidad ante los acreedores (art. 36.1 LC).⁴⁴⁸

Esta acción, promovida por incidente concursal (art. 40.7 y 192 LC), caducará en tres supuestos: un mes pasado sobre el requerimiento hecho por los acreedores o partes del negocio; con el cumplimiento, por el deudor, del convenio, o con la conclusión de la liquidación. En el primer caso, se confirma tácitamente el acto; en los dos últimos, no es necesaria la protección de los acreedores, que fue debidamente protegida con el tratamiento procesal adoptado.

Cuando la acción sea procedente, se observa una ineficacia de los actos, en los términos de DÍAZ MORENO, “absoluta” y “provocada”, o sea, se observan los efectos *erga omnes*, y no solo entre las partes, siendo provocada porque dependerá, para que se destruyan negocios que son, a partida, eficaces, de la actuación de la administración concursal.

Por su parte, de modo un poco distinto, el CIRE establece en art. 81.6, a semejanza de lo que ocurre en el párrafo §81 *InSo*, que la sanción para los actos practicados por el deudor, en virtud de violación de las limitaciones impuestas, *ope legis*, a sus poderes de administración y disposición, es la *ineficacia* de los actos, lo que consistirá también en un regreso al derecho precedente, igual que constara en el CPC/1961.⁴⁴⁹ El artículo desarrolla la cuestión,

⁴⁴⁷CORDÓN MORENO, F. «Artículo 40», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 501.

⁴⁴⁸GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La capacidad...* *op. cit.*, p. 117.

⁴⁴⁹Para mayor desarrollo, véase SERRA, C. “As novas tendências do direito português da insolvência ...”, *Código da Insolvência ...*, *op. cit.*, p. 11.

imponiendo aun como consecuencia que la masa activa responda por la restitución de lo que haya sido prestado en virtud del negocio, según las reglas del enriquecimiento sin causa. Esto significa, demuestra MENEZES LEITÃO, que “si el deudor dispone de un bien contenido en la masa activa, recibiendo el correspondiente precio, aquella no está obligada a restituir el precio que no hay recibido, compitiendo al deudor tal obligación”.⁴⁵⁰ En el caso de que la cuantía (o el bien) haya efectivamente entrado en la masa insolvente, competirá a la administración concursal su devolución, de acuerdo con las reglas civiles (art. 479 C.C. portugués).

La regla general se contornea con las excepciones previstas en los párrafos a) y b) del indicado artículo, que se aplican cumulativamente. Lo que nos dice la ley es que, cuando se traten de negocios celebrados a título oneroso con terceros de buena fe, anteriores al registro de la sentencia que declare la insolvencia, estos serán siempre considerados eficaces, excepto si estuvieren previstos en la lista del art. 121 CIRE – negocios de resolución incondicional, sobre los cuales recaerá precisamente el efecto contrario.

Observamos pues que este régimen es más sencillo que el recogido en la LC, toda vez que no depende de la actuación de la administración concursal para promover la anulación de los actos, o para confirmarlos. Esto porque, como nos explica EPIFÂNIO, el acto no pierde validez entre las partes, sino se torna ineficaz ante la masa insolvente. Esto puede significar, por lo tanto, “que el tercero deberá aguardar a la conclusión del proceso de insolvencia, momento en que podrá exigir la entrega del bien (en el caso de que este no haya sido liquidado), o una indemnización (si el bien tuviera sido alienado judicialmente”.⁴⁵¹

En conclusión, ambos ordenamientos establecen fórmulas para impedir que la masa activa pueda ser perjudicada por una actuación del deudor que, independientemente de haber un objetivo fraudulento, siempre será en contravención de las normas que le prohíben, aunque temporalmente, el ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre bienes que, en realidad, exceden los estrictamente necesarios para su mantenimiento básico. De todos

⁴⁵⁰MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito...op. cit.*, p. 155. Traducción nuestra.

⁴⁵¹EPIFÂNIO, M.R. *Manual...op. cit.*, p. 99. Traducción nuestra. Por otro lado, la autora refiere también que por dicha actuación del deudor podrán ser responsabilizados los bienes no contenidos en la masa activa. El tercero será él que celebró el negocio después del registro de la sentencia que declare la insolvencia. En sentido contrario, véase SERRA, C. “As novas tendências do direito português da insolvência ...”, *Estudos em comemoração ...*, *op. cit.*..., p. 222.

modos, la solución de la ley portuguesa, porque más sencilla y automática, pudiera ser bien introducida en España, sin que se desfigurase el régimen básico de las limitaciones sobre las facultades del deudor presentado y manteniendo la seguridad jurídica que se pretende con estas normas. Nos referimos a la sanción de ineficacia, toda vez que concordamos con la posibilidad de confirmación prevista en la ley española, que podría, por su turno, ser introducida específicamente en el derecho portugués, en lo cual, aunque actuando sin poderes, el deudor puede actuar en beneficio de la masa insolvente, no teniendo que paralizarse el negocio en dichos supuestos.

II - Efectos eventuales de la declaración de insolvencia

1- Caracterización general

Los efectos eventuales del proceso sobre el deudor, en contraposición con los efectos personales y patrimoniales que hemos visto, no son efectos legales, directos y inmediatos, como los anteriores, pero dependen de limitaciones derivadas de las características del propio insolvente, de la evaluación de su comportamiento o, como sintetiza SERRA, “aquellos cuya producción depende de otras condiciones más allá de la sentencia y de la declaración de insolvencia”.⁴⁵²

Entre estos efectos, destacamos dos, favorables al deudor, que son el *derecho a alimentos*, previsto en los art. 47 LC y 84 CIRE, así como la *exoneración del pasivo restante* (art. 235 y ss. CIRE, de que se dará cuenta en el capítulo siguiente).

A añadir a esta lista, se producen *efectos derivados de una calificación culpable de la insolvencia*. Así, ante el art. 172.2 LC, el deudor podrá quedar inhabilitado para administrar bienes ajenos durante un período de 2 a 15 años, impedido de representar otras personas durante el mismo período (párrafo 2), así como, de acuerdo con el párrafo 3, sujeto a la pérdida de eventuales créditos concursales o contra la masa activa (como el propio derecho a alimentos, como veremos). Toda vez que la ley portuguesa se inspira casi literalmente en el derecho concursal español, el art. 189.2 CIRE, en sus párrafos b) c) y d), establece idénticos efectos (con una menor ventana temporal – 2 a 10 años, y con la inhabilitación a extenderse a

⁴⁵²SERRA, C. A *Falência...op. cit.*, p. 367. Traducción nuestra.

los bienes propios, en ciertas circunstancias), más el de la inhibición para la práctica del comercio, o para hacer parte de la administración de cualquier sociedad, asociación, fundación o cooperativa.

Estos efectos eventuales tienen propósitos bastante distintos, observándose en diferentes fases del proceso, y dependiendo su aplicación del análisis de los órganos de la insolvencia (administración concursal para los alimentos, en Portugal y España, y el juez para el incidente de calificación de la insolvencia, en ambos ordenamientos, y para los alimentos, también en España; juez para la exoneración del pasivo restante).

El impacto es también diferente, siendo que el derecho a alimentos puede no ser solicitado por el deudor, mientras que el incidente de calificación ocurre en prácticamente todos los procesos (con las excepciones que veremos) y la exoneración del pasivo restante es prácticamente la regla en todos los concursos de consumidores. También las consecuencias del derecho a alimentos son contemporáneas del proceso concursal, mientras que las consecuencias de la calificación de la insolvencia como culpable son, en su gran mayoría, proyectadas para el futuro, con cierre del incidente (en Portugal) o de la sección sexta (en España), así como las de la exoneración, con la apertura del período de cesión de bienes/rentas del deudor, que estudiaremos en el último capítulo.

2 - El derecho a alimentos

El derecho a alimentos constituye el primero de los efectos eventuales que referimos y se destina a atribuir al deudor insolvente, durante el proceso, la capacidad de sustentación económica que puede faltarle, en virtud de la eventual paralización de sus facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos contenidos en la masa activa del proceso.

El derecho a alimentos no es un instituto novedoso en el proceso de insolvencia. En Portugal, en el antiguo CPEREF, el art. 150.1 establecía que, en el caso de que al fallido faltasen absolutamente los medios de subsistencia y tales no pudiesen recogerse a través de su trabajo, el liquidatario podría, con el acuerdo de la comisión de acreedores, arbitrarle un subsidio por

cuenta de la masa insolvente. Observando el actual art. 84⁴⁵³, podremos afirmar que se ha mantenido el precepto precedente casi palabra por palabra, con la diferencia de que la comisión de acreedores, al tornarse un órgano facultativo del proceso (art. 66 CIRE), es sustituida en la tarea por la junta de acreedores (art. 72 y ss.) y que, al contrario que ocurría en el derecho derogado, el juez no interviene en la decisión de atribución de los alimentos, cabiendo tal tarea, como se lee en el art. 84.2, también, a la administración concursal.

En España, por otro lado, en virtud de la multiplicidad de procesos anteriores a la reforma concursal, el derecho aplicable sería distinto de conformidad con el tipo de deudor. Tratándose de deudor no empresario serían aplicables los art. 1314 a 1317 LEC/1881⁴⁵⁴, que establecían la competencia del juez para la atribución de los alimentos, siempre que se estimase que los bienes superarían las deudas y en la medida que tal fuera necesario. Sin embargo, de acuerdo con el art. 1315, la primera junta de acreedores celebrada después de la decisión podría suprimir o modificar los alimentos concedidos, siempre que se comprobase que los bienes no serían suficientes para cubrir las deudas, pudiendo, tanto el acuerdo, como el rechazo a los alimentos, ser impugnado (art.1316), percibiendo el deudor los alimentos, como se indicaba en el art. 1317, durante la impugnación, cuando el juez y la junta hubiesen entendido atribuirlos.

El nuevo régimen consagrado por la LC presenta algunas novedades en relación con el derecho precedente. Como trazos generales podremos apuntar la doble competencia, tanto de la administración concursal (en los casos de intervención), como del juez (en casos de suspensión) y, por otro lado, la previsión, en el art. 47 LC⁴⁵⁵ de dos tipos de alimentos – los

⁴⁵³ “1 - Se o devedor carecer absolutamente de meios de subsistência e os não puder angariar pelo seu trabalho, pode o administrador da insolvência, com o acordo da comissão de credores, ou da assembleia de credores, se aquela não existir, arbitrar-lhe um subsídio à custa dos rendimentos da massa insolvente, a título de alimentos. 2 - Havendo justo motivo, pode a atribuição de alimentos cessar em qualquer estado do processo, por decisão do administrador da insolvência.”

⁴⁵⁴ Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por el Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881.

⁴⁵⁵ Establece dicho artículo que: “1. Durante la tramitación del concurso, el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo lo dispuesto para el caso de liquidación. Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos. 2. La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el [título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#), se satisfará con cargo a la masa activa. 3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, las personas respecto de las cuales el concursado tuviese deber legal de alimentos sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras

prestados al deudor (párrafo 1); y los que el deudor debe prestar (párrafos 2 y 3), que corresponde al art. 93 CIRE⁴⁵⁶, toda vez que el legislador portugués no ha optado por tratar conjuntamente las dos materias. También deja de constar como necesario el requisito de que el valor de los bienes supere el de las deudas, pasando la ley a indicar que los alimentos están a cargo de la masa. Por último, la intervención de la junta de acreedores fue eliminada. Podremos afirmar, consecuentemente, que la modificación emprendida por el legislador se ha basado en principios formales, más que sustanciales, siendo también de aplaudir la unión, por motivos sistemáticos, de la totalidad de la materia relativa a los alimentos, aunque el deber de prestación de alimentos por el deudor no se encuadre específicamente en los efectos procedentes de declaración de insolvencia.

El proyecto de reforma de 2011 parece recuperar la tradición de la LEC/1881, ya que la nueva redacción del art. 47 LC nos indica, en su párrafo 1 que “durante la tramitación del concurso, el concursado persona natural que se encuentre en *estado de necesidad*, tendrá derecho a percibir alimentos con cargo de masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender *sus necesidades y las de cónyuges e hijos bajo su potestad*”. Cumple destacar que esta nueva redacción no solo recupera la idea de la necesidad del deudor como punto de partida para que reciba alimentos como, particularmente, toma en consideración, de forma innovadora, las necesidades de la familia del deudor insolvente. A pesar de que, en las anteriores redacciones del artículo, podía alegarse que estaría implícita la consideración de las necesidades familiares, es de aplaudir la introducción expresa de esta materia en la ley concursal.⁴⁵⁷

Por otro lado, respecto de los alimentos a que el deudor se encuentra obligado, el proyecto también introduce modificaciones, indicando, en su párrafo 3, que el juez puede fijar la

personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del juez del concurso, que resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía.”

⁴⁵⁶ Dicho artículo nos dice que: “o direito a exigir alimentos do insolvente relativo a período posterior à declaração de insolvência só pode ser exercido contra a massa se nenhuma das pessoas referidas no artigo 2009.º do Código Civil estiver em condições de os prestar, e apenas se o juiz o autorizar, fixando o respectivo montante.”

⁴⁵⁷ Véase el párrafo §100 *InSo* (que establece el suministro de alimentos a cargo de la masa al deudor y a su familia).

cuantía, procedente de resolución judicial anterior al proceso de insolvencia, siendo que, con relación al exceso, se concede a los interesados un crédito concursal ordinario.

Por último, podremos añadir, toda vez que se trata de un efecto eventual del proceso, dependiente del *impulso del deudor*, que los alimentos podrán ser solicitados no solo desde la declaración de insolvencia, que es verdaderamente el momento en el que nace tal derecho, sino también con el escrito de solicitud o desde el emplazamiento, prescindiéndose en este caso de la oposición.

2.1 - Requisitos del derecho de alimentos concedido al deudor

2.1.1 - El art. 84 CIRE

En relación al CIRE, como hemos indicado, el derecho a alimentos puede ser encontrado en el art. 84. Aquí se indica que el deudor deberá carecer absolutamente de medios de sustento y, cumulativamente, que no pueda obtenerlos a través de su trabajo. Como nos dice PINTO DUARTE, la existencia de estos dos requisitos implica que el administrador concursal concede el subsidio, afirmando que “el poder en cuestión, observados que sean los presupuestos de la carencia absoluta de medios de subsistencia, de la imposibilidad de obtención de los mismos y de la existencia de rentas de la masa insolvente – es vinculado”.⁴⁵⁸ SERRA añade que “el carácter primario de los intereses protegidos por la norma (...) confiere a los dos presupuestos la naturaleza de dos auténticas condiciones de exigibilidad (y no de la mera posibilidad de la prestación)”.⁴⁵⁹ Concluyen los autores que se trata de un verdadero derecho del deudor concursado, que no depende de la decisión de los órganos de la insolvencia, sino en la fijación del montante.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸PINTO DUARTE, R. «Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor», *Themis - Edição Especial Novo Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 148. Traducción nuestra. En el mismo sentido, véase también MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito da Insolvência*, op. cit., p.161.

⁴⁵⁹SERRA, C. *A Falência...*, op. cit., p. 368. Traducción nuestra.

⁴⁶⁰Véase, en sentido contrario, CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op.cit.*, p. 351. Estos autores afirman que en los casos en que la insolvencia se considera culpable, en virtud del comportamiento del deudor, puede comprometerse la atribución/manutención de los alimentos, por ejemplo. En sus palabras “no sería de todo razonable que, siendo el propio deudor culpable, pudiera beneficiarse de las rentas de la masa insolvente en perjuicio de sus acreedores”. FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op. cit.*, Tomo I, p. 351. También en sentido contrario, MARTINS, que indica que el poder de la administración concursal es discrecional, debiendo solamente “atender a la necesidad de atribución de tal subsidio, considerando la situación concreta del deudor y la capacidad de la masa en soportarlo”. MARTINS, L.M. *Processo de Insolvência*, op. cit., p. 227. Por su parte, RAPOSO SUBTIL [et al], afirman que “el poder de decisión sobre la admisibilidad de alimentos cumple en exclusivo al administrador concursal, con el acuerdo de la comisión de acreedores o de la

Comprender lo que implican dichos requisitos es la tarea siguiente. La ley habla de carencia absoluta de medios de sustento y de incapacidad de obtenerlos por medio del trabajo. No se trata de una redacción muy clara, tal como ocurría ante la ley anterior, pero CARVALHO FERNANDES y LABAREDA indican que, para mejor comprenderlos, hay que recurrir al art. 2004 CC portugués⁴⁶¹, que nos dice que los alimentos deberán ser prestados en proporción a los medios de que dispone el obligado a su prestación, así como en proporción a su necesidad. EPIFÂNIO, a fin de concretar estas exigencias, entiende que el primer requisito dice respecto al hecho de que “los bienes inembargables no sean suficientes para asegurar la subsistencia del insolvente y de su familia”.⁴⁶² Los bienes inembargables en sus diferentes categorías (absoluta, relativa y parcialmente inembargables) pueden ser encontrados en el art. 46/2 CIRE 822 y ss. CPC e incluyen, por ejemplo, los instrumentos de trabajo y 2/3 de los salarios del insolvente, que caracterizan las fuentes normales de recursos de la familia.

Sobre la cuestión de los salarios, la propia jurisprudencia hay indicado que, para no privarse al insolvente de los medios básicos de subsistencia, no es posible la aprehensión de aquellos para la masa activa, como ordenarían los art. 46 y 149 CIRE (o, como vimos, por lo menos la parte permitida por ley), debiendo separárselos de los bienes que constituyen la garantía general de los acreedores. En estos supuestos, se incluye no solo el salario, sino cualesquiera cuantías recibidas a título de pensión, o prestación social, seguros, indemnizaciones por accidentes, entre otras. Como nos dice el Ac. TRC de 6 de marzo de 2007,

[...] Subyacentes a tal normativo están, por un lado, razones de humanidad o dignidad humana, de forma a no privar el fallido (y su agregado familiar) de los medios necesarios a su sustento y, por otro lado, razones que tienen como objetivo su estímulo para “llevar la cabeza” y para providenciar, por lo menos, a través de su trabajo, su sustento(...) y por forma a no perjudicar más los acreedores ya que, en caso de tal no se producir, los mismos acabarían por asistir a la disminución de la masa activa (...) en virtud de la retirada de los valores necesarios para providenciar el sustento del fallido [...]⁴⁶³

Cuando los bienes inembargables sean insuficientes o, por ejemplo, no existan, puede considerarse observado el requisito de la carencia absoluta de medios de subsistencia que dice

junta, caso aquella no exista. Caso no se llegue a acuerdo, no pueden ser arbitrados alimentos.” RAPOSO SUBTIL, A. [et al], *Código da Insolvência...op. cit.*, p. 175.

⁴⁶¹CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op. cit.*, p. 350.

⁴⁶²EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito...op. cit.*, p. 110.

⁴⁶³Ac. TRC núm. 1017/03.9TBGRD-G.C1 de 6 de marzo de 2007. En el mismo sentido, por ejemplo Ac. TRP núm. 2384/06.8TJVNF-D.P1, de 23 de marzo de 2009. Disponibles en www.dgsi.pt consultados por última vez el 10 de enero de 2011. Traducción nuestra.

respecto a necesidades básicas del insolvente y de su familia, como sea la habitación, alimentación, gastos relacionados con la salud o con la educación de los hijos menores. No se deberá interpretar demasiado rígidamente la ley, es decir, cuando esta indica la carencia absoluta de medios no quiere decir que el insolvente no disponga de bienes, pero que aquellos de que dispone, por aplicación de la ley, no sean suficientes para cubrir el conjunto originado por las necesidades consideradas básicas. Significa esto que, a fin de encontrarse un equilibrio entre los intereses del deudor y de sus acreedores, no se pretende que este subsidio permita el mantenimiento del estilo de vida habitual del insolvente, toda vez que no se aseguran gastos habituales, sino gastos básicos, esenciales para protección mínima de los intereses del agregado familiar.⁴⁶⁴

Con relación al segundo requisito, la imposibilidad de obtener el sustento a través de su trabajo, comprende las situaciones que implican la imposibilidad física del deudor, como sea, por ejemplo, una enfermedad prolongada, así como las circunstancias que implican materialmente la imposibilidad, como el desempleo, siempre que la falta de los medios indicados no sea de responsabilidad del insolvente.⁴⁶⁵ Consideramos que, en esta segunda categoría, están las situaciones en las cuales las rentas del trabajo del insolvente no son, en absoluto, suficientes, para su subsistencia, siendo la imposibilidad considerada, por ejemplo, en relación a un segundo empleo, que le permitiría obtener nuevas formas de renta (por ejemplo, el insolvente no puede disponer de más tiempo para el trabajo por tener hijos menores a cargo, o familiares que carezcan de cuidados). Lo que significa que, cesando tal imposibilidad, el derecho a alimentos puede ser retirado, como indica el art. 84.2, ya que en tales casos existe *justo motivo*.

Observados ambos requisitos, es necesario evaluar también si la masa activa produce rentas⁴⁶⁶. Estas pueden ser definidas como “cualquier provecho patrimonial que sea añadido al universo de los bienes aprendidos y que resulten directamente de ellos o de su administración”.⁴⁶⁷ Esto porque los alimentos deberán ser suministrados al deudor insolvente

⁴⁶⁴En este sentido, por ejemplo, el Ac. TRP núm. 8476/05.3TBMTS-F.P1 de 17 de noviembre de 2009, que establece que es posible la aprehensión para la masa insolvente de un montante percibido a respecto de salarios en atraso, indemnizaciones y retribuciones derivadas de la cesación del contrato de trabajo, toda vez que no se pone en causa el principio de la dignidad humana, que se equipara, a estos efectos, al salario mínimo nacional. Disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 10 de enero de 2011.

⁴⁶⁵ EPIFÂNIO, M. R. *Manual...op.cit.*, p.110.

⁴⁶⁶PINTO DUARTE, R. «Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor», *Themis*, Almedina, Coimbra, p. 148.

⁴⁶⁷CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op.cit.*, p. 574.

siempre que tal no ponga en causa la garantía general de las obligaciones, compuesta por su patrimonio. No existiendo rentas de la masa, podrá siempre afirmarse que no es posible, por molestar en demasía los intereses de los acreedores, la atribución de dichos alimentos. Esto está en consonancia al que se prevé en el propio art. 84, que indica que el subsidio de alimentos se dará por cuenta de las rentas de la masa activa. Sin embargo, el insolvente no se torna titular de un crédito sobre la masa, como se puede constatar por la lectura del art. 51 CIRE. Estas rentas podrán ser de diversa naturaleza como, por ejemplo, rentas derivadas de contratos bancarios o aplicaciones financieras, o procedentes de alquiler de los bienes.

Cumplidos acumulativamente todos estos requisitos, compete al administrador concursal, obtenido previo acuerdo de la comisión de acreedores o, más normalmente, de la junta de acreedores, determinar el montante a atribuir. Todavía, el acuerdo de los acreedores, obligatorio, puede bloquear el derecho del insolvente, lo que permite mitigar, en la práctica, la consideración de que el administrador concursal y los acreedores se sujetan a un deber de atribución de alimentos al deudor insolvente, como afirma MENEZES LEITÃO.⁴⁶⁸ Significa esto que la doctrina se despliega, por un lado, en la consideración de esta perspectiva y, por otro, en la afirmación que los órganos de la insolvencia poseen un poder discrecional⁴⁶⁹ de conceder los alimentos ya que, en el caso de los acreedores, su acuerdo es un certificado de que no consideran sus intereses molestados. Somos de la primera opinión, es decir, observando los órganos de la insolvencia que el deudor no posee los medios necesarios para su mantenimiento básico y no pudiendo obtenerlos con su trabajo, existiendo rentas de la masa, el administrador debería, con la excepción que ya referimos, relativa a la calificación de la insolvencia como culpable, conceder, en la medida justa, los correspondientes alimentos.

La determinación de la justa medida es otra de las cuestiones que la ley no resuelve directamente. En comparación, el art. 227 CIRE, que se encuadra en las reglas relativas a la administración de la masa por el deudor (solo aplicables al deudor empresario), establece en su párrafo 2 que el deudor puede retirar de la masa activa los fondos necesarios para una vida modesta. Analizando el objetivo de fondo tanto del art. 84, como del 227.2 CIRE, concluimos

⁴⁶⁸MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito da Insolvência, op. cit.*, p.161. Este autor sustenta la idea afirmando que “la tutela alimentar del deudor (...) debe prevalecer sobre los intereses de los acreedores, so pena de si atentar contra la dignidad de la persona humana (art. 1 CRP) y el derecho de las personas a su integridad personal (art. 25 CRP)”. Traducción nuestra.

⁴⁶⁹CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op. cit.*, p. 351.

que se trata del mismo, o sea, permitir al deudor el mantenimiento de un nivel de vida mínimo, por lo que no se comprende el diferente criterio del legislador en definir lo que la norma pretende alcanzar solo en uno de los preceptos. Como nos dice EPIFÂNIO, el administrador puede fijar libremente los alimentos, de acuerdo con el “*estrictamente necesario* para la satisfacción de las necesidades básicas del insolvente y de su familia y bajo regencia del principio insuperable *nemo alitur in praeterito* (o sea, la obtención de este subsidio no constituye forma del insolvente soportar las deudas pasadas)”.⁴⁷⁰

Por último, el administrador puede, de acuerdo con el art. 84.2 CIRE, cesar la atribución de alimentos por justo motivo, como la ausencia de los criterios acumulativos que presiden a la atribución de los alimentos. La modificación de las circunstancias podrá también implicar la modificación del montante atribuido, para más o para menos, a fin de no frustrar los objetivos de este derecho, así como los propios intereses, también protegidos, de los acreedores.

2.1.2. - El art. 47 LC

En lo que respecta al régimen de alimentos previsto en la LC, el art. 47 indica menos información que la norma del CIRE, afirmando que, durante la tramitación del concurso, el *deudor persona física* (y solo este) tendrá derecho a alimentos con cargo de la masa activa, cesando cuando se inicie la liquidación de sus bienes (art. 145.2 LC).

Al revés de lo que ocurre ante la ley portuguesa podemos, desde ya, calificar la prestación de alimentos como crédito contra la masa, como se prevé en el art. 84.2.4 LC, sean los prestados al deudor, sean los prestados por el deudor a terceros (en este último caso también el CIRE lo consagra expresamente – art. 52.1.j). Sobre tal calificación, dice NANCLARES VALLE que esta puede ser discutible cuando se consideren créditos contra la masa los “intrínsecos al concurso, devengados durante el mismo y establecidos en orden a garantizar la coherencia del propio proceso concursal”, el derecho a alimentos es un extraño a la lista prevista en el art. 84. Todavía, considerándose el derecho a alimentos en la categoría más lata de “obligaciones de la masa”, podremos considerar la corrección de la redacción del precepto.⁴⁷¹

⁴⁷⁰EPIFÂNIO, M. R. *Manual...op.cit.*, p.113.

⁴⁷¹NANCLARES VALLE, J. «Artículo 47», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 537.

A la falta de precisión del artículo si opone la concreción que la doctrina hace de su contenido. DÍAZ ALABART establece que “para que tenga (*el deudor*) derecho a percibirlos (*los alimentos*) tienen que darse las circunstancias básicas que hacen surgir y pervivir el derecho de alimentos legales en general.”⁴⁷² Dichos requisitos pueden encontrarse en el CC español que, en su art. 142, nos dice que “se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, entre otros. El art. 148 impone también que los alimentos se tornen exigibles cuando la persona que a ellos tenga derecho, de ellos tenga necesidad, para subsistir. Sin embargo, ni todos son de la misma opinión, lo que lleva, por ejemplo, a ROCA i TRIÁS a afirmar que “esta interpretación no creo que deberá generalizarse, porque va a depender de las facultades que el propio deudor tenga sobre sus bienes y de la capacidad de obtención de recursos que le quede para no encontrarse en estado de necesidad”.⁴⁷³

Respecto del primer criterio, se encuentra solución directa en el art. 47.1 LC, como veremos en las cuestiones formales de atribución; el segundo, depende de la interpretación sobre el estado de necesidad observable.

Sobre la caracterización de la necesidad, GUILARTE MARTÍN-CALERO adelanta que esta se reconoce si el deudor “no puede subvenir a su propia subsistencia y a la de sus familiares más cercanos”.⁴⁷⁴ Observamos que, aunque sin una indicación expresa, ya se interpretaba el art. 47 en el sentido de incluir la familia del deudor en el cómputo del estado de necesidad, cuestión que queda definitivamente resuelta en la nueva redacción del precepto, toda vez que el proyecto de reforma de 2011, como vimos, afirma que están incluidas las necesidades del deudor, de su cónyuge y de los hijos bajo su potestad. Otra de las cuestiones que queda resuelta por el proyecto de reforma es la exigencia, específica, de la existencia de un estado de necesidad por parte del deudor.

⁴⁷²DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor e insolvencia familiar*, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 262. Itálico nuestro.

⁴⁷³ROCA i TRIÁS, E. «El concurso del deudor persona física», *Revista Jurídica de Catalunya*, Volume 103 núm. 4, ICAB, Barcelona, 2004, p. 1084.

⁴⁷⁴GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Art. 47», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 928.

Ante la actual redacción del art. 47, la doctrina podría cuestionarse sobre este requisito. CUENA CASAS afirmaba incluso que “a primera vista, el derecho de alimentos del concursado no se supedita a un eventual estado de necesidad”, acabando por concluir que, por aplicarse el criterio general del art. 148 LC, no se “diseña un concepto nuevo de derecho de alimentos”, por lo que se exigiría, aún, la manifestación de tal estado.⁴⁷⁵ En sentido contrario, DÍAZ ALABART afirma que los alimentos concursales no derivan del principio *humanitas causa*, toda vez que desaparecen con la liquidación, ya que “la única razón es la titularidad del patrimonio del concursado que le permite seguir subsistiendo a cuenta del mismo durante el tiempo en que aunque no pueda actuar libremente administrándolo y disponiendo, sigue existiendo como tal patrimonio”.⁴⁷⁶ Indicamos también la opinión de JAVIER ORDUÑA y PLAZA, que afirman que “la prestación alimenticia se justifica pues, en el hecho de garantizar al concursado su propio sustento ordinario durante la tramitación del concurso, aun cuando no se halle de una auténtica situación de necesidad”.⁴⁷⁷

La nueva redacción del art. 47 LC, al introducir específicamente el estado de necesidad, demuestra la coordinación con las reglas civiles, pareciendo resolver la discusión doctrinal sobre la naturaleza del derecho de alimentos. Esto porque el proyecto elimina también la parte relativa a la imposibilidad de recibimiento de alimentos en la fase de liquidación, por lo que los argumentos de que los alimentos no se basarían en el criterio humanitario del instituto quedarían por tierra, pasando la ley expresamente a indicar tal estado (lo que también no ocurría en el art. 1314 LEC/1881, donde solo se establecía que el juez tendría de tener en cuenta las circunstancias que, indirectamente, se referían al estado de necesidad).

Sin embargo, el art. 145.2 LC no ha sido modificado, significando que el derecho a alimentos se extingue en la fase de liquidación del proceso. La eliminación de tal referencia, en el art.

⁴⁷⁵CUENA CASAS, M. «El derecho de alimentos en el concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 68.

⁴⁷⁶DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor...* CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *op. cit.*, p. 265. también, en idéntico sentido, ÁNGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDIVÍL, J. «Art. 47», PRENDES CARRIL (dir.), *Tratado Practico Concursal- Efectos de la Declaración de Concurso*, Tomo II, *op. cit.*, p. 143, que indican que “aquí los alimentos no son, en rigor, a cargo de otra persona, sino a cargo del propio patrimonio del concursado, si bien en su condición de *patrimonio concursal*”. Subrayado en el original.

⁴⁷⁷JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J. «Derecho a alimentos», (Art. 47), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Volume I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 954. También ULL SALCEDO se pronuncia sobre esta cuestión, afirmando que, en el caso de que se interprete el art. 47 LC en el sentido de no se basar la concesión de alimentos en un estado de necesidad, se produciría, en el caso de que los bienes inembargables fueran suficientes para cubrir las necesidades esenciales del deudor y de su familia, un enriquecimiento indebido. ULL SALCEDO, M. V., *Los Costes del Nuevo Procedimiento Concursal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 98.

47, es comprensible, sin embargo, toda vez que no se trata de un requisito esencial de la concesión de alimentos, sino de su extinción, no siendo, incluso, causa única de aquella. Se comprende, por lo tanto, por motivos sistemáticos, la eliminación de tal referencia.

Como forma de caracterizar el estado de necesidad, tomando como base el Código Civil, hay que prestar atención al conjunto de necesidades básicas allí prescritas y evaluar si el concursado dispone de los medios económicos necesarios para proveer a las necesidades básicas de su familia, descritas en el art. 142 CC. En el caso de que la respuesta sea negativa, el deudor se encuentra en estado de necesidad, por lo que podrá serle arbitrada una cuantía a título de alimentos.

Pero, para que comprendamos verdaderamente la falta de medios, es necesario recurrir también a las disposiciones legales que afectan al patrimonio del deudor concursado *post* declaración de insolvencia. Esto porque, ante la redacción del art. 76.2 LC, una de las excepciones al principio de la universalidad que anima la constitución de la masa activa del concurso es precisamente el mantenimiento de la imposibilidad de embargo de los bienes que, en términos generales, se encuentran previstos en el art. 605, 606 y 607 LEC/2000. Como nos dice NANCLARES VALLE, “los artículos 605 y ss. enlazan, por tanto, con el art. 10.1 CE y son reflejo de una sensibilidad del legislador hacia la persona antes que hacia el sistema crediticio”.⁴⁷⁸ Con particular interés para esta cuestión surgen los bienes plasmados en el art. 606, que incluyen mobiliario, ropas y bienes no considerados superfluos (art. 606.1 LEC), los instrumentos de trabajo, cuando no guarden proporción con la deuda reclamada (art. 606.2 LEC) y, sobre todo, los salarios o pensiones, en las porcentajes previstas en el art. 607 LEC⁴⁷⁹, observándose que las cuantías que equivalen al salario mínimo interprofesional⁴⁸⁰, no pueden ser embargadas.

⁴⁷⁸ NANCLARES VALLE, J. «Art. 47», CORDON MORENO, F. (dir.), *Comentarios...* Tomo I, *op. cit.*, p. 539.

⁴⁷⁹ De notar que el RD 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, establece nuevas reglas relativas a la inembargabilidad de los salarios, en su art. 1, en los casos de que el precio obtenido con la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en el ámbito de una acción hipotecaria. Esta medida tiene como objetivo disponibilizar mayor renta a los sujetos afectados.

⁴⁸⁰ Indicamos que esta materia obtuvo nuevo tratamiento por el RD 3/2004 de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, que viene sustituir lo previsto en el art. 607 LEC, como apunta el art. 2.1 del indicado RD, por el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). Actualmente se aplica la D.F. 18.^a del la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos

Se puede afirmar, como lo hace la jurisprudencia, que la masa activa puede ser disminuida en estos supuestos,⁴⁸¹ es decir, el deudor, independientemente de la calificación del concurso como voluntario o necesario, con los efectos del art. 40.1 LC, conserva los poderes en relación con los bienes inembargables. Será, por lo tanto, con base en estos bienes cuya titularidad y administración el deudor conservará, que se deberá analizar el estado de necesidad. Como nos indica NANCLARES VALLE, teniendo en cuenta los factores expuestos, el deudor rellenará el concepto de estado de necesidad cuando “no perciba salario, pensiones o cualquier otra forma de retribución y cuando no pueda razonablemente percibirlos” o, aún, “cuando esos bienes inembargables no sean suficientes para asegurar la vida digna del concursado y de su familia”.⁴⁸² Contrariamente, FÉRNANDEZ CARRON afirma que

[...] el deudor persona física no quedará en la indigencia puesto que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 76.2 LC, los bienes legalmente inembargables no se integran en la masa activa del concurso, asegurándose con ello al concursado su propia subsistencia en los mismos términos que al ejecutado inmerso en una ejecución singular [...]⁴⁸³

Se puede por lo tanto plantear la pregunta sobre si los alimentos a conceder al deudor en supuestos de insolvencia son idénticos a los que se conceden al ejecutado, o si la LC añade un *plus*, es decir, se permite al insolvente que su estado de necesidad pueda incluir una cuantía superior al IPREM y a las porcentajes observadas en la LEC.

Cuando consideremos que el límite para el estado de necesidad siempre sería la cuantía equivalente a las cuantías inembargables por el art. 607 LEC, la utilidad de una previsión legal específica de alimentos en la LC, con excepción de los casos en que el deudor concursado no posea cualesquiera rentas procedentes de bienes inembargables, se pierde. Parece, por lo tanto, que la LC ofrece una protección adicional al deudor concursado (en contra el deudor ejecutado), permitiéndole, con costes para la masa, percibir alimentos que, excediendo tal valor, alcancen la cuantía considerada suficiente para cubrir las necesidades esenciales. Esto mismo puede, por ejemplo, ser observado en el AJM núm.1 Bilbao, de 24 de

Generales de Estado para el año 2011, que corresponde a la cuantía anual de 7.455,14€ o 6.390,13€ sin las pagas extraordinarias), siendo la cuantía mensual fijada en 532,51€

⁴⁸¹AAAP Madrid de 20 de diciembre de 2007 y de 28 de octubre de 2007, ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Legislación y Jurisprudencia...op. cit.*, p. 154.

⁴⁸²NANCLARES VALLE, J. «Art. 47», en CORDON MORENO, F. (dir.), *Comentarios*, Tomo I, *op. cit.*, p. 540.

⁴⁸³FÉRNANDEZ CARRON, C. *El Tratamiento...op. cit.*, p. 67.

marzo de 2009, en el que, por falta de datos concretos suministrados por la deudora y por la administración concursal, consideró el tribunal “prudente y razonable” fijar como alimentos la referencia para el año de 2009, con relación al IPREM en vigor.⁴⁸⁴ Esta locución parece indicar, por lo tanto, que se permite, por falta de claridad de la norma del art. 47 LC, que interpretemos el estado de necesidad de acuerdo con este segundo punto de vista, es decir, el estado de necesidad no se agota en el valor que referimos, sino puede observarse teniendo en atención las efectivas necesidades alegadas por el deudor y observadas (así como aceptadas) por la administración concursal.

Esto puede indicar una desigualdad material no solo entre los acreedores concursales y ejecutivos, asistiendo los primeros a una compresión adicional de sus derechos ante los segundos, como también entre el deudor concursado y ejecutado, que será beneficiado en caso de insolvencia. Podremos también añadir a la discusión que tal, siendo verdad, podría contribuir para que el deudor insolvente acudiera al proceso de insolvencia con mayor celeridad. Consideramos, todavía, que una equiparación, hecha por la jurisprudencia, entre las dos realidades legales, a fin de no crear una desigualdad evidente, podría ser favorable, aunque teniendo en cuenta la aparente apertura de la LC a una mayor beneficio del deudor concursado ante el deudor ejecutado.⁴⁸⁵

Con relación a este punto, hay que hacer otra referencia relativa a las alteraciones legales que el proyecto de reforma de 2011 tiene como propósito promover. De acuerdo con el art. 47 LC, actual redacción, no se hace referencia, como pretende el citado normativo, a la familia del deudor. Como hemos indicado, la doctrina incluye la familia del deudor en la consideración del derecho de alimentos que solicita, pero la nueva redacción viene explicitar que deberán tenerse en cuenta las necesidades del cónyuge (que, no olvidamos, puede ser también concursado⁴⁸⁶) y de los hijos bajo la potestad del deudor. Esto viene, pues, a reducir el ámbito

⁴⁸⁴BELTRÁN, E y SANCHÉZ PAREDES, M.L., *Cinco Años de Aplicación de la Ley Concursal*, op. cit., 2009, p. 352. En este caso, defendemos que el tribunal ha fijado la cuantía indicada por falta de indicación precisa de las necesidades del deudor en cuestión, no siendo de excluir la posibilidad de atribución de una cuantía superior.

⁴⁸⁵ También COLINO MEDIAVILLA se pronuncia en cuanto a este aspecto, afirmando que se debería reflexionar sobre la limitación del derecho a alimentos, imponiendo al deudor y su familia una mayor austeridad, equiparándose el concursado al ejecutado, completándose el patrimonio inembargable solo en casos de justificada necesidad. COLINO MEDIAVILLA, J.L. «Concurso de consumidor», *Convergencias y paralelismos* ..., op. cit., p. 14.

⁴⁸⁶ Por otro lado, el cónyuge del deudor puede no ser concursado y, en el caso de que el insolvente esté casado con un régimen de comunidad, podremos siempre afirmar que cuando el cónyuge no concursado pueda asegurar el sustento del insolvente y del resto de la familia directa, no se rellenará el concepto de estado de necesidad.

de interpretación dado por la doctrina al precepto, toda vez que se incluirían, para determinación del estado de necesidad, los sujetos en relación a los cuales, con anterioridad al proceso de insolvencia, el deudor ya tenía una obligación de alimentos.⁴⁸⁷ Esta cuestión, como veremos, pasa a estar sometida al art. 47.2 LC.

Por otro lado, por la nueva redacción del art. 47.1 LC, que incluye, como sabemos, los precisos términos a los que se deben atender para determinar cuáles de los elementos de la familia se contemplan, la cuestión relativa a las parejas de hecho, analizada por JAVIER ORDUÑA y PLAZA, obtiene también respuesta, toda vez que el proyecto se refiere solamente al cónyuge. Por interpretación sistemática, siendo que la ley indica, por ejemplo, que las parejas de hecho pueden solicitar conjuntamente la declaración de insolvencia (art. 25 y ss. de la nueva redacción), parece que el legislador ha retirado la posibilidad de protección del otro miembro de la pareja, no contando, como tal, su subsistencia para la determinación del estado de necesidad. Como indican los autores, la ausencia de determinación expresa de la actual redacción del art. 47 LC podría hacer que, en los casos en que las leyes autónomas expresamente lo previesen (art. 8 y 26 de la Ley 10/1998, de Catalunya y art. 6 de la Ley 18/2001 de la Comunidad de las Islas Baleares), fuesen contempladas las necesidades también de otro miembro de la pareja.⁴⁸⁸ Actualmente, como vemos, esto es posible, pero dejará de serlo con la nueva redacción de la norma.

Cumplido el presupuesto del estado de necesidad en los términos que referimos, hay que observar si *la masa activa del concurso contiene bienes suficientes* para que puedan retirarse las cuantías necesarias para dotar al deudor de los mínimos esenciales para su sustento, o para completar sus rentas hasta llegar a tal valor. El artículo 47 LC no lo indica expresamente, pero

⁴⁸⁷ÁNGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDIVÍL, J. «Art. 47», PRENDES CARRIL, P. (dir.), *Tratado Práctico Concursal...*, Tomo II, *op. cit.*, p.143. también JAVIER ORDUÑA y PLAZA, que afirman que “han de distinguirse las siguientes situaciones: alimentos a los que tiene derecho el deudor persona natural durante la tramitación del proceso (alimentos del cónyuge, hijos y descendientes y padres o ascendientes del concursado (y de modo excepcional sus hermanos), cuando no puedan procurarse alimentos de otro modo; situación que no aparece expresamente contemplada, pero que evidentemente hay que atender si se presenta en la práctica, y que, en tal caso, debe reconducirse al régimen previsto para los alimentos del concursado.” JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J., art. 47, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 953. En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, M. A, *Persona y Patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 159, en la cual la autora refiere expresamente que deberán ser garantizados los alimentos fijados por sentencia anterior al inicio del proceso de insolvencia. Por su lado, CUENA CASAS dice que “aun cuando las personas que convivan con el concursado tengan derecho de alimentos, el juez del concurso no fijará una pensión para cada uno de ellos, sino que al fijar la que corresponda al concursado, se tendrá en cuenta las personas que tiene a su cargo y que dependen económicamente de él”. CUENA CASAS, M. «El derecho de alimentos en el concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁸⁸JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J. Art. 47, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 959.

es un presupuesto esencial. Al revés de lo que ocurre en la ley portuguesa, no se exige que los alimentos sean pagados por las rentas de la masa, o sea, un *plus* en relación a los bienes embargables y embargados en favor de la masa activa, pudiendo, como vimos, por aplicación del art. 47, reducirse el *quantum* de la masa a fin de conceder el subsidio por alimentos al deudor concursado y su familia.

Esto se comprende, incluso, por la consideración de este derecho, subjetivo⁴⁸⁹, como crédito contra la masa (art. 84.2.2 LC), ya que deberá ser pagado antes de los créditos concursales, lo que lleva DIAZ ALABART a afirmar, incluso, que se trata de un crédito “privilegiado, pues pasa ante otros créditos, lo que se explica ya que el patrimonio del que salen los alimentos para el deudor es precisamente el suyo”.⁴⁹⁰ BLANQUER UBEROS también afirma, en refuerzo a esta idea, que “el deudor concursado, sin dejar de ser parte, es considerado como tercero en relación al concurso, investido de un crédito contra la masa que deberá satisfacerse a su vencimiento, cualquier que sea el estado del concurso”.⁴⁹¹ Consideramos que la preservación de los medios de sobrevivencia del concursado y de su familia, subyacente al derecho de alimentos, más importante que la protección de los derechos de los acreedores, en esta fase del proceso, justifica las referidas interpretaciones.

Sobre este aspecto, indicamos también que el juez ya no necesita observar si la masa activa es superior a la masa pasiva para que los alimentos sean concedidos, como previa el derecho derogado, situación que sería, de toda forma, extraña. Sin embargo, el proyecto introduce una nueva locución, en el art. 47.1, en la cual se indica que el derecho a percibir alimentos está condicionado al hecho de que la masa activa contenga bienes bastantes para proveer a las necesidades descritas en el presupuesto anterior.

⁴⁸⁹ÁNGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDIVÍL, J. «Art. 47», PRENDES CARRIL, P. (dir.) *Tratado Práctico Concursal...* Tomo II, *op. cit.*, p.145. Se trata de un derecho subjetivo, pero no automático, ya que se producirá observados los requisitos esenciales. Para más desarrollo, véase, por ejemplo DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor...*[CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coord.), *op. cit.*, p. 263.

⁴⁹⁰DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor...*[CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coord.), *op. cit.*, p. 265. No se usa la acepción privilegiado, todavía, en el sentido literal dado a la clasificación concursal de los créditos, como se recoge en el art. 91 LC.

⁴⁹¹BLANQUER UBEROS, R. «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *La nueva ley concursal*, Consejo General del Poder Judicial – Centro de Documentación, Madrid, 2004, p. 295.

Se observa aquí una inversión no solo de aquel que consta en la actual redacción, que nada indica en estos supuestos, sino de la anterior norma vigente: lo que se pone de relieve aquí no son los derechos de los acreedores (toda vez que en el derecho derogado indicaba que el deudor habría de percibir alimentos en caso de exceso, y solo en tal caso, de la masa), pero el derecho del deudor a recibir los alimentos, independientemente de cualesquiera referencias al pasivo existente. No nos parece, porque, como vimos, se trata de un crédito contra la masa, que la norma pueda ser interpretada en el sentido de caracterizar la existencia de bienes suficientes como aquellos que sean excedentarios en relación a la masa pasiva. Sin embargo, se trata de una disposición poco clara, a nuestro entender, sino que lo que claramente se destaca es, como referimos, la protección del concursado, por lo menos de forma indirecta. También aquí, esta prevalencia del derecho de alimentos sobre los créditos concursales puede ser mirada como una forma para acelerar la tramitación y solución de cada insolvencia, en particular, a fin de que el perjuicio de los acreedores no sea, en gran medida, visible.⁴⁹²

Como requisitos adicionales, para que el deudor perciba alimentos, la calificación de la insolvencia no puede ser culpable, o sea, el deudor no podrá relacionarse con la creación o agravamiento de la situación de insolvencia (art. 164.1 LC). Esto, como se recoge en el art. 172.2.3 LC, implica la pérdida de los derechos relativos a créditos sobre la masa que, como sabemos, incluyen los alimentos. Esta cuestión, como vimos, no es pacífica ante el régimen portugués, porque los alimentos no están incluidos en los créditos contra la masa por lo que, literalmente, la calificación como culpable no afectaría tal derecho pero, como vimos, la doctrina utiliza este resultado como requisito para la atribución/mantenimiento de los alimentos. Por otra parte, esta cuestión pierde mucho de su interés, en el derecho español, en virtud de la formación de la sección sexta, de acuerdo con el art. 163.1 LC, solo se producir después del cese del derecho de alimentos en el concurso, pudiendo en estos supuestos ponderarse su devolución.

Por último, GUTIÉRREZ GILSANZ⁴⁹³ indica requisitos adicionales, como el cumplimiento de las obligaciones del art. 165, que implican la solicitud tempestiva del concurso (art.5) y el

⁴⁹²SANTANA y SENENT afirman, por ejemplo, que “el art. 47 de la Ley Concursal establece un procedimiento para controlar el modo en el que se hace efectivo ese derecho de alimentos, de tal manera que no merme de modo injustificado la masa activa del deudor en perjuicio de sus acreedores”. SANTANA, E. y SENENT, S. «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12, Civitas, Madrid, 2007, p. 168.

⁴⁹³GUTIÉRREZ GILSANZ, J. «Art. 47», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 631 y ss.

cumplimiento de los deberes de información y colaboración en el proceso (art. 42), de modo a que los alimentos sean concedidos. Sin embargo, pensamos que el incumplimiento de estos deberes podrá ser considerado en el caso de que la insolvencia se calificada como culpable, y no de forma aislada. En el primer caso, por ejemplo, se comprometería incluso la solicitud de alimentos cuando se trata de un concurso necesario, situación que la ley no excluye expresamente.⁴⁹⁴

Cumplidos los presupuestos indicados, corresponde al deudor la solicitud de los alimentos, con la debida justificación⁴⁹⁵, dirigiéndose al órgano competente del proceso, para que la cuantía y periodicidad sean fijadas.

Como podemos observar, el art. 47.1 LC indica que, cuando el concurso se considere voluntario y, de acuerdo con el art. 40.1 LC, el régimen establecido sobre los efectos patrimoniales sea el de la intervención, la competencia para atribución de los alimentos es de la administración concursal. Cuando se trate de un concurso necesario, o por motivo aducido por el juez, se establezca la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 40.2 y 3), competará al juez, oídos el deudor y la administración concursal, la concreción del derecho de alimentos.

Como se puede observar, los acreedores, al contrario de lo que ocurre ante el régimen portugués, quedan fuera del proceso de atribución de alimentos (lo que consideramos, además, correcto, en virtud de la especial protección del concursado en estos casos). Según DÍAZ ALABART, el momento de la concesión del derecho de alimentos podrá ser el de la declaración de concurso, porque esta contiene “los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor con respecto a su patrimonio”, sin embargo de que “los alimentos deberían concederse desde el momento en que el deudor que los necesite y los

⁴⁹⁴ En este sentido, FERNANDÉZ CARRON, C. *El Tratamiento...op. cit.*, p.66.

⁴⁹⁵ Véase, sobre este punto, lo que indica CUENA CASAS en relación con la sentencia del AJM de Bilbao de 24 de marzo de 2009, en la cual, no teniendo el deudor indicado cualquiera de los datos sobre los *supra* indicados presupuestos, el juez decidió atribuir alimentos en el valor de un salario mínimo interprofesional. La autora condena, por lo tanto, el “automatismo” en la concesión de alimentos, afirmando la necesidad de plena justificación de la solicitud. CUENA CASAS, M. «El derecho de alimentos...», *ADC, op. cit.*, p.75.

solicite no pueda obtenerlos por sí mismo de su patrimonio por haber visto afectadas sus facultades respecto al mismo”.⁴⁹⁶

En lo que respecta al procedimiento, como referimos, el deudor que conserve sus facultades, dándose el régimen de intervención del art. 40.1 LC, deberá solicitar a la administración concursal que, de forma autónoma, o discrecional, fije la cantidad y periodicidad de los alimentos, basándose, como implica DÍAZ ALABART, en tres vectores fundamentales: las necesidades del alimentado, las posibilidades de la masa insolvente y los intereses de los acreedores.⁴⁹⁷ En el caso de que se trate de un concurso con limitación de las facultades, quedando el deudor sometido al régimen de sustitución (art.40.2), competirá al juez, con audiencia del propio concursado y de la administración concursal, la fijación de los elementos indicados. La ley establece también que, fijando el juez los alimentos, este puede, oídos el concursado y la administración concursal, modificar la cuantía y la periodicidad de aquellos. A pesar de no encontrarse expresamente previsto en el caso de los alimentos concedidos en concurso con intervención, creemos que es también posible a la administración concursal la modificación ponderada (o orientada por los requisitos fundamentales), de la cuantía o de los alimentos durante el proceso.

ÁNGEL YAGÜEZ. e HERNANDO MENDIVÍL, distinguen ambas situaciones, afirmando que la administración concursal acuerda sobre estos elementos, no aprueba o autoriza, y el juez “más que autorizar, *dispone* o *determina*.”⁴⁹⁸ En el caso de que el deudor o los propios acreedores no estén de acuerdo con la cuantía o periodicidad indicadas por la administración concursal, podrán suscitar un incidente concursal, previsto en el art. 192 LC.⁴⁹⁹ Por otra parte,

⁴⁹⁶DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor...*[CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIIVILLA, J.L. coord.), *op. cit.*, p. 266.

⁴⁹⁷DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor...*[CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIIVILLA, J.L. coord.), *op. cit.*, p. 268. A fin de determinar la cuantía, debe mirarse el contenido en el art. 142 CC español, para determinación de las necesidades concretas del insolvente. Sobre la periodicidad, vale el art. 148 CC español, que establece el pago anticipado, de modo que en caso de fallecimiento del deudor, o de extinción del derecho de alimentos, no sea exigible la devolución de las cuantías pagas.

⁴⁹⁸ÁNGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDIVÍL, J. «Art. 47», PRENDES CARRIL, P. (dir.) *Tratado ...*, Tomo II, *op. cit.*, p.147. Sobre este aspecto, la ley no establece la fórmula para el acuerdo de la administración concursal, afirmando JAVIER ORDUÑA y PLAZA que el deudor puede tomar, toda vez que solo se producirá intervención por parte de la administración concursal, de la masa insolvente, los bienes y cuantías esenciales para su sustento, debiendo la administración concursal convalidar o modificar tal cuantía, haciéndolo constar en acta, como consta en el art. 35.2 LC. JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J. Art. 47, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 955.

⁴⁹⁹OGANDO DELGADO, M.A. «Efectos sobre el deudor de la declaración de concurso», *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 126. Este autor establece la hipótesis de forma simple, pero NANCLARES VALLE afirma que, en caso de que se clasifique la fijación de la cuantía y

cuando sea el juez, con base en los poderes que le son concedidos, quien efectue la revisión, hay lugar a recurso de reposición, en conformidad con el art. 197.2 LC.

En lo que respecta a la concesión de alimentos, basta añadir que, a diferencia de lo que ocurre en Portugal, donde la competencia para la tramitación del derecho de alimentos fue integralmente transferida a la administración concursal (recordamos que la regla general, de acuerdo con el art. 81.1 CIRE es la de pérdida de los poderes de administración y disposición para todos los deudores), en España el legislador ha optado por seguir el principio de la seguridad jurídica, manteniendo la competencia judicial cuando el insolvente queda sometido a la sustitución procesal, que cumple al juez fiscalizar, de acuerdo con el art. 35.6 LC. Además, podremos observar que, en estos casos, tratándose de una suspensión de facultades judicialmente decretada, también la fijación de alimentos deberá operar del mismo modo.

Por último, indicamos que además de la modificación de la periodicidad y cuantía de los alimentos prestados al deudor, que puede producirse por modificación de los presupuestos que han servido de soporte (el deudor inicia un nuevo empleo que le permita alcanzar, con menor cuantía percibida a título de alimentos, las rentas suficientes para satisfacción de parte sus necesidades alimentarias – así como las de su familia, o por el hecho de que la masa activa se reduzca de forma a que no puedan mantenerse las mismas cuantías o plazos de pago, por ejemplo), el derecho a alimentos puede extinguirse. Esta extinción puede, en primer lugar, ser observada por verificación de los presupuestos generales del art. 152 CC español, que indican, en estos supuestos, la muerte del concursado, la reducción de la masa activa de tal modo que no se permita la satisfacción de las necesidades alimentarias (lo que implica que también no pueda satisfacerse los acreedores concursales) o el hecho de que el deudor consiga, de forma totalmente satisfactoria, sin necesidad de recurso a alimentos, reunir, por su trabajo, las rentas suficientes para acudir a las necesidades alimentarias abarcadas por la ley.

periodicidad de alimentos como un acto administrativo, tal quedará fuera del ámbito del incidente concursal. Por ese motivo, defendiendo la idea de HERBOSA MARTINEZ, afirma que corresponderá al juez la decisión sobre la revisión efectuada por la administración concursal. NANCLARES VALLE, J. «Art. 47», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 543 y *apud* la obra citada, HERBOSA MARTÍNEZ, I. «Los efectos del concurso en la ley concursal», *La Ley*, núm. 5992, Madrid, 2004, p. 6, disponible en www.diariolaley.laley.es consultado por última vez el 9 de octubre de 2010.

En segundo lugar, podemos poner de relieve la apertura de la fase de liquidación (si existir), que, según el art. 145.2 LC, implica la extinción del derecho a alimentos del deudor y de sus alimentados. Esto se justifica, como afirma NANCLARES VALLE, por el hecho de que “en la fase de liquidación, el patrimonio concursal se distancia de su titular, para quien se convierte en inaccesible no sólo a efectos de gestión, sino que a efectos de percepción alimenticia”.⁵⁰⁰ En este caso, mismo con la articulación entre los art. 145.2 y 147 LC (que determina la aplicación de las normas del Título III que no se opongan a los trámites liquidatarios), que parece implicar solo la extinción del derecho a alimentos del concursado, parece ser de extender la extinción a todos, una vez que los alimentados siempre podrán recurrir a las personas presentes en el art. 144 CC español⁵⁰¹.

Indicamos también que, ante las diferentes opciones que la ley portuguesa establece a efectos de concurso de consumidor, la liquidación no se contempla como causa de extinción de los alimentos, solución que consideramos adecuada, por lo que se puede afirmar que estos cesan con la conclusión del proceso, en el caso de que, como afirma MARTINS “no sea justificable, sea porque el deudor no necesita o porque no lo merece, sea por incapacidad sobrevenida de la masa en soportar tal encargo o por decisión de la administración concursal”.⁵⁰² Recordamos que el administrador puede, por *justo motivo*, alterar los derechos alimentarios del deudor, sea porque este puede obtener por su trabajo los montantes necesarios a su mantenimiento, sea por calificación culpable de la insolvencia o por extinción de las rentas de la masa, que aseguran el pago de alimentos. Sin embargo, la vocación de rapidez de los procedimientos propios del deudor consumidor persona física, en Portugal, vuelve menos acuciante la cuestión del derecho de alimentos, por la menor extensión temporal del proceso (como en el caso de plan de pagos aprobado, que no permite siquiera plantear la cuestión de los alimentos, toda vez que, como afirmamos diferentes veces, el proceso cierra de pronto – art. 259.1 CIRE). Por otro lado, cuando el proceso se prolongue, como ocurre con la liquidación, siempre que la masa activa produzca su *plus*, que permite el pago de alimentos, los derechos de los acreedores no se perjudican, sino indirectamente, quedando la totalidad del patrimonio del insolvente como garantía general de pago.

⁵⁰⁰ NANCLARES VALLE, J. «Art. 47», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 548.

⁵⁰¹ Véase, para mayor desarrollo sobre esta materia, DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor...*[CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coord.], *op. cit.*, p. 289, donde la autora afirma que la mayor parte de la doctrina se inclina para la extensión de la regla a todos los alimentados, toda vez que el derecho de los acreedores concursales, en la liquidación, carece de mayor atención que el derecho del concursado y sus alimentantes. En el mismo sentido, véase CUENA, M. «El derecho de alimentos...», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, *op. cit.*, pp.105-106.

⁵⁰² MARTINS, L.M. *Processo de Insolvência...* *op. cit.*, p. 228.

Por su parte, JAVIER ORDUÑA y PLAZA añaden también, como causas de extinción, la conclusión del concurso (art. 176 LC) y, en caso de aprobación de un convenio, los alimentos podrán continuar hasta el auto firme sobre su cumplimiento, sin perjuicio de que se haga una modificación de su cuantía y periodicidad en las propias reglas establecidas en el convenio, o su extinción en virtud de su aprobación.⁵⁰³

Por último, puede discutirse si la calificación de insolvencia como culpable provoca la extinción del derecho a alimentos. El art. 172.2.3 LC afirma que el concursado perderá los derechos cuanto a los créditos sobre la masa, cuando su insolvencia sea culpable, lo que, por interpretación literal del precepto, parece indicar la extinción por esta vía, siempre que, como indica DÍAZ ALABART, la sentencia de calificación “fije la sanción de pérdida de ese derecho”.⁵⁰⁴ Este artículo implica también la restitución de las cuantías percibidas, así como la necesidad de indemnización por daños y perjuicios lo que, como vemos, constituye una sanción importante para el deudor que ha tenido, durante el proceso, una efectiva necesidad alimentaria.

En el caso de la ley española, nos parece que el tenor literal de la norma no deja margen para dudas. Tratándose de un crédito contra la masa (lo que no ocurre en Portugal, por lo que no podemos defender la misma solución), el deudor insolvente culpable será abarcado de plena forma en el art. 172.2.3 LC, por lo que este efecto provoca una responsabilidad patrimonial que no es irrelevante.

A modo de conclusión, ante los dos regímenes analizados, observamos que los requisitos para obtener los alimentos son más complejos de cumplir, especialmente en virtud de se encontraren sometidos a la existencia de rentas, en Portugal, que en España, donde puede observarse, incluso, la compresión de los derechos de los acreedores concursales en virtud de

⁵⁰³JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J. Art. 47, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 957. En este sentido, CUENA CASAS, M. «El derecho de alimentos...», *ADC*, *op. cit.*, p.105.

⁵⁰⁴DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor...* [CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coord.), *op. cit.*, p. 286. En sentido contrario, por ejemplo, véase GUILARTE SANCHÉZ CALERO, C. SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios...* Tomo III, *op. cit.*, p. 2570. Por su parte, GARCÍA-CRUCES afirma que “la administración concursal podrá negar la realización de cualquier derecho que pueda asistir a los afectados por la declaración”. GARCIA-CRUCES, J.A. «Sentencia de calificación», (art. 172), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 2591.

la disminución de la masa insolvente, así como el hecho de la aprobación se encontrar sujeta a la aprobación de los acreedores. Como ventajas, puede indicarse el hecho de que los alimentos perduran hasta la conclusión del proceso, lo que no ocurre en España. Pensamos, sin embargo, que esta es la única desventaja que se subraya del régimen español, una vez que los requisitos son más sencillos y, en el caso de que sea necesario, el juez (y no la administración concursal), podrá intervenir, a título primario o secundario, en la fijación de los alimentos, lo que ofrece mayor seguridad en el proceso.

2.2 – Los alimentos concedidos por el deudor

Hemos observado, por lo menos ante el régimen trazado por la LC, que parte del problema de los alimentos a conceder por el deudor se encuentra resuelto, toda vez que las obligaciones alimentarias de la familia directa del deudor concursado están cubiertas por la cuantía fijada a título de alimentos, en el proceso. La nueva redacción del art. 47.1 LC establece expresamente los familiares a tener en cuenta. En el CIRE, a pesar de la diferencia de redacción que notamos, la doctrina afirma también que dichas necesidades familiares están cubiertas por los derechos a atribuir al insolvente. MARTINS afirma que “cuando evalúa la necesidad del deudor (...), la administración concursal podrá atender también a las personas que aquel tenga a su cargo – como, por ejemplo, menores o mayores dependientes – que, en buen rigor, de él dependen para subsistir”.⁵⁰⁵ Parece, por lo tanto, resuelta la cuestión familiar en torno de los alimentos que favorecen no solo el deudor, como la familia directa.

Cuestión distinta es aquella que se plantea cuanto a las obligaciones alimentarias del concursado a favor de otros sujetos que no se incluyan en su círculo familiar directo, como indicadas en el art. 47.2 LC y 93 CIRE. Dichas obligaciones remiten, respectivamente, al título I del Libro IV de la LEC (acciones sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores)⁵⁰⁶ y para el art. 2009 del CC portugués.

⁵⁰⁵MARTINS, L.M. *Processo de Insolvência...op. cit.*, p. 227. Traducción nuestra. El mismo autor establece que estas son las obligaciones especiales de alimentos, o deber de sustentación, como se prevé en los art. 1878 y 1879 CC portugués, así como los art. 1675.1, 1676 y 1874.2 del mismo Código. En este sentido MENEZES LEITÃO, que afirma incluso que en caso de que no se haga tal interpretación, el art. 84 sería inconstitucional, por violación del principio de la dignidad humana y del derecho a la integridad personal (art. 1 y 25 CRP, respectivamente). MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito...op. cit.*, p. 162.

⁵⁰⁶Como indica DÍAZ ALABART, son abarcados los casos de declaración de incapacidad, de filiación y de alimentos derivados de divorcio o separación, a conceder al ex cónyuge y a los respectivos hijos. DÍAZ

En cuanto a estos supuestos, podremos afirmar que la LC ha optado, en nuestro entender, bien, por reunir en la misma norma, la globalidad de los aspectos atinentes a los alimentos, a diferencia de lo que ocurre en el CIRE, donde las materias son tratadas por separado. Y afirmamos nuestra concordancia con el régimen español toda vez que, aunque tratándose de materias con objetivos distintos, materialmente tienen impacto en la masa activa, por lo que hace sentido la unión de las mismas, no obstante el diferente tratamiento procesal.

En lo que respecta a la LC, el art. 47.2, así como el párrafo 3, establecen que la satisfacción de los alimentos a prestar por el concursado en virtud de sentencias procedentes de las acciones arriba referidas cumple a la masa activa. La doctrina afirma, sin embargo, que el párrafo 2 dice respecto a sentencias fijadas después de declaración de insolvencia y, el tercero a obligaciones previamente fijadas, tanto judicial, como voluntariamente,⁵⁰⁷ toda vez que la redacción de la LC no es explícita.

Sin embargo, a fin de cuidarse de los intereses de los acreedores concursales (porque se tratan de créditos sobre la masa, como indicado en el art. 84.2.4 LC⁵⁰⁸), los créditos nacidos en estos supuestos solo podrán ser exigidos en el proceso concursal, bajo autorización del juez, que establecerá en auto su cuantía y periodicidad, cuando no puedan ser exigidos a otras personas legalmente obligadas a prestarlos (como se puede ver en los art. 143 y ss. del CC español), criterio que se aplica tanto a las obligaciones que hayan nacido previa o posteriormente a la declaración de insolvencia, ya que al juez concursal corresponde la última palabra sobre cuantía y periodicidad.

ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor...* [CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coord.], *op. cit.*, p. 276.

⁵⁰⁷DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor...* [CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coord.], *op. cit.*, p. 278 y ss; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDIVÍL, J. «Art. 47», PRENDES CARRIL, P. (dir.), *Tratado Practico Concursal*, Tomo II, *op. cit.*, p.152 y ss. NANCLARES VALLE, por su parte, afirma que estas obligaciones preconcursales deberían ser atendidas en la determinación de los alimentos del concursado. NANCLARES VALLE, J. «Art. 47», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 545, así como, en sentido contrario al afirmado, en la página 547, que los alimentos fijados por negocio jurídico quedan desprotegidos por la ley.

⁵⁰⁸De la lectura de este art. quedan excluidos los créditos procedentes de alimentos fijados con anterioridad al concurso, lo que condujo la doctrina a afirmar que los art. 47.3 y 84.2.4 LC no son excluyentes, pero dicen respecto al control que el juez puede ejercer en su determinación. Sobre este punto, NANCLARES VALLE, J. «Art. 47», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 546 y ss.

El proyecto de reforma de 2011, por su parte, viene a introducir alteraciones en esta materia, creando un único párrafo, el segundo, en el que establece que “las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos”, podrán exigirlos de la masa activa en el caso de que no puedan obtenerlos de los restantes obligados, cabiendo al juez del concurso la decisión sobre su proveniencia y cuantía.

Nos parece que este es el requisito principal, que se despliega de la actual redacción de la norma y que abarca todas las situaciones susceptibles de cumplir el concepto de obligaciones alimentarias legales. Lo afirmamos, por cuanto la nueva redacción deja de indicar expresamente la necesidad de una sentencia, pasando a hablar en “derecho legal de alimentos”, y porque se identifica en particular la situación en la cual las obligaciones de alimentos impuestas al concursado, por resoluciones judiciales anteriores a la declaración de concurso, son satisfechas como créditos contra la masa, de acuerdo con cuantía fijada por el juez, teniendo posibilidad de reclamar el exceso como crédito ordinario, en concurrencia con los restantes acreedores. La cuestión que podremos plantear es la de saber si la preexistencia de una sentencia de fijación de alimentos es criterio de atribución automática de un crédito contra la masa o si, por otro lado, tendrá que pasar por la criba general de la imposibilidad de demanda de alimentos a otros legalmente obligados.

Consideramos que la mejor interpretación será la última, es decir, el legislador no ha deseado atribuir una prevalencia a los acreedores alimenticios que, con anterioridad a la declaración de insolvencia, han obtenido el derecho de ser pagados por el patrimonio del deudor que, en determinada fecha, no presentaba dificultades económicas. Además, en términos de igualdad entre los alimentados, ante una situación de deficiencia patrimonial del alimentante, sería extraña cualquier atribución de una preferencia a una de dos situaciones materialmente idénticas. Lo que el legislador pretendió fue, en caso de existencia anterior de derechos alimentarios fijados contra el concursado, que no puedan ser obtenidos, en virtud de su insuficiencia patrimonial actual, contra los otros obligados, diferenciar el papel del juez. En la primera situación, de la demanda contemporánea al proceso de insolvencia, el juez tiene plenos poderes para fijar la cuantía de los alimentos; en el segundo caso, el juez posee poderes para disminuir la cuantía (que podría ser superior, en virtud de la inexistencia de la situación de insolvencia), siendo la diferencia, por lo tanto, abonada como crédito ordinario. Pensamos, por eso, que el criterio de la nueva redacción del art. 47.2 se aplica a todas las situaciones derivadas de la demanda de alimentos contra el concursado, previas o posteriores al concurso,

debiendo evaluarse si los otros obligados legalmente pueden o no cumplir la obligación alimentaria.

Por su turno, el art. 93 CIRE indica que el derecho a exigir alimentos del insolvente, correspondiente al período posterior a la declaración de insolvencia, solo subsiste cuando ninguna de las personas referidas en el art. 2009 CC portugués⁵⁰⁹ estuviera en condiciones de prestarlos. En el caso de que se admita, el juez, a semejanza de lo que ocurre en España, fijará su montante. Indicamos aun que, de acuerdo con el art. 51.1.j) CIRE, estos créditos son considerados como créditos contra la masa, lo que no ocurre con los alimentos del concursado, que no son calificados como créditos. Hay que señalar también que, en estas circunstancias, los alimentos no son impagados por las rentas de la masa, sino directamente por los bienes. Estas reglas pueden comprenderse, toda vez que la propia ley civil establece normas relativas a la lista de responsables legales por el pago de dichas obligaciones, basándose en las posibilidades financieras de cada una en el momento de generación de la obligación alimentaria, en comparación con los derechos de los acreedores comunes en el proceso de insolvencia. Como sabemos, estos créditos no se extinguen con la liquidación de los bienes del concursado, lo que lleva a MARTINS a afirmar, a respecto de la liquidación en sentido amplio, que, en la fase de pago a los acreedores, “el acreedor recibe solamente la diferencia entre el valor del crédito detenido, y el recibido a título de alimentos.”⁵¹⁰

2.3 - La clasificación de los créditos por deudas alimentarias

Situación distinta es la que ocurre cuando el deudor concursado ha incumplido el pago las obligaciones alimentares previas, como afirma CUENA CASAS.⁵¹¹ A pesar de no tratarse de un efecto eventual de la insolvencia, este problema se destaca en virtud de las diferentes soluciones dadas por ambos ordenamientos.

⁵⁰⁹En este artículo están incluidos el cónyuge o ex cónyuge, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, los tíos, durante la minoridad del alimentado, y el padrastro y la madrastra, ante enteados menores.

⁵¹⁰MARTINS, L.M. *Processo de Insolvência...op. cit.*, p. 228. Esto porque, como afirma el autor, toda vez que los alimentos son pagos basándose en las rentas de la masa, estos no pueden exceder el crédito detenido por el deudor.

⁵¹¹CUENA CASAS, M. «El derecho de alimentos...», *ADC, op. cit.*, p.97.

La curiosidad mayor sobre tal incumplimiento resulta, como referimos, de la distinta clasificación que el ordenamiento jurídico español y portugués hacen de dichos créditos.

Empezando por la LC, verificamos que, de acuerdo con el art. 84.4 LC, se consideran como créditos contra la masa “los de alimentos del deudor y de las personas respecto las cuales tuviera el deber legal de prestarlos”. Como se puede leer en el art. 154 LC, los créditos contra la masa serán impagados con anterioridad a los créditos concursales, ofreciéndose, en este caso concreto, especial protección al deudor y a sus alimentados, aunque los referidos créditos se hayan constituido previamente al proceso concursal.

Por el contrario, en el CIRE, solo se consideran créditos contra la masa, los créditos por alimentos prestados posteriormente al inicio del proceso concursal (artículo 51.1.j) CIRE), considerándose los restantes como créditos concursales. Mirando a los art. 47.4.b), 48 a) y 49.1 CIRE podremos concluir que las obligaciones alimentarias debidas por el deudor concursado anteriores al inicio del proceso podrán encuadrarse en la clasificación de créditos subordinados, tratándose los acreedores de personas especialmente relacionadas con el concursado.

La consagración de esta categoría de los acreedores subordinados, prevista también en la LC, en su art. 93, adviene, como afirma ÁVILA DE LA TORRE, de la trasposición de la *equitable subordination* prevista en el derecho estadounidense que, en vez de la mayor flexibilidad demostrada en aquel ordenamiento (toda vez que no es un efecto automático, sino aplicable caso a caso) demuestra mayor rigidez, siendo que se establece, en ambos ordenamientos, una lista fija de acreedores subordinados. Nos dice el autor, la inclusión de las personas especialmente relacionadas deriva de “una proximidad familiar (...)” por lo que “puedan ser susceptibles de estar mejor informados, mejor conocedores de la situación de la situación del concursado o, lo que es más importante, ejercer un grado de control sobre lo mismo”.⁵¹² Sin embargo, en el caso especial de derecho de alimentos, el crédito no deriva de ninguna situación de especial control, toda vez que las obligaciones que subyacen a la constitución del crédito no están en la disponibilidad de las partes, sino derivan de derechos civiles respecto a

⁵¹²ÁVILA DE LA TORRE, A. «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 443. Para mayor desarrollo sobre la perspectiva americana, SERRANO GOMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. A. y ORTEGA DÓMENECH, J. «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 47 y ss.

las necesidades básicas derivadas de relaciones familiares, delimitadas por reglas estrictas. Esto significa que la posibilidad de obtener un beneficio injustificado, que es lo que la ley pretende evitar, perjudicándose los restantes acreedores, es mínimo.⁵¹³

La doctrina portuguesa afirma que el art. 48 CIRE establece presunciones *iuris et de iure*⁵¹⁴, lo que impide los acreedores, siempre que sean personas especialmente relacionadas con el deudor, de apartarse de la clasificación acreedores subordinados. Todavía, el art. 47.4.b) CIRE nos ofrece una solución alternativa, en vez de lo que ocurre con la LC, al indicarse que se exceptúan de la clasificación de subordinados aquellos créditos que beneficien de privilegios, especiales o generales, o hipotecas legales que no se extingan con la declaración de insolvencia, pasando, por lo tal, a ser considerados créditos privilegiados (en la acepción de la LC).

Con relación a esta posibilidad, sabemos que el CC portugués establece, en su art. 705 d), que el acreedor por alimentos posee, a su favor, una hipoteca legal. Además, los párrafos b) y c) del art. 737 CC portugués establecen un privilegio general sobre los bienes muebles para los créditos por gastos con enfermedades del deudor o de personas a que este esté obligado a prestar alimentos, en los últimos seis meses, así como los créditos por gastos indispensables con el sustento del deudor y de las personas a esté obligado a prestar alimentos, también en los últimos seis meses. Significa esto que, todos los que detengan créditos sobre el deudor por satisfacción de los gastos que aquél debería asumir, son agraciados con un privilegio, como ocurre con los previstos en el art. 2009 CC portugués y que, como sabemos, podrán ocupar la categoría de acreedores subordinados, a pesar de que no derive tal privilegio directamente del incumplimiento de la prestación alimentaria.

⁵¹³ Sobre este aspecto, ALONSO LEDESMA ante la rigidez normativa, afirma que no es la relación de sangre que transforma la persona en conocedor de la situación financiera del concursado, no siendo proporcionado sancionar los familiares y no los que guarden una relación de estrecha amistad con el deudor y que puedan tener iguales o mayores conocimientos. ALONSO LEDESMA, C. «Artículo 93», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 932. En desarrollo de este punto, YZQUIERDO TOLSADA, M. «¿Créditos intrínsecamente perversos? Apuntes acerca de los créditos subordinados que ostentan las personas cercanas al concursado», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 444 y ss.

⁵¹⁴ CARVALHO FERNANDES, L. y LABAREDA, J., *Código...*, *op. cit.*, p. 232 y MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito...op. cit.*, p. 104. En sentido contrario, RAPOSO SUBTIL, A. [et al], *Código da Insolvência...op. cit.*, p. 138, en la cual afirman que pueden las personas especialmente relacionadas con el deudor probar que no han actuado “de forma a perjudicar los restantes acreedores”.

Ante lo expuesto, observamos que, aparentemente, quedarían protegidos estos acreedores. Sin embargo, una lectura más atenta del art. 97 CIRE, que establece los efectos sobre los créditos, permítenos cambiar esta idea. En el párrafo e) del indicado artículo, se prevé la extinción de las garantías reales sobre bienes integrantes en la masa activa que sean accesorias de créditos subordinados, como es el caso de la referida hipoteca legal. Por lo tanto, no puede aplicarse la excepción del art. 49.4.b) CIRE, quedando los acreedores alimentarios con la categoría de acreedores subordinados. En lo que respecta a los acreedores *indirectamente* alimentarios, como referimos arriba, cuando se traten de personas especialmente relacionadas con el concursado, no perderán derecho al privilegio indicado, devengando acreedores privilegiados en aquellos términos, como prevé el art. 49.4. a) CIRE.

No somos, obviamente, de acuerdo con esta solución. No hará sentido que la ley civil conceda tal privilegio, teniendo en cuenta la particular naturaleza de los créditos por alimentos, para que la legislación concursal la retire. Sabemos que el legislador ha optado por no distinguir las diferentes categorías de acreedores subordinados, no creando siquiera criterios materiales para la discusión casuística de la subordinación. Pero partiendo del principio de que los acreedores subordinados merecen tal calificación en virtud de su especial relación con el concursado ser perjudicial a los restantes acreedores, verificamos que no existe *animus* perjudicial en estos supuestos, por lo que nos parece negativa la solución legal a que llegamos en Portugal, siendo más equilibrada la solución española.

3 - La calificación del concurso

3.1 - Ámbito de aplicación

El título VI de la LC, así como el título VIII del CIRE, están dedicados a las reglas jurídicas aplicables a la calificación del concurso, definiendo un conjunto de reglas procesales y sustanciales cuyo propósito es determinar, en cada proceso, si el deudor, representantes legales o administradores (así como los cómplices, como veremos) han contribuido de forma directa o indirecta, culpable o no, a la creación o agravamiento de su estado de insolvencia. Tratamos de un procedimiento de la mayor importancia, presente en la LC española y en el CIRE portugués, que nos plantea algunos problemas relativos a los deudores que pretendemos analizar, concretamente en relación con las presunciones establecidas en los art. 164.2 y 165

LC y 186 CIRE.⁵¹⁵ Esto porque, dada la especificidad de la materia, analizaremos par a par los preceptos tanto de la ley española, como de la portuguesa.

⁵¹⁵ El art. 164 LC establece que:

“1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho. 2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: [...] 2 - Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos. 3 - Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado. 4- Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. 5 - Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. 6 - Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. [...]

El artículo 165 LC establece que:

“Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1. Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
2. Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores. [...]

El art. 186 CIRE establece que:

“1 - A insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

2 - Considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de facto, tenham:

- a) Destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor;
 - b) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas; [...]
 - i) Incumplido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.º [...]
- 4 - O disposto nos n.º 2 e 3 é aplicável, com as necessárias adaptações, à actuação de pessoa singular insolvente e seus administradores, onde a isso não se opuser a diversidade das situações.
- 5 - Se a pessoa singular insolvente não estiver obrigada a apresentar-se à insolvência, esta não será considerada culposa em virtude da mera omissão ou retardamento na apresentação, ainda que determinante de um agravamento da situação económica do insolvente.”

La calificación del concurso, cuya apertura es determinada por el art. 163 LC y por el 36 i) CIRE, tiene objetivos acentuados. En primero lugar, la protección de intereses generales, o sea, “superiores o más amplios que los meros derechos de los acreedores”⁵¹⁶. Se tratan de intereses públicos, en una primera instancia, que pueden sintetizarse en la protección de la seguridad del tráfico jurídico-económico, en lo que respecta a las insolvencias de empresas⁵¹⁷; en las circunstancias que nos ocupan, el impacto del concurso es limitado, no solo en virtud de la mayor rareza de procesos, sino de los efectos de una calificación culpable, como veremos (acordamos que en el caso portugués, todos los deudores que pretendan obtener un plan de pagos no se sujetan, según el art. 259 CIRE, a la calificación del concurso). Por otra parte, el hecho de que el legislador haya dibujado el mecanismo de la calificación del concurso tomando en consideración, esencialmente, el deudor empresario, hace que, en generalidad, la calificación del concurso de consumidores alcance un menor impacto, en virtud de que los requisitos necesarios son aplicables o no se observan, muchas veces, en este tipo de concursos.

Como elementos generales del instituto, la calificación tiene, indudablemente, dos vertientes identificables: la preventiva y la sancionadora. La primera se manifiesta en el hecho de que los efectos derivados de una calificación culpable permiten instituir una cultura jurídica de *diligencia* no solo anterior, como a lo largo del proceso, toda vez que los deudores pretenderán evitar dichos efectos. Más importante, específicamente en Portugal, y en lo que respecta a la insolvencia de consumidores, es que la calificación del concurso como culpable implica la cesación de la exoneración del pasivo restante eventualmente concedida, como se prevé en el art. 243.1.c) CIRE, configurando, a nuestro entender, junto con la inhabilitación, el efecto más pernicioso derivado de la calificación culpable.

Por otra parte, los efectos de la calificación constituyen *sanciones civiles* (art. 172 LC⁵¹⁸ y 189 CIRE⁵¹⁹) por cuanto imponen a las personas afectadas por la calificación restricciones

⁵¹⁶VELA TORRES, P-J.: «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, Ed. La Ley, Madrid, 2005, p. 90.

⁵¹⁷Se dice, en el Ac. TC núm. 564/07, que “el funcionamiento eficiente de los mercados, la equilibrada competencia entre las empresas, la práctica de actos lesivos del interés general y la seguridad del tráfico jurídico en general, justifican ampliamente una inhabilitación temporalmente establecida por el juez.” Disponible en www.tribunalconstitucional.pt, consultado por última vez el 10 de enero de 2011.

⁵¹⁸ “1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.

extraordinarias a su capacidad civil de ejercicio (a través de la inhabilitación) o la pérdida de derechos. Pero dichas consideraciones siempre habrán de mitigarse, toda vez que la calificación se distingue y es independiente de un proceso penal basado en los mismos hechos, como indica el art. 163.2 LC y el art. 185 CIRE – la calificación civil no vincula en el ámbito del proceso penal.

Así, intentaremos trazar el camino por lo cual un deudor persona natural consumidora debe moverse por las reglas que sustentan la calificación, pudiéndose desde pronto excluir determinados concursos. En lo que respecta a la LC, nos dice el art. 167.1 LC que la sección sexta que implica, de acuerdo con el art. 183.6 LC, la apertura de la fase relativa a la calificación del concurso, será abierta en la misma resolución judicial que, de acuerdo con el art. 163.1 LC, apruebe un convenio en el cual se establezca, para todas las clases de acreedores, o algunas de ellas, una quita superior a un tercio del importe de los créditos o una espera superior a tres años o, por otro lado, que implique la apertura de la liquidación (párrafos 1 e 2 del indicado artículo, respectivamente). Esto significa que, cuando el convenio no manifiesta dichas características, no habrá lugar a la sección sexta y, consecuentemente, a la calificación concursal.

2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

1. La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. [...]
2. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.
3. La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.”

⁵¹⁹ “1 - A sentença qualifica a insolvência como culposa ou como fortuita.

2- Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve:

- a) Identificar as pessoas afectadas pela qualificação;
- b) Decretar a inabilitação das pessoas afectadas por um período de 2 a 10 anos;
- c) Declarar essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa;
- d) Determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

3 - A inibição para o exercício do comércio tal como a inabilitação são officiosamente registadas na Conservatória do Registo Civil, e bem assim, quando a pessoa afectada fosse comerciante em nome individual, na conservatória do registo comercial, com base em certidão da sentença remetida pela secretaria.”

Esta misma idea fue, por lo tanto, plasmada en la nueva redacción dada al art. 167, por el proyecto de reforma de 2011, en lo cual se pasa a leer que “la formación de la sección sexta se ordenará en la misma sentencia judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación de acuerdo con las reglas legales supletorias”. Sin embargo, se plasma también que por excepción a las reglas antes descritas, no habrá lugar a calificación del concurso siempre que se apruebe un convenio anticipado en lo cual se establezca, para todos los acreedores o para una o diferentes clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo en caso de incumplimiento.

Significa esto que, tratándose de un concurso de consumidores, todos los que alcancen un convenio anticipado con aquellas características (señal de diligencia del deudor en la apertura del proceso, normalmente), no están sujetos a la calificación de la insolvencia. Todos los restantes casos, que terminen con liquidación o con convenio solicitado sin anticipación, en vez de lo que ocurría ante la actual redacción del art. 167.1 LC, se someterán a la sección sexta.

En Portugal, por su parte, la apertura del incidente de calificación de insolvencia se recoge en el art. 36 i) CIRE, abriéndose el incidente en la sentencia que declara la insolvencia. Este incidente, de acuerdo con tal artículo, puede ser pleno o limitado. Pleno, en cuando el proceso sigue sus trámites normales; limitado, cuando el proceso cierre anticipadamente por no existir bienes suficientes en la masa activa (según los art. 39.1 y 191 CIRE), lo que implica una sentencia simplificada.

Diferente es, sin embargo, lo previsto en el art. 259.1 CIRE, que nos dice que, aprobándose un plan de pagos, no hay lugar a incidente de calificación, diferentemente de lo que ocurre cuando la masa activa es insuficiente. Se comprende la diferencia, toda vez que, en la primera situación, son tutelados los derechos de los acreedores, mientras que, en la segunda, estos quedarán plenamente lesionados, porque no se cumple el propósito del proceso concursal. Vemos, así, en síntesis, que, el incidente procede cuando el proceso continúa para la liquidación (art. 172 y ss. CIRE) o para la exoneración del pasivo restante (art. 235 y ss. CIRE), las dos hipótesis sobrantes.

De esta forma, la calificación de la insolvencia tiene particular incidencia en los concursos que no terminen con una negociación breve entre acreedores y deudor, que permita rápidamente alcanzar una solución en el proceso, o sea, en todos los que impliquen una negociación más demorada o la liquidación. Consideramos que determinar si la insolvencia fue creada o agravada por el deudor, en virtud de un comportamiento doloso o no diligente, ambos reprobables legalmente, es importante, para la ley, siempre que de tal actuación provenga perjuicio para los acreedores, u otros intereses protegidos en el proceso. Se ha utilizado, por lo tanto, una medida para determinar cuales són los concursos excluidos de tal análisis, de modo a evitar el prolongamiento excesivo de la propia tramitación procesal. Es una solución válida y que aplaudimos, a fin de agilizar el proceso, disminuir los costes y también la carga negativa asociada a la declaración concursal.

3.2 - Criterios sustantivos de calificación

3.2.1- El criterio general de calificación

Los artículos 164 y 165 LC, así como el art. 186 CIRE, constituyen el punto de partida para que se pueda determinar, con toda la precisión exigida por un proceso de naturaleza sancionatoria, que tipo de concurso ha ocurrido: culpable o fortuito (art. 163.1 LC por la nueva redacción dada por el proyecto de reforma – 163.2 por la anterior)⁵²⁰. Las diferentes consecuencias para el concursado, tanto personales como patrimoniales, así como su gravedad, llevan a que la certeza y seguridad jurídicas siempre estén presentes en el espíritu del juez que hace la calificación – igual que en la configuración legal que los indicados artículos nos presentan, a que no fue ajena la inclusión de muchas de las previsiones legales del derecho derogado, concretamente en el caso español.⁵²¹

⁵²⁰Superándose así la anterior tripartición entre insolvencia culpable, fortuita e fraudulenta presente en los artículos art. 1007 y ss. C.Com 1829, ahora derogados, unificándose bajo el concepto de concurso culpable los anteriores supuestos de quiebra culpable/fraudulenta.

⁵²¹En el CPEREF no existía cualquier calificación de la insolvencia, pero en el CPC/1961 se hacía también la tripartición entre falencia casual o culpable/fraudulenta (art. 1254 y ss.), pero con la diferencia de que la sanción sería el cumplimiento de pena de prisión. De este modo, la introducción, en el CIRE, de este instituto (o reintroducción), es encarada con propósitos distintos y con distintas consecuencias, a que no es ajena la inspiración en el régimen español de la LC, toda vez que las sanciones civiles serán más atenuadas.

Hay que, en primero lugar, buscar un *criterio general de calificación culpable*⁵²² o un presupuesto de fondo⁵²³. Este se presenta en el artículo 164.1 LC, que establece que “el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales (...)”. Actualmente, con la redacción dada por el proyecto de reforma de 2011, los efectos se han extendido a los apoderados generales pero, más importante, fue establecida, a semejanza de lo que ocurría en el CIRE, una ventana temporal que abarca todos los sujetos previstos en la ley que, con esas características, hayan cooperado con el deudor en los dos años anteriores a la declaración de insolvencia (tres años en Portugal, art. 186.1 CIRE).

Por su parte, el art. 186.1 CIRE establece, de forma muy equiparada, que “la insolvencia es culpable cuando la situación haya sido creada o agravada por consecuencia de la actuación, dolosa o con culpa grave, del deudor, o de sus administradores, de derecho o de hecho, en los tres años anteriores al inicio del proceso de insolvencia”.⁵²⁴

Se observa, por lo tanto, que en ambos ordenamientos, el criterio general de calificación, la medida que separa la línea entre la insolvencia fortuita de la culpable, es el establecimiento de un nexo de causalidad entre el comportamiento del deudor y la creación o agravamiento de la insolvencia – en el caso de que dicho comportamiento sea animado por dolo o por culpa grave, la insolvencia se considerará como culpable.

En segundo lugar, hay que relacionar el criterio general ahora plasmado con las reglas explicitadas por los artículos 164.2 y 165 LC, así como en el art. 186.2 CIRE, en el sentido de determinar si la regla general si encuentra aquí subyacente y, por último, determinar si estamos en la presencia de presunciones legales y, estando, de que tipo son. Esto porque el legislador, en aras de seguridad jurídica y a fin de facilitar la comprobación de comportamientos ilícitos por parte del deudor, ha establecido un conjunto de normas donde se describen actos específicos que permiten la calificación de la insolvencia como culpable.

⁵²²GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La Calificación del Concurso*, Ed. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004, p.29

⁵²³GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «Calificación del Concurso», *Aspectos penales de la nueva Ley concursal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial – Centro de Documentación, Madrid, 2004, p. 306.

⁵²⁴Traducción nuestra.

La necesidad de un criterio general orientador de la calificación del concurso deriva del hecho de la sección sexta calificar todo tipo de concursos, y no solamente aquellos relativos a comerciantes/empresarios, donde se podrían establecer presupuestos claros. Si en el antiguo régimen español se definían cinco clases de quiebra, no siempre con coherencia o sistematización bien definidas, ahora se observa una clara innovación por parte del legislador, que, en nombre del principio de la unidad propugnada en la E.M., ha indicado un criterio básico que permitiese al juez (y a las partes) encontrar los presupuestos para la calificación del comportamiento del deudor.

El art. 164.1 LC parte de tres supuestos: *la creación o agravamiento* de la insolvencia, como estado patrimonial definido por el art. 2.2. LC y declarada en el proceso, *la culpabilidad del deudor* (y a todos a los cuales la norma extiende su previsión, conforme el caso concreto) y el *nexo de causalidad* que imperativamente se establece entre los dos hechos para obtenerse el resultado final: siempre que el deudor se comporte de forma culpable en el cumplimiento de ciertos deberes de conducta y se logre probar que tal comportamiento ha conducido al agravamiento o creación del *status* de insolvencia, se podrá calificar el concurso como culpable.

A contrario, una conducta diligente por parte del insolvente (de que el Ministerio Fiscal y la administración concursal podrán dar parte, de acuerdo con el art. 170.1 LC) lleva a una calificación del concurso como fortuito, sin cualquiera de las consecuencias de naturaleza patrimonial o personal para el deudor.⁵²⁵ Esta construcción legal ha conducido, por lo tanto, a la ampliación de la base punitiva, creándose un presupuesto general de calificación que, sin embargo, permite al deudor una hipótesis de defensa directa contra los hechos alegados, lo que puede no existir con la aplicación de las presunciones.

El hecho de que ha de partirse en la utilización del criterio general del art. 164.1 LC es precisamente la conducta del deudor, en relación directa, como hemos visto, con la creación o agravación de la insolvencia, o sea, al tiempo de ocurrencia de estos dos supuestos. Nos

⁵²⁵Nos sintetiza DE LA CRUZ BLANCO: “(...) conducta censurable (dolo o culpa grave) evento dañoso (generación o agravación del estado de insolvencia) y nexo causal, que ha de considerarse en la expresión hubiera mediado”. PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: «Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva ley concursal» en AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volume V, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, p. 5005.

afirma GARCIA-CRUCES que “el criterio determinante se hace radicar no en la situación de insolvencia en sí sino en la valoración que ha de merecer la conducta seguida por el deudor cuando aquella se produce.”⁵²⁶ Hay que demostrar si la insolvencia se debe a hechos externos a la conducta del deudor o si el propio se ha colocado, deliberada o de forma gravemente negligente, en una situación de incumplimiento estructural y irreversible de sus obligaciones. En el primero de los cuadros, no hay que cualificar el concurso culpable, por inexistencia de una conducta culpable en sentido amplio⁵²⁷ - con equivalencia entre dolo y culpa grave; ya en el segundo, toda vez que la conducta culpable es la raíz del estado insolvente, hay que determinarla con precisión, basándonos en el caso concreto y en las características típicas de dolo y culpa grave.

3.2.2 - El dolo y la culpa grave en el concurso de consumidores

No es difícil definir el dolo, sino comprobar su existencia.⁵²⁸ La doctrina nos dice que, dentro de la figura de la culpa lata o en sentido amplio, hay que encontrar un “nexo psicológico entre el hecho practicado y la voluntad de aquél que lesiona”⁵²⁹ a fin de que se configure el incumplimiento con culpa que pretendemos caracterizar.

El dolo es entonces determinado por una actuación consciente del deudor en la práctica del hecho ilícito⁵³⁰, que aquí se traduce en la creación o agravamiento de la insolvencia, matizada por las tres modalidades de dolo conocidas: directo, cuando el deudor actúe determinado por obtener, con su conducta, el resultado ilícito; necesario, cuando el deudor tiene la consciencia de que su conducta llevará seguramente, a la ocurrencia del resultado ilícito, aún no lo pretenda directamente; eventual, cuando el deudor prevé el resultado ilícito como una consecuencia posible de su actuación y la práctica, conformándose con este resultado ilícito.

⁵²⁶GARCÍA-CRUCES, J. A.: *La Calificación del Concurso*, op.cit., p. 31

⁵²⁷CARVALHO FERNANDES, L. y LABAREDA, J., *Código...*, op. cit., p. 610. Nos dicen los autores que en cuanto falta una previsión específica, se adoptarán las definiciones civiles en esta materia de dolo y culpa grave.

⁵²⁸AA.VV., *Elementos de Derecho Civil II – Derecho de Obligaciones*; Dykinson, Madrid, 2003, p. 168

⁵²⁹ANTUNES VARELA, J.M. *Das Obrigações em Geral – Volume I*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 586. Traducción nuestra. Al contrario del C.C. español, la dicotomía entre dolo y culpa *strictu sensu* surge clara en el art. 483 del C.C. portugués.

⁵³⁰MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações, Volume II, AAFDL, Lisboa, 1990, p. 318*. El autor nos dice que el dolo es de fácil observación: “(...) basta constatar la vontade de prevaricación, es decir, de no cumplir la norma jurídica cuya violación provoque el da-no imputable. acatar a norma jurídica cuja violação provoque o dano a imputar”.

Cuando el deudor actúa de mala fe, a la que equivale la actuación dolosa, puede decirse que el estado psicológico del deudor al tiempo de la práctica de ciertos hechos conduce al resultado ilícito – la creación o agravamiento de la insolvencia – ya que se exige un elemento intelectual, la consciencia de la ilicitud. Pero no podemos olvidar que a la calificación – en cuanto medio sancionador civil que busca solamente valorar la actuación del deudor y condenarlo de conformidad con tal actuación culpable – subyacen obviamente principios de naturaleza preventiva, especialmente la seguridad del tráfico jurídico y del patrimonio de los acreedores, que se protege mediatamente – pero el art. 164.1 LC, así como su congénere portugués, el art. 186.1 CIRE, no valoriza las consecuencias de la insolvencia en lo que respecta específicamente a los prejuicios que sean causados a los acreedores, toda vez que tal análisis se hará por ocasión de la determinación de los efectos de una calificación culpable (art. 172.2.2) o a nivel penal.⁵³¹ La dificultad es, precisamente, la de determinar el elemento volitivo que caracteriza la figura del dolo y su extremo casuismo, lo que lleva a que muchas veces sea equiparado, como elemento de culpa lata, al criterio de culpa *strictu sensu*, o sea, culpa grave.

El CC portugués define, en su art. 1104 lo que entiende por culpa: (...) *la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar* (...). Subsidiariamente, el criterio legal general para calificar la conducta del deudor es la de un buen padre de familia, siendo los desvíos a aquella diligencia medía susceptibles de inclusión en la noción de culpa.⁵³²

En relación con el primer criterio, hay que concretar la obligación, con referencia al negocio pactado entre las partes, a fin de retirarse la diligencia acostumbrada en tales negocios, “(...), necesaria y suficiente, (sea esta cual sea), para que a obligación quede definitivamente cumplida.”⁵³³ En segundo lugar, cuando no existan normas específicas, hay que atender a los criterios secundarios, como nos indica dicho artículo, particularmente la conjugación entre la

⁵³¹ Se puede definir el bien jurídico protegido por los delitos concursales, en general, como el patrimonio de los acreedores, lesionado por el hecho de que el patrimonio del deudor, en cuanto garantía general de sus deudas, es fuertemente afectado. Véase, para mayor desarrollo, CAEIRO, P. *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais – O Património, a Falência, a sua Incriminação e a Reforma Dela*, Studia Jurídica num. 19, Coimbra, 1996, p.231 Por otra parte, la calificación, a pesar de sus aspectos sancionadores, no es un proceso indemnizatorio. FARIAS BATTLE, M. «La calificación del concurso» *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 251, 2004, p. 83.

⁵³² En el derecho portugués se adopta el mismo criterio del buen padre de familia, pero adaptado a las circunstancias concretas. art. 487.2 C.C. portugués.

⁵³³ AA. VV., *Elementos de Derecho Civil II – Derecho de Obligaciones*, op.cit., p. 169.

naturaleza de la obligación y las circunstancias concretas de tiempo, lugar y sujetos de la relación jurídica, valorables caso a caso.

Pero el criterio subsidiario previsto en el artículo, el del buen padre de familia es aquel que puede conllevar mayores dificultades de interpretación, toda vez que su generalidad es adaptable a un sin número de obligaciones. Hay que clasificar el tipo de obligación en cuestión, para que se encuentren normativos legales, reglamentaria, deontológicos o profesionales que puedan lo más objetivamente posible concretar el patrón de conducta exigible – la diligencia o los necesarios deberes de cuidado que al caso quepan.

Partiendo de un patrón de comportamiento objetivo, la determinación del grado de culpa se torna más obvia cuanto más importantes los deberes a que se ha obligado el agente. De este modo, se logra una clasificación que puede ir de una culpa ligera a una culpa grave, donde el juez retira los resultados pretendidos por el carácter sancionador de las normas. Faltando las normas específicas, hay que mirar el criterio del buen padre de familia como un modelo objetivo de comportamiento: o sea, la diligencia del hombre normal, que se considera medianamente prudente y cuidadoso. Tratándose de un modelo objetivo es por eso adaptable a varios tipos de obligaciones y negocios, por lo que podremos afirmar que, por lo menos en el caso del deudor no empresario, es el patrón aplicable, en lo que respecta al art. 164.1 LC.

El criterio del buen padre de familia deberá ser entonces utilizado para concretar a culpa *strictu sensu* del deudor insolvente: como hemos visto para el dolo, hay que partir del comportamiento del deudor para determinar el resultado que, recordamos, es la creación o agravación de la situación de insolvencia.

La doctrina apunta algunas características de la culpa en sentido estricto, que debidamente encuadradas en el patrón de comportamiento del buen padre de familia, permiten al observador, mayormente al juez, determinar la “involuntariedad en la infracción de la regla de conducta, con independencia de la forma por la cual se exprese.”⁵³⁴ Se discute cuales son los comportamientos admisibles en dicha noción: por una parte, cumple los requisitos la actuación humana procedente de la falta de cuidado – de acuerdo con ANTUNES VARELA “(...) falta de celo o de aplicación (...) incuria, dejadez, precipitación, liviandad o ligereza”⁵³⁵; por otra,

⁵³⁴GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación...*, *op.cit.*, p. 32.

⁵³⁵ANTUNES VARELA, J.M. *Das Obrigações em Geral*, Volume I, *op. cit.*, p. 598

se puede discutir la inclusión de la falta de aptitud, que se esparce por incompetencia, ineptitud o incapacidad natural para el desarrollo de ciertas actividades o ejercicio de determinadas capacidades humanas.

El cerner del problema es el de valorar la violación de deberes de cuidado, los que concretamente deberían presidir a la conducta del deudor insolvente ante la creación o agravación de su insolvencia, de acuerdo con una perspectiva estática o dinámica: o se acepta que la culpa respecta solo a las capacidades naturales de la persona en cuestión, o se admite que, ante una dada situación, el deudor siempre sería llamado a una mayor diligencia, a una búsqueda de información que corregiría sus deficiencias – no lo haciendo, provocaría entonces un comportamiento calificable como culpable.

Nos parece que será razonable considerar la segunda perspectiva como la más aceptable respecto al criterio del buen padre de familia que abogamos. El deudor diligente deberá adaptar su conocimiento de acuerdo con los negocios jurídicos que ha de celebrar y no solamente basarse en conocimientos adquiridos, toda vez que el criterio legal parece indicarnos el caso concreto (la naturaleza de la obligación a asumir, *prima facie*) como hilo conductor, seguido de los criterios generales que hemos visto. Pero, la situación particular de los consumidores y la especial protección que les ofrece la ley⁵³⁶, pueden tornar particularmente sensible la cuestión de sus concretos deberes de cuidado ante las obligaciones típicas asumidas y que, normalmente, pueden crear o agravar la situación de insolvencia. Hay, por eso, que tener en consideración todas las circunstancias, a fin de graduar el nivel de diligencia que se presuponía aceptable.⁵³⁷

La culpa *strictu sensu* deberá también ser escalonada en grados de incumplimiento. Desde la culpa levísima, a la culpa grave, pasando por la culpa leve: tal determinación habrá importantes consecuencias prácticas en lo que respecta a la calificación del concurso como culpable, debido a la equiparación hecha por el legislador entre dolo y culpa grave. Como

⁵³⁶El consumidor medio, previsto en la jurisprudencia comunitaria, en cuanto persona razonablemente atenta y eficaz “que percibe con atención la información sobre el producto comercializado y, por consiguiente (...) puede acceder a la información disponible sin tener que realizar una investigación exhaustiva. Pero en casos especiales, este modelo comunitario de protección intermedia impone un especial tratamiento de la información vehiculada al consumidor, lo que altera los criterios de diligencia que debe seguir. GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del TJCE» in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 64.

sabemos, el elemento de que se habrá de partir para determinar la culpa es también un elemento intelectual – esta presupone una involuntariedad por parte del deudor, que no tiene como finalidad la creación o agravamiento de la insolvencia, pero que produce uno de estos resultados en virtud de la inobservancia de los deberes que le correspondían.⁵³⁸ La culpa levísima es aquella que respecta al incumplimiento de deberes observados por una minoría de personas particularmente sagaces y cuidadosas, cuyo comportamiento se aparta del patrón del buen padre de familia; la culpa leve, la que respecta a los patrones normales de comportamiento, o sea, la omisión de los deberes de cuidado normalmente observados por las personas; pero lo que nos interesa realmente es la culpa grave, aquella que lleva a la equiparación querida por la ley – la omisión de los cuidados más básicos y que, en un criterio más amplio que el de la culpa leve, es observado por todas las personas.

Como afirma SANCHO GARGALLO, “(...) habrá que valorar tanto el grado de exigibilidad del deber de diligencia como el grado de (in)cumplimiento de este deber, para juzgar finalmente la gravedad de la culpa.”⁵³⁹ El incumplimiento de dichos deberes de cuidado, y su íntima conexión con el resultado que la ley pretende evitar permite, mediante prueba, la caracterización amplia de la culpabilidad del deudor y su condonación en la sección sexta que analizamos. Así, concluimos que la equiparación entre dolo y culpa grave garantiza una operatividad al sistema de la calificación del concurso que permite abarcar potencialmente todas las infracciones dignas de penalización, en lo que respecta a los principales objetivos del legislador.

Expuesta, con brevedad, la caracterización jurídica de dolo y culpa grave que pretendemos ver aplicada a la calificación de la insolvencia de los deudores consumidores, que se basa, como observamos, en la noción de buen padre de familia, o consumidor medio, siempre podremos preguntarnos si verdaderamente será, en generalidad, usual, que los consumidores actúen movidos por dolo o minados por la violación grave de sus deberes de cuidado.

⁵³⁸MENEZES CORDEIRO, A. *Direito das Obrigações...*, *op. cit.*, p. 325. Este autor nos afirma que se debe acoger una doctrina finalista de la culpa, nos diciendo que el deudor orienta su conducta, dentro de un rango de posibilidades y capacidades, para una finalidad previamente delineada. Tal puede así provocar el aterciopelamiento de deberes de cuidado que han, por mor de tal comportamiento descuidado, a la provocación del resultado dañoso de que nos ocupamos. La análisis del comportamiento, voluntario, es una tarea de mayor importancia, toda vez que el establecimiento, a través de los medios de prueba admisibles, de la violación de ciertos deberes, conducirá al nexo de causalidad requerido para establecer la consecuencia jurídica.

⁵³⁹SANCHO GARGALLO, A. «Calificación del concurso», *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 554.

La insolvencia de los consumidores abarca un espectro muy largo de casos y, aunque siendo posible identificar el insolvente medio, por edad, profesión, número de deudas, tipo de deudas, tipo de incumplimiento, siempre tendremos las situaciones más extremas y apartadas de la media que podrán suponer deudores insolventes solo con una deuda (para adquisición de vivienda, por ejemplo), o un número elevado de créditos (especialmente créditos personales o para consumo). De este modo, hay que recuperar la noción de sobreendeudamiento/insolvencia de buena o mala fe que indicamos en el primer capítulo, matizando también nuestro análisis con el propio comportamiento de las entidades concedentes de los créditos que, de alguna forma, han contribuido para el endeudamiento excesivo que caracteriza muchas de las insolvencias de consumidores.

Es, por eso, un análisis casuístico, aquel que cumple al juez, aunque constatándose, estadísticamente, que el insolvente consumidor medio no se caracteriza por una actuación, en el momento de la contratación, motivada por dolo o por culpa grave, en virtud de que, en la mayor parte de los casos, la insolvencia se produce en virtud de hechos externos, ajenos al comportamiento previo del deudor. Por ese motivo, la existencia, en la calificación de la insolvencia, de consumidores dolosos, no será la circunstancia normal, toda vez que dichas situaciones se reservan a los casos extremos.

Sin embargo, puede observarse la existencia de un endeudamiento negligente, que se basa, por ejemplo, en la violación grave de los deberes de cuidado que incumben al propio consumidor, previas a la contratación de las obligaciones, como sea encuadramiento de la nueva deuda en el presupuesto familiar, o doloso, incluyendo situaciones más graves de adición patológica al consumo.

Debe apuntarse también que la frontera entre las situaciones de violación de deberes de cuidado y las de endeudamiento de buena fe, pueden ser tenues, especialmente en virtud de la presión sufrida, muchas veces, por los consumidores en la contratación, lo que implica la propia repartición de la responsabilidad (y, en casos-límite, de complicidad por parte de los concedentes de crédito) así como por las motivaciones que subyacen a aquella. Podrá ser posible afirmar que el deudor endeudado, que desea adquirir productos que su normal capacidad no permite, actúa culpablemente, tanto como aquél que contraiga nuevas deudas para hacer frente a otras deudas ya vencidas, o aquél otro que retrase el inicio del proceso,

agravando su insolvencia, por desear obtener una solución alternativa, sin éxito. Pero si el propio mercado de crédito concede tal posibilidad, aunque jurídicamente se considere que la actuación consciente del deudor, que puede saber que su capacidad económica y financiera es insuficiente, sea culpable, podrá el juez ponderar si la propia insolvencia merece la caracterización de culpable, por la estricta relación entre el conocimiento del deudor, la contratación de las obligaciones y el resultado de agravación o creación de la insolvencia que se observe, o se puede considerarse que, solo en circunstancias extremas, la calificación merecerá el resultado de culpable.

La idea expuesta merece nuestra preocupación en virtud de los efectos de la propia calificación, que podrán conllevar consecuencias negativas para el deudor consumidor, como són la inhabilitación, la devolución de los alimentos recibidos o el cese de la exoneración del pasivo restante. Esto significa que el juez deberá considerar las circunstancias particulares de cada deudor en la hora de encuadrar la situación. Por otro lado, hay que notar que, en referencia a la política, por veces demasiado permisiva, de los propios concedentes de crédito, la Directiva 2008/48/CE viene, con la exigencia del análisis de la solvencia de los deudores, disminuir parte del problema, en lo que concierne al crédito al consumo, toda vez que el endeudamiento precipitado o tendencialmente culpable, por violación de los deberes de cuidado indicados, tendrá tendencia a disminuir.

En suma, consideramos que la apertura conceptual dada por la ley en este punto permite que el juez analice ponderadamente, con base en los propios documentos que constan en el proceso, si el deudor ha contribuido de forma culpable, o no, a la creación o agravamiento de su insolvencia ya que, como referimos, por aplicación del criterio general, la mayor parte de los concursados será abarcada por la insolvencia de buena fe, o sea, generada o agravada en virtud de hechos externos, ajenos al comportamiento del propio deudor. Por otra parte, el concurso de consumidores tendrá en cuenta, significativamente, no solo intereses públicos o privativos de los acreedores, sino del deudor, por lo que la calificación como culpable deberá ser encarada por el juez con razonabilidad, de acuerdo con el caso en concreto. Además, como veremos, la existencia de presunciones legales facilitará el trabajo del juez, si bien, como también tendremos oportunidad de relevar, que estas no fueran pensadas para el deudor consumidor. Se trata, en conclusión, de terreno fértil para la jurisprudencia, especialmente en lo que respecta al encuadramiento legal y a la prueba necesaria del nexo de causalidad a que aludimos.

3.2.3 - Limitación temporal para evaluación de la conducta

La segunda diferencia entre los artículos 164.1 LC y 186.1 CIRE, ante la actual redacción del art. 164.1 LC, es la limitación temporal de los hechos relevantes para la calificación de insolvencia a los tres años anteriores al inicio del proceso concursal, que existe en la ley portuguesa. Todavía, hemos visto que el proyecto de reforma de 2011 altera el antedicho artículo de la LC, pasando a constar también un plazo de dos años para que se pueda apurar la responsabilidad de ciertos sujetos relevantes en la calificación de la insolvencia. Las diferencias, que ahora podemos destacar, son dos. Por un lado, el plazo del CIRE es más largo y, por otro, el recuento del plazo, en Portugal, ocurre desde el inicio del proceso y, en España, desde la declaración de insolvencia.

Así, podremos plantear dos cuestiones. Una, en relación con el plazo establecido. Otra, respecto de la pertinencia del inicio de su recuento. En lo que respecta a la primera, podemos subdividir la cuestión, determinando cuál es la necesidad del plazo y cuál es el criterio utilizado por la ley para fijarlo.

En cuanto a nosotros, la existencia de un plazo se explica por dos órdenes de razones. Por una parte, la fijación de un periodo temporal facilita la prueba de los hechos que fundamentan la calificación del concurso. Por otra parte, se restringe la calificación a la actuación del deudor o de sus administradores que, en corto o medio plazo, se han encargado de la administración de sus bienes, apartándose aquellos cuyos efectos de su actuación se han disipado, por más remotos. Obviamente, cuanto más cercanos al inicio del proceso de insolvencia, más fácil es la prueba, tanto para aplicación del criterio general de calificación, como de las presunciones. Hay así una interconexión lógica entre las dos motivaciones sustentan el objetivo del legislador. Antes de la modificación promovida por el proyecto de reforma de 2011, podríamos cuestionarnos sobre la necesidad de introducción de dichos límites. El legislador no justificaba, en parte alguna, su necesidad y, toda vez que la inspiración para el precepto

portugués proviene de la ley española,⁵⁴⁰ podríamos intentar buscar la fuente normativa, siendo que en la LC no se encontraría igual tipo de plazo, excepto en el art. 164.2.5 LC.

El legislador omite tal justificación, por cuanto reconducimos su objetivo al antes apuntado. No existe así ningún criterio definidor, estableciéndose un plazo más o menos alargado para incluir todos los que eventualmente hayan contribuido para crear o agravar la situación de insolvencia, con particular incidencia en el período inmediatamente anterior al inicio del proceso. Fueran, probablemente, estos motivos, aliados a la búsqueda de la rapidez y simplicidad procesales, que han conducido a la referida modificación del art. 164.1 LC.

Otra gran duda es la de saber si la fecha a partir de la cual se cuenta el plazo es, o no, la indicada. El propio legislador la tuvo, motivo por el que ha cambiado lo que se previó en el Anteproyecto del CIRE (en su artículo 169.1) – el recuento deja de hacerse desde la declaración de insolvencia y pasa a hacerse desde el inicio del proceso, o sea, desde la entrega del escrito de solicitud, por parte de cualquier legitimado. Creemos que, debido al hecho de que las diferentes solicitudes, por parte del deudor o de sus acreedores, pueden provocar distintas fechas de declaración de insolvencia, derivadas de la tramitación del proceso, el legislador ha definido una fecha precisa, idéntica para todos los procesos, de modo a determinar los sujetos y actos abarcados por la calificación.

Esta no fue, todavía, como notamos, la opción de la LC. Nos parece que la solución de la ley portuguesa es más adecuada, por todo lo que afirmamos arriba, especialmente por garantizar de forma más evidente la seguridad jurídica.

3.3 - Las presunciones de concurso culpable y de culpabilidad aplicables al concurso de consumidores

La calificación de la insolvencia posee, en consonancia con el propio proceso concursal, tanto en Portugal, como en España, una vocación universal. Esto significa que la calificación de la insolvencia es aplicable, tanto sustancial, como procesalmente, de igual forma, a todos tipos de deudores. Hemos indicado el criterio general, pero la LC y el CIRE añaden un conjunto de

⁵⁴⁰ Preámbulo del CIRE, en su punto 40: “(...) el tratamiento dispensado al tema por el nuevo Código (inspirado, en relación con ciertos aspectos, en la reciente Ley Concursal española)...”

presunciones de insolvencia culpable y de culpabilidad que, como veremos, contienen elementos aplicables en exclusiva a los deudores que desarrollen actividad empresarial.

Pasando de largo de la polémica doctrinaria sobre la naturaleza de los preceptos previstos en el art. 164.2 y 165 LC (ya que en Portugal las normas del art. 186.2 y 3 CIRE se aceptan pacíficamente como presunciones)⁵⁴¹ podremos afirmar que la existencia de presunciones en esta sede hay como objetivo facilitar el trabajo del juez, toda vez que incorporan hechos o actuaciones del deudor que indician la existencia de un comportamiento susceptible de encuadrarse en la calificación de la insolvencia como culpable, permitiendo superar la dificultad de cumplir el criterio general que referimos arriba, especialmente a nivel probatorio.

Inclinándonos ahora concretamente sobre los artículos en cuestión, podremos dilapidar su contenido en términos generales: por una parte, el art. 164.2 encierra un grupo de presunciones de concurso culpable; por otra, el art. 165 establece presunciones de culpabilidad, de culpa en sentido amplio, o sea, de dolo o culpa grave. A las primeras, *iuris et de iure*, equivale el art. 186.2 CIRE, a las segundas, *iuris tantum*, equivale el art. 186.3 CIRE.

En el primer conjunto de presunciones, la doctrina nos presenta diferentes justificaciones para dicha clasificación: GARCIA-CRUCES nos afirma que las presunciones de concurso culpable se basan en “(...) el incumplimiento de deberes básicos que recaen sobre el comerciante o, bien, atendiendo a otro tipo de circunstancias relevantes.”⁵⁴² En idéntico sentido, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO afirma que son concursos culpables los que deriven de “la concurrencia de alguno de los cinco supuestos, objetivamente configurados como censurables, que se recogen en el núm. 2 del artículo 164 LC, con independencia de que hayan contribuido o no a

⁵⁴¹Véase, por ejemplo, en contra, FARIAS BATTLE, M. «La Calificación del Concurso», *Revista de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 87, FERRER BARRIENTOS, A.: «La calificación del concurso» en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, Ed. Illustri Col·legi d'Advocats de Barcelona, Barcelona, 2004, p. 1227 o BENEVIDES VELASCO, P. y GUERRERO PALOMARES, S., «La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 13, La Ley, Madrid, 2010, p. 180. Disponible en www.laleydigital.es, consultado por última vez el 16 de febrero de 2011. Estos últimos autores designan el contenido del art. 164.2 como supuestos objetivos de declaración de concurso culpable, afirmando la necesidad de no se consideraren presunciones a fin de flexibilizar la aplicación de la norma por parte de los tribunales.

⁵⁴²GARCIA-CRUCES, J.A. *op. cit.*, p. 38. En el caso concreto que analizamos, remetemos para todo las características del incumplimiento de deberes de las personas naturales no empresarias descriptas arriba.

generar o agravar la insolvencia y con independencia, asimismo, de la intencionalidad con que se haya producido su agente.”⁵⁴³

Estas dos líneas de pensamiento nos suscitan algunas reflexiones intermedias. Por una parte, las presunciones de concurso culpable se apartan del criterio general del artículo 164.1 LC, dejando fuera cualquier elemento subjetivo (el *animus* del deudor o sus representantes o administradores) Por otra, se prescinde también de los elementos objetivos identificados antes, por lo menos considerando el párrafo 2 como un todo, o sea, no se valoran los hechos indicio en cuanto fuentes de agravación o creación de la insolvencia pero como conteniendo un desvalor jurídico en si mismo que, considerado por el legislador tan grave como aquellos previstos en la regla general. Teniendo el juez y el intérprete, como punto de partida, el hecho condenable, la insolvencia, sabemos que los artículos indicados dejan entrever, de múltiples formas, el camino recorrido por el deudor o sus administradores hasta la creación de una insolvencia culpable. Esto puede suceder por vía de creación o empeoramiento de la insolvencia, o por violación, en el proceso, de ciertos deberes, cuyo incumplimiento, por su gravedad, conducen un desvalor equivalente a la creación o empeoramiento de la insolvencia y, consecuentemente, a la calificación culpable.

Así se concluye que no fue intención del legislador relacionar las presunciones del art. 164.2 LC con el criterio general del art. 164.1 LC, sino crear una vía alternativa de calificación de concurso como culpable, más fácil de probar y caracterizando un comportamiento, añadimos nosotros, tan censurable como el primero descrito.⁵⁴⁴ Se cubren, de esto modo, todas las situaciones de incumplimiento derivadas de la práctica concursal y que el legislador quise ver punidas.

Con relación al art. 165. LC, que establece, pacíficamente, para la doctrina, presunciones *iuris tantum*, la discusión de su admisibilidad se procesa por otra vía: la posibilidad o no de establecer presunciones de dolo y culpa. Así, no está en cuestión la estructura de la norma en cuanto presunción (y no se ponen de relieve las cuestiones antes abordadas) sino la posibilidad de establecer la culpa, en sentido amplio, a través de una presunción.

⁵⁴³PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., «Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva ley concursal» in AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo V, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, p. 5005.

⁵⁴⁴SANCHO GARGALLO caracteriza esta formulación como un “otro sistema de imputación objetivo”. SANCHO GARGALLO, A. «Calificación del concurso», *Las Claves de la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 557

Nuestra respuesta siempre será en sentido afirmativo y esto porque el comportamiento del deudor, analizado ahora en sentido subjetivo, participa de la estructura fáctica en que se basa la presunción. Del hecho conocido, por su naturaleza intrínseca, se puede extraer la culpabilidad del deudor, toda vez que abordamos una temática de incumplimiento de deberes.

Así, se puede afirmar que el art. 165 recupera el elemento subjetivo del criterio general en un contexto donde se puede considerar, por el juez y por el intérprete de la norma, la existencia de culpa – y no olvidando de que el esquema de presunciones tiene como principal objetivo precisamente facilitar la prueba en este proceso. Además, el derecho concursal derogado presentaba un rango de presunciones semejante. Afirma GARCÍA-CRUCES que, contra la presunción, hay que “acreditar la participación del deudor común en el origen o en el empeoramiento de su estado de insolvencia”⁵⁴⁵, por lo que la lectura del art. 165 LC deberá hacerse en paralelo con el criterio general del art. 164.1 LC. La prueba, por el deudor, o sus administradores, de la inimputabilidad de la conducta, por producirse el incumplimiento debido a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito o, por otra parte, de non agravamiento o creación de la insolvencia con tal conducta, hacen paralizar la presunción y no se calificará, con base en estos supuestos, la insolvencia como culpable.

Sustancialmente, por otra parte, hay quien se pronuncie sobre la incorrección jurídica de utilización de presunciones de culpa. En este punto, CRUZ BLANCO afirma que “la norma, a nuestro entender, deja mucho que desear. En primer término, parece romper una de las más arraigadas y firmes creencias de nuestra consciencia jurídica, que es la que el dolo (o, en su caso, la culpa grave), como la mala fe, no se presumen,”⁵⁴⁶ lo que podría poner en causa la presunción de inocencia que asiste al deudor por vía constitucional. Nos parece un aspecto interesante, pero teniendo en cuenta que el juez deberá conjugar la culpa presunta con el elemento objetivo recogido en el art. 164.1 LC, estableciendo el nexo de causalidad antes indicado, entre el comportamiento del deudor y el empeoramiento o creación de la insolvencia, una eventual condena automática, sin valorización de la presunción de inocencia, es alejada.

⁵⁴⁵ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La calificación...*, *op. cit.*, p. 58-59.

⁵⁴⁶ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., «Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva ley concursal», *Estudios sobre...*, *op. cit.*, p. 5006.

Concluyendo, el legislador concursal ha tomado todas las precauciones para facilitar la tarea al juez y a las partes, en lo que respecta a la presentación de los hechos que han de fundar la calificación del concurso como culpable. Por una parte, de acuerdo con la experiencia recogida por la jurisprudencia anterior a la LC, hay creado un criterio general que alarga el núcleo, quizás reducido, de comportamientos graves causadores o que empeoran la insolvencia, de modo a cubrir todas las situaciones perniciosas para el tráfico jurídico-concursal. Por otra, mantiene un conjunto de presunciones para facilitar la prueba, tanto relacionados con criterios objetivos, como subjetivos, tanto permitiendo prueba en contrario, como no, tomando como base el incumplimiento de deberes que ya había presidido al criterio general y valorando también, como miraremos enseguida, comportamientos posteriores al inicio del proceso. Nos parece un sistema bien estructurado y que, incluso, como hemos visto, ha inspirado el legislador portugués a crear un sistema casi idéntico y que representa una innovación en el ordenamiento concursal portugués – los años de práctica procesal en España han permitido el perfeccionamiento de un sistema de calificación, ya experimentado ante el derecho derogado, que permite una adaptación a las nuevas formas de ocurrencia del estado insolvencial.

Sin embargo, como expusimos inicialmente, hay que limitar nuestro análisis a aquellos supuestos donde obtenemos una efectiva aplicación de los criterios arriba definidos, a un proceso concursal cuyo ámbito subjetivo radique en un tipo específico de deudor y que, por motivos sistemáticos, nos arriesgamos a afirmar, no fue aquél para cual la ley fue dibujada.

Esto implica que no haremos una descripción de todas las presunciones presentes en los artículos 164.2 y 165 LC, o 186.2 y 3 CIRE, sino solamente de aquellas que logremos indicar como aplicables.

En lo que respecta a las presunciones referidas, hay que proceder con cautela. Por una parte, debido a la definición de los criterios que les subyacen. Por otro lado, para proceder a la adaptación al caso concreto. Con una idea previa: la ley española está, como hemos visto, definida en términos universales, no concretizando cualesquiera aspectos específicos sobre la calificación de los deudores consumidores. La ley portuguesa, por su parte, establece un grupo de presunciones para las personas jurídicas, específicamente enunciando la actuación

de sus administradores, sin embargo de que en el art. 186.4 CIRE se establezca la posibilidad de aplicación a las personas naturales, cuando a tal no se oponga la diversidad de situaciones.

El resultado a que llegamos es exactamente el mismo: hay que prestar atención en cada proceso, a fin de determinar el encuadramiento de este tipo de deudores en una previsión legal que puede, o no, serles aplicable, toda vez que el deudor que se encuentra privilegiado en las intenciones normativas no es más que el deudor empresario, normalmente una persona jurídica, importando sus administradores y su actuación en cuanto instrumentos del comportamiento objetiva o subjetivamente reprochable, de acuerdo con el tipo de presunción en cuestión. Pero no dudamos que la mayoría de los procesos donde se envuelvan los deudores en análisis, debiéndose a las causas arriba indicadas, conducirán a la aplicación del criterio general en vez de las presunciones que nos proponemos a analizar, pensadas, en su gran mayoría, para el deudor empresario.

Mirando la LC, podremos afirmar que quedan excluidos, en este ámbito, los apartados 1 del art. 164.2 y el núm. 3 del art. 165. Esta exclusión se explica por el hecho de que los deudores personas naturales no empresarios no están legalmente obligados a llevar contabilidad organizada – tal obligación nace, por ejemplo, para los comerciantes, en el art. 25.1 CCom. La inexistencia del presupuesto objetivo de dichas presunciones impide su aplicación en estos casos.

De igual modo, coadyuvados por el art. 186.4 CIRE, eliminamos también la posibilidad de aplicación de los apartados h) del art. 186.2 y b) del art. 186.3 CIRE, que establecen preceptos normativos relativos a la contabilidad del deudor. El CIRE, por su parte, contiene un conjunto de presunciones más largo que la LC, especificando ciertas situaciones que esta expresa más ampliamente. Por ese motivo, hay también que excluir todos los apartados del art. 186.2 CIRE, excepto el a), b) última parte y el i), que tendrán aplicación junto con el art. 186.3 a), toda vez que las presunciones en ellos establecidas implican la existencia de una estructura empresarial y describen actos relativos a esta, así como comportamientos de los correspondientes administradores de derecho, o hecho – relativos a una persona jurídica, normalmente. Delimitado así el problema, analizaremos las presunciones que nos parecen susceptibles a la problemática que hemos definido.

3.3.1 La falsedad e inexactitud grave en la documentación entregada por el deudor

La presunción *iuris et de iure* presente en el art. 164.2.2 LC define dos tipos de situaciones: la entrega de documentos falsos o de documentos viciados de inexactitud grave. Remítanos también para las normas de la LC que imponen los deberes de solicitud (art. 5 LC), de entrega de documentos (art. 6 LC) y para el deber general de colaboración impuesto al deudor (art. 42 LC), así como aquel relativo a los documentos que describen la actividad profesional del deudor (art. 45 LC) sin las cuales no podemos abarcar lo previsto en la norma.⁵⁴⁷

La posibilidad de aplicación de esta presunción radica precisamente en el hecho de que todos los procesos concursales, cuyo objetivo es la ejecución universal del patrimonio del deudor, carecieren de documentos que comprueben la real situación patrimonial – y esa obligación documental deberá ser lo más exacta posible, a fin de permitir al juez una decisión fundamentada sobre la insolvencia del deudor. No podemos, por otra parte, olvidar, que el incumplimiento, como descrito por la norma, de dichos deberes, se considerado, por el legislador, de tal modo grave, no se relaciona directamente con el criterio general de calificación, que implica la creación o agravamiento de la insolvencia, sino se equipara a dicha actuación.

En primer lugar, hay que determinar, del conjunto de deberes arriba indicados, cuales se aplican a los deudores en cuestión, porque hemos constatado que el espíritu del legislador se concentra, la mayor parte de las veces, en el deudor empresario. Por ese motivo, podemos afirmar que son de aplicación los deberes presentes en los tres primeros artículos, siendo dudosa la aplicación del art. 45 LC. Esto porque la LC, al contrario del CIRE portugués, impone el deber de solicitud a cualquier deudor, independientemente de su calidad de empresario. Así, de acuerdo con el art. 5.1. LC, el deudor persona natural y consumidor, al conocer el *status* de insolvencia, deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses posteriores a tal fecha.

Articulando con esto, el art. 6.2 LC impone la entrega de documentos que, por una parte, fundamenten la llegada al estado de insolvencia – la llamada “memoria expresiva”, en los

⁵⁴⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A., *La calificación...*, *op. cit.*, p. 47.

términos de la ley, en la cual el deudor podrá indicar varios elementos que permitan comprender las causas que han conducido a su insolvencia: el tipo de deudas contraídas⁵⁴⁸, las rentas obtenidas, las vicisitudes externas, los eventuales intentos de negociación/reestructuración de deudas junto de los acreedores, contando así, como nos indica el artículo, la historia de su endeudamiento y consecuentes razones de incumplimiento generalizado.

Este documento es importante en la medida en que la LC no está, como hemos visto, orientada para este tipo de deudores y, por otro lado, la ausencia de elementos de contabilidad lleva a que el referido documento indique de forma clara e verdadera los motivos de surgimiento o agravación de la insolvencia, a fin de obtenerse del proceso resultados que puedan contribuir para una eventual recuperación por parte de los deudores toda vez que, los fundamentos de este tipo de procesos es radicalmente diferente de aquellos de los procesos de deudores empresarios. En relación con los restantes párrafos del art. 6.1 son aplicables en estos supuestos los documentos que comprueben el estado civil de aquél, la lista de sus acreedores y el inventario de sus bienes y créditos.

En suma, el deudor deberá demostrar de forma clara e verdadera, en el proceso, el estado de su patrimonio en la fecha en la cual solicita o es requerida su insolvencia. Además, tratándose de un deudor consumidor, creemos que el aspecto preventivo del proceso y/o el hecho de que, en estos casos, la solicitud se hace, por otra parte, como último recurso, lleva a que aquél entregue al tribunal todos los documentos que eventualmente permita una solución favorable a su estado de insolvencia.

⁵⁴⁸Las deudas asociadas al consumidor persona natural derivan normalmente de la adquisición a crédito de vivienda, coche, bienes de consumo asociados a la vida familiar, como equipamiento del hogar y, de acuerdo con las nuevas tendencias, recurso generalizado a las tarjetas de crédito y otros instrumentos bancarios al servicio del crédito al consumo, hablando de deudas documentadas. Ni todos los consumidores insolventes, con todo, practican el llamado endeudamiento de bienes superfluos visto que la adquisición de los tres primeros tipos de bienes absorben la mayor parte de las rentas de las familias. “En realidad, tratándose la vivienda de un bien esencial, las familias tienden en primer lugar a sacrificar las deudas con el crédito contraído para consumo. Solo en situaciones límite se producirá el incumplimiento del crédito para adquisición de vivienda. Pero en el origen de situaciones de incumplimiento de crédito al consumo encontramos, en muchos casos, dificultades para satisfacción de compromisos resultantes del peso del crédito para adquisición de vivienda en un cuadro de multiendeudamiento. (Traducción nuestra). AAVV, *O Endividamento dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 80. El deudor consumidor también puede poseer deudas no documentadas, como préstamos particulares, cuyos acreedores, generalmente incluidos en un círculo de sujetos próximo al deudor, no siguen a reclamarlas en el proceso.

Por otro lado, el art. 42 LC complementa el deber de información del deudor al tribunal y a la administración concursal siempre que tal sea necesario y requerido por estos y es aplicable, sin más, a cualquier tipo de deudor. Más problemas surgen con el art. 45.1 LC, concretamente con relación a los documentos derivados de la actividad profesional del deudor, toda vez que sus rentas profesionales son esenciales para determinar su estado patrimonial. Todavía, estos tipos de insolvencia no se caracterizan por el incumplimiento de deudas profesionales o derivadas de la actividad empresarial o autónoma del deudor, sino de su endeudamiento para consumo propio o de su familia. Pero la determinación de la degradación del patrimonio del deudor puede haber diferentes orígenes, por lo que si puede defender la aplicación de este deber adicional. En la práctica, con todo, el juez deberá limitarse, en su análisis, a las deudas particulares y, además, los deberes de los art. 6 y 42 LC abarcan los documentos relativos a las rentas del deudor, generalmente procedentes de sus salarios.

Determinados los deberes aplicables, hay que distinguir las dos situaciones previstas: de un lado, la falsedad y, de otro, la inexactitud grave. Ambas, cuando ocurren, impiden que los órganos de la insolvencia tengan conocimiento preciso de la realidad patrimonial del deudor e identifican violaciones graves de los deberes de colaboración y diligencia que le son impuestos por el proceso, previos o contemporáneos de aquel. Estos dos motivos fueran suficientes, como hemos indicado, para que dichos comportamientos se equiparen a los incluidos en el criterio general del art. 164.1 LC y, por el hecho de que indicián un acto ilícito tan grave como la creación de la insolvencia por el propio deudor, con culpa, abarcados por una presunción sin posibilidad de prueba en contra.

Según FARÍAS BATTLE, la falsificación de los documentos consiste en “la modificación, tergiversación o manipulación del contenido de los documentos presentados o a la creación de documentos sin base real que los sustente.”⁵⁴⁹ El deudor “viene a mostrar su intencionalidad y conducta dolosa a fin de alterar la información de carácter patrimonial (y personal, añadimos) que viene a suministrar con la documentación que aportara”.⁵⁵⁰ El elemento subjetivo, presente en el art. 164.1 LC fue recuperado de forma indirecta en esta presunción: no solo en la cuestión de la falsedad, sino cuando se observa la inexactitud grave. Esto porque, conjugando los dos requisitos de esta segunda situación, es necesario de un lado que el documento presente un error que imposibilite a los órganos de la insolvencia la verdadera

⁵⁴⁹FARÍAS BATTLE, M. «La calificación...», *RDM*, *op.cit.*, p. 108

⁵⁵⁰GARCIA-CRUCES, *La calificación...*, *op. cit.*, p. 48

aprehensión de la realidad patrimonial e personal del deudor, *tal cual* la falsedad. Por otro lado, tal inexactitud corresponde, por parte del deudor, a una falta de diligencia inexcusable, como hemos indicado, observándose en la práctica una equiparación entre dolo y culpa grave. El deudor, consciente de los deberes legales que le son impuestos, hace más que un simple error de cálculo o de escrita, impidiendo la comprensión de la información contenida en el documento. La verificación de estos dos hechos lleva a una calificación como culpable, toda vez que la presunción opera automáticamente, siempre que probadas una de las dos situaciones descriptas.

Diferente es la consideración sobre la falta de los documentos – aquí tiene aplicación la presunción *iuris tantum* prevista en el art. 165.2 LC, de que nos ocuparemos adelante. Por otra parte, el CIRE portugués no contempla una presunción idéntica a que hemos analizado y, observada una situación similar, hay dos posibilidades: o el acto del deudor no es tenido en cuenta para efectos de calificación, o vale la presunción *iuris et de iure* prevista en el art. 186.2 i) CIRE, que impone la calificación culpable a aquellos que, de forma reiterada, hayan incumplido los deberes de colaboración previstos en el proceso. Esto porque, como hemos indicado, el deudor consumidor no está obligado a solicitar su insolvencia, ni la omisión o retraso en la presentación es considerado para efectos de calificación (art. 186.5 CIRE) por lo que no se aplican las previsiones legales relativas al deber de solicitud.

Por otra parte, la solicitud, cuando son los acreedores a iniciar el proceso, de entrega de documentos por parte del deudor, cuando incumplido, configura una violación del deber de colaboración (art. 23.3 CIRE). Pero el poder discrecional atribuido al juez, a fin de considerar reiterado el incumplimiento del deber de colaboración, lleva a que, en el régimen jurídico portugués, la falsedad y inexactitud grave de los documentos entregados por el deudor no conduzca, inmediatamente, a una calificación de concurso culpable. Además, consideramos que, aunque se considere reiterado el incumplimiento del deber de colaboración, solo se podrá aplicar la presunción en el caso de solicitud de documentos por parte de los órganos de la insolvencia, o con base en la solicitud hecha por los acreedores o teniendo en cuenta el art. 83 CIRE, lo que implicaría que el deudor sistemáticamente incumpla la entrega o la corrección de las inexactitudes graves detectadas.

Ante lo expuesto, y teniendo en cuenta las particulares características de un concurso de consumidores, siempre se podrá afirmar que la falsedad y la inexactitud grave de los documentos que materializan esta presunción no serán, generalizadamente, causa de la calificación culpable de la insolvencia. Se comprende la existencia e inclusión de esta presunción en la ley positiva pero, como expusimos arriba, estos fundamentos serán de probable aplicación a los deudores que desarrollen una actividad empresarial, toda vez que la ocultación o modificación de los datos sobre su endeudamiento sirven los propósitos de permitir el cierre de la actividad evitando el cumplimiento de deudas o, por otra parte, por ejemplo, de potenciar la recuperación económica que proponen.

En el caso de los consumidores personas físicas, en particular, los documentos entregados no serán susceptibles de falsificación o inexactitud graves, particularmente en el sentido de que la ocultación de datos no será favorable al propio deudor que, toda vez que no potenciará las posibilidades de obtener un convenio beneficioso (porque los acreedores podrán no pretender negociar, aguardado, no existiendo rentas contemporáneas al proceso, la mejor fortuna del deudor o, siempre que las deficiencias de la documentación tengan como propósito la exclusión de acreedores, estos siempre podrán echar mano de las reglas procesales generales que le permiten la totalidad del pago de la deuda) y, por otro lado, el tipo de deudas, documentadas, que configura este tipo de insolvencias, procedentes, en generalidad de negocios de origen bancaria, no permite que el deudor haya la posibilidad de modificar de forma dolosa o negligente el contenido de los documentos, así como aquellos que materializan sus rentas, por lo que esta presunción, en estos supuestos, perderá su utilidad práctica.

3.3.2 - Presunciones de alcance patrimonial

Debido a la naturaleza de las presunciones previstas en estos párrafos, o sea, actos del deudor, en la mayor parte de los casos, previos a la declaración de insolvencia, que comprometen su patrimonio y, consecuentemente, la garantía general que este constituye para los acreedores, hemos optado por analizarlas como un bloque, refiriéndonos a los art. 164.4 5 y 6 LC y art. 186.2 a) y b) CIRE, que contempla preceptos semejantes a los contenidos en la LC.

Esto porque, analizadas como un todo, estas presunciones permiten una evaluación de comportamientos del deudor que son típicos de una actuación dolosa que tiene como

propósito, normalmente, desviar su patrimonio personal a fin de que, existiendo liquidación o ejecución, este sea insuficiente para cubrir las deudas existentes y, dentro del proceso concursal, conducir a una conclusión del mismo sin que haya pago a los acreedores (art. 176.1.4 LC y 39 CIRE, que, incluso en su párrafo 9 presume la insuficiencia patrimonial cuando el patrimonio sea inferior a €5000).

Dichos son así marcados por una conducta intencional cuyo objetivo es frustrar el cumplimiento de las obligaciones existentes y que, indirectamente, han conducido a la propia situación de insolvencia. Pero, como vimos, el propósito de las presunciones previstas en este artículo, en cuanto facilitadoras de la prueba, no es tanto el de seguir el criterio general como el de ampliar la posibilidad de punición civil a las situaciones cuya gravedad, equiparadas a la creación y agravamiento de la insolvencia, son más frecuentes y perjudiciales al tráfico jurídico y económico.

Los comportamientos que encierran estas normas, referentes, por ejemplo, a la ocultación o disipación de patrimonio son tanto observables en deudores empresarios, como en deudores consumidores. Se trata de un expediente común que permitiría poner a salvo del patrimonio que se pone a la disposición de los acreedores como garantía general de pago, un conjunto de bienes que el deudor pretende reservar para sí propio. Por otra parte, los comportamientos descritos en estas normas, que implican muchas veces la existencia de otros participantes, revelan especial importancia, debido a la previsión específica de la complicidad en la ley española.

Con relación al art. 164.2.4 LC, son definidas dos hipótesis distintas: *el alzamiento de bienes y el impedimento, retraso o dificultad de embargo provocado, en una ejecución, por el deudor*. El denominador común no deja de ser, atendiendo a la estructura de la norma, la existencia de perjuicio para los acreedores – en la primera de las situaciones puede ser fácil la constatación de perjuicio, toda vez que hay una clara disminución del patrimonio; en la segunda, hay que proceder con cautela.

Podemos decir que el alzamiento de bienes es una operación de ocultación o desaparición de bienes del patrimonio del deudor que se caracteriza por una actuación de hecho, primordialmente (en contraposición con el art. 164.2.6 LC que corresponde a una actuación

jurídica, recurriendo, por ejemplo, a los negocios simulados) en la cual se puede incluir la retirada de los bienes de la esfera jurídica del deudor, haciéndolos inalcanzables en cuanto garantía general de las deudas o, como indica la doctrina, en la violación del *par conditio creditorum*, o sea, el perjuicio para los acreedores nace de la inversión del principio del tratamiento igual de los acreedores que no tengan preferencia sobre el patrimonio del deudor – el beneficio de unos en detrimento de otros, se incluye en esta presunción.

Hay así que tener en cuenta las reglas sobre los negocios realizados por el deudor y que pueden ser combatidos por el acreedor recurriendo a la acción pauliana, prevista en el art. 1111 CC español, y que constituye un buen punto de partida para definir una situación de alzamiento.⁵⁵¹ Por otro lado, esta previsión legal se encuadra en las referidas normas del CIRE, que hablan en la destrucción, ocultación, inutilización total o parcial del patrimonio del deudor, añadiendo aún la referencia a negocios ruinosos realizados en provecho del deudor o de personas especialmente relacionadas (art. 92.5 y 93 LC y 47.2.b), 48 a) y 49.1 CIRE)⁵⁵² que no solo pueden caracterizar alzamiento de bienes, como introducen la necesidad de definición de la complicidad concursal, como veremos posteriormente.

Recordamos que el art. 166 LC define la complicidad como acto de cooperación en relación con los actos del deudor que han conducido a la calificación como culpable. Así, muchos actos de disposición material incluidos en la noción de alzamiento llevan a que sea necesario tener en consideración un conjunto de personas naturales que, en el caso del deudor consumidor, en mucho pueden coincidir con las personas definidas en los artículos indicados. Pero, la extensión de la calificación a aquellos solo opera en el régimen jurídico español, toda vez que el CIRE no prevé la figura de los cómplices, sino de eventuales administradores del deudor (de hecho o legales).

⁵⁵¹FARÍAS BATTLE, M. «La calificación...», *RDM...*, *op.cit.*, p. 118. Nos refiere la autora la jurisprudencia del TS, en afirmando la definición para el alzamiento como “dicha conducta (...) comprende conductas de distinta naturaleza, consistentes en la ocultación, la enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, simulación fraudulenta de créditos o cualquier actividad que sustraiga los bienes del patrimonio del deudor sujetos a responsabilidad al fin solutorio a que se hayan afectos”. MENEZES CORDEIRO nos adelanta aún una lista de actos que conducen al perjuicio de los acreedores: la disminución del activo, por alienación, oneración o cumplimiento selectivo; el aumento del pasivo por constitución de obligaciones o la estagnación patrimonial por no realización de los actos adecuados, cuando posibles. MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 477.

⁵⁵²La relación entre el deudor y las personas especialmente relacionadas con ello assenta en una relación de “cercanía, de trato y conocimiento, con independencia de las causas de los créditos como de sus propias conductas”. Esto en la clasificación de tales créditos como subordinados, pero no como criterio de complicidad, por lo que hay de matizar la relación entre ambas las partes con las referencias a que ya aludimos. VEIGA COPO, A.B. «Créditos Subordinados en la Ley Concursal» in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, *op. cit.*, p. 12.

En conclusión, a fin de rellenar la presunción, debe probarse el acto material o jurídico que sustenta el alzamiento y, además, el correspondiente daño para los acreedores, que no es más que la imposibilidad de garantizar el resarcimiento de sus deudas a través de la garantía general que constituye el patrimonio del deudor que, así, se disminuye y, en casos extremos, puede llevar a que la masa de bienes sea, *ab initio*, insuficiente en el proceso. Es, por todo, el ánimo de perjuicio que ha animado la conducta del deudor, que es buscado por la presunción.

En relación a la segunda parte del artículo en cuestión, no son todos los actos del deudor que conducen a la calificación como culpable, toda vez que hay que encuadrar la actuación en ello prevista en un cuadro de perjudicialidad para los acreedores, siempre que los actos materiales o jurídicos (por ejemplo, instrumentos procesales) produzcan un efecto negativo en su patrimonio o tengan como objetivo puro y simple el incumplimiento de sus obligaciones o la frustración del proceso.

Esto porque, como indica GARCÍA-CRUCES, siempre debemos restringir el contenido de la norma, “so pena de arrojar un resultado absurdo”. Nos indica el autor las situaciones en que “simplemente, el deudor común hubiera manifestado su oposición o formulado su contestación a la demanda instada por uno o varios de sus acreedores,”⁵⁵³ que caben en el tenor literal de la norma, pero que válidamente están al servicio de la defensa del deudor y que no le pueden ser retirados. Pero hay que cuestionar, dentro de los parámetros definidos, si el recurso a ellos configura o no mala fe procesal, en el caso de que se pervierta el objetivo de la defensa, porque el deudor logra así retrasar o impedir la ejecución, como definido en la norma, en perjuicio de sus acreedores.⁵⁵⁴ En esta segunda circunstancia, probada la intención del deudor, será de aplicar a la norma legal. En relación con los actos materiales como, por ejemplo, la recusa del deudor en permitir la aprehensión de bienes, se observa que corresponden claramente a la intención del legislador.

Por último, las dos últimas referencias respectan a los párrafos 5 y 6 del citado art. 164.2 LC: sobre el primero, se establece una presunción de concurso culpable siempre que el deudor, en

⁵⁵³GARCÍA-CRUCES, J.M. *La calificación...*, *op.cit.*, p. 51

⁵⁵⁴FARÍAS BATTLE, M. , «La calificación...», *RDM*, *op.cit.*, p. 123, que nos refiere el intento “(...) defraudatorio y dilatorio(...) que, segundo la autora, se equipara a la primera parte del precepto en análisis.

los dos años anteriores a la declaración de la insolvencia, haya realizado negocios fraudulentos de disposición de bienes. En primer lugar, el plazo establecido corresponde a la idea del legislador de que, de algún modo, dichos actos de disposición se aproximan de la fecha de ocurrencia de la situación de insolvencia y que a su creación o agravamiento hayan contribuido. En segundo lugar, corresponden también a los negocios afectados por la presunción de perjudicialidad prevista en el art. 71.1 LC, siempre que se compruebe (en consonancia con el propio 71.1 *a contrario*) la intención fraudulenta del deudor y otros que puedan encuadrarse en la previsión normativa. Hay que proceder con relativa cautela, toda vez que, como referimos, la actuación en el negocio, de terceros, especialmente de personas especialmente relacionadas con el deudor, puede conducir a una extensión de la calificación culpable a aquellos.

Pero siempre podemos aludir a eventuales dificultades en fundamentar la presunción, toda vez que el intuito fraudulento del deudor se reconduce, como hemos visto, a provocar una disminución o agravamiento de su patrimonio con el sentido de perjudicar a sus acreedores, por lo que tendremos que jugar no solo con la previsión normativa de perjuicio patrimonial, como definida en el art. 71 LC, sino también con el ánimo que ha motivado el comportamiento del deudor. Hay que moderar la discusión incluyendo un elemento subjetivo, aunque la ley, cuando trate de los negocios perjudiciales para la masa activa (y presume tal perjuicio), lo hará solo recurriendo a elementos objetivos que no son suficientes para la calificación culpable.

En relación con el último precepto, el contenido en el art. 164.2.6 LC define dos posibilidades – una simulación patrimonial en sentido negativo, y otra en sentido positivo - en el primero de los casos, el deudor presenta una situación de insolvencia, *in extremis*, que no existe, o, por otra parte, presenta un dibujo de una situación patrimonial favorable, que contradice su realidad patrimonial.

Este artículo pretende alcanzar, no solo actos materiales, como previstos en los párrafos antes indicados, sino actos jurídicos que, por una parte, pueden conducir al retraso en el cumplimiento del deber de presentación que sobre el deudor recae o aumentar su endeudamiento, concretamente por obtención de crédito que de otro modo no le sería concedido y, por otra, permitir al deudor la simulación de un estado de insolvencia después de, ilícitamente, tener apartado su patrimonio del alcance de sus acreedores (además de los

actos materiales o jurídicos indicados) puede invertir los objetivos del proceso, toda vez que conduce a su cierre prematuro y sin que se cumplan los pagamientos de deudas a ello asociados.

Hay así que atender a la definición jurídica de acto simulado, a fin de encuadrar la actuación del deudor en la previsión legal. La simulación que nos interesa es la simulación fraudulenta, o sea, aquella donde existió “intención de perjudicar terceros ilícitamente o de torner cualquier norma legal.”⁵⁵⁵ De este modo, toda vez que existe una declaración negocial que contradice la voluntad real, la sanción que cae sobre el negocio simulado es la nulidad⁵⁵⁶ – tal conducta es claramente reconducible al dolo, hasta porque el patrimonio del deudor no sufre alteraciones reales, pero solamente ficticias.

Dichas prácticas, por parte del deudor, son así comprobatorias de un intento fraudulento en relación a sus acreedores, elemento que es, como vimos, común a las presunciones de alcance patrimonial que analizamos. Por otro lado, sobre el tipo concreto de deudores en cuestión, la ausencia de elementos contables puede tornar la prueba más difícil, siendo que la documentación que sustenta su patrimonio es más escasa. Pero, en realidad, muchas veces la disolución del matrimonio es una de las soluciones para evitar que el patrimonio sea alcanzado por los acreedores – se trata de un acto jurídico que, a pesar de si tratar de un acto que en primera instancia produce efectos personales, implica un convenio relativo al inventario de bienes y deudas con efectos patrimoniales extremadamente importantes - y si la intención de las partes fue, no la de poner un fin a su relación conyugal, con todos los derechos y deberes a ella atinentes, sino la de provocar un inventario fraudulento, siempre podemos aducir los fundamentos para una simulación y fundamentar la presunción referida.

Por último, sobre la aplicación de la ley portuguesa, como hemos visto, las presunciones de alcance patrimonial no son tan específicas como las de la LC, por lo que los ejemplos definidos arriba serán encuadrados en los párrafos que referimos, exceptuándose las relativas a la complicidad, toda vez que tal figura no será atendida ante el derecho portugués.

⁵⁵⁵ Traducción nuestra. MOTA PINTO, C. A., *Teoria Geral...*, op. cit., p. 472.

⁵⁵⁶ Linealmente se establece en el art. 240 C.C. portugués, tanto se trate de simulación absoluta o relativa, i.e. cuando no existe ninguno negocio oculto, o cuando las partes han celebrado un negocio, pero bajo la apariencia de otro.

3.3.3 - El incumplimiento culpable del convenio

La última de las presunciones *iuris et de iure* sobre la cual encuentra su fundamento en el incumplimiento culpable de las reglas establecidas en el convenio obtenido por el deudor que implica, automáticamente, la conversión de un proceso de tipo recuperación en un proceso de liquidación, como prevé el art. 143.1.5 LC. Se trata de una situación de incumplimiento de deberes concursales, nacidos de un mecanismo alternativo de pago a los acreedores, que radica en el acuerdo obtenido entre el deudor y aquellos, estableciendo un conjunto de reglas, formas y plazos de pago que tiene en cuenta la situación concreta del patrimonio del deudor, el conjunto y tipo de sus deudas y la capacidad del deudor de cumplir sus obligaciones dentro del cuadro establecido y que estudiaremos en el capítulo siguiente.

La falta de un mecanismo propio en la LC para los deudores específicos que analizamos, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, conduce a que el deudor asuma una postura diligente en el proceso, no solo en el sentido de proponer anticipadamente un convenio, por ejemplo (art. 104.1 LC) como también, en su cumplimiento. La importancia de tal acuerdo, no solo para los acreedores, sino particularmente para el deudor, ha conducido al legislador a considerar el incumplimiento culposo de los deberes a ello asociados demostrativo de un comportamiento, por parte del deudor, tan grave como la creación o agravamiento de su insolvencia, como sea la falta de diligencia en solucionar sus estructurales problemas de endeudamiento y el desprecio demostrado por un intento de resolución de su insolvencia.

Además, el art. 105 LC presenta un conjunto de prohibiciones de solicitud de propuesta de convenio por parte del deudor que indica un patrón de diligencia anterior al inicio del proceso, indicativo de una actuación próxima a la que defendemos para el buen padre de familia (sobre todo en casos de insolvencia derivada de hechos externos y no de endeudamiento precipitado o culposo del deudor), como veremos en el próximo capítulo.

El cumplimiento del convenio es así un deber fundamental del deudor, que, proponiéndolo o aceptando las condiciones propuestas por los acreedores y acreditadas por el juez del proceso (art. 109 LC) intentará cumplir sus obligaciones a fin de recuperar de la situación de insolvencia. Rara será así, obtenido tal acuerdo, una actuación culpable que conduzca a la apertura de la liquidación. Esto porque la ley, impone aún al deudor que, observada la

incapacidad de cumplimiento del convenio, solicite al juez la apertura de la liquidación (art. 142.3 LC), a fin de que el incumplimiento no cause demasiados perjuicios a los acreedores.

Así, hay que determinar las causas del incumplimiento del convenio, así como atender a la declaración de aquel prevista en el art. 140 LC. El juez, de oficio, disponiendo de los datos necesarios para declarar el incumplimiento y ordenar la liquidación, tiene en su poder los hechos que comprueban la violación de los deberes impuestos al deudor y considerar culpable el concurso vía art. 164.2.3 LC.

Pero hay que enfrentar una eventual dificultad: el artículo no indica (y no debería indicar, toda vez que los elementos subjetivos están alejados de las presunciones y solo se deducen) el grado de culpa, refiriéndose solamente a causa imputable al deudor. Toda vez que las presunciones no se relacionan con el criterio general del art. 164.1 LC, teniendo en cuenta el elemento literal de la norma, basta la mera negligencia para considerar culpable la insolvencia.⁵⁵⁷ Negligencia que se reconduce no solo a las causas sustantivas que llevarán al incumplimiento del convenio y a la declaración judicial de incumplimiento, sino también a la violación del deber indicado en el art. 142.3 LC. Por último, concluimos que, en estos casos, la apertura de la sección sexta del proceso se debe al previsto en el art. 163.1.2, o sea, a la apertura (de oficio) de la fase de liquidación.

El CIRE, cuando el deudor persona singular solicita la declaración de su insolvencia y cuando logra la homologación del plan de pagos, prevé que no se abra el incidente de calificación, que representa un “beneficio relevante” para el deudor, en su art. 259.⁵⁵⁸ Habiendo incumplimiento, la sanción legal es la pérdida del beneficio del perdón de deudas eventualmente consagrado, cuando no se haya pactado nada en contra (art. 260 CIRE). Así, solo cuando el plan no es homologado por el juez o cuando es derogado por recurso judicial, se permite la calificación, toda vez que el proceso ha de continuar en sus términos generales – pero, como hemos visto, el deudor no es sancionado por falta de diligencia en el cumplimiento del plan (como sanción se puede indicar el hecho de que se declaran sin efecto los efectos eventualmente producidos – vía art. 259.3 CIRE).

⁵⁵⁷FARÍAS BATTLE, M. «La calificación...», *RDM, op. cit.*, p. 114.

⁵⁵⁸CARVALHO FERNANDES, L. y LABAREDA, J., *Código...*, *op. cit.*, p. 830.

3.3.4 - El incumplimiento del deber de solicitud

Lo previsto en el art. 165.1 LC introduce el análisis de las presunciones *iuris tantum*, o sea, aquellas, como definimos arriba, que presumen la existencia de culpa, en sentido amplio, del deudor y sus administradores y que, por su construcción, admiten prueba en contrario. Como nota previa, recordamos también que el art. 186.3. a) CIRE, también ello definiendo igual presunción, y de idéntico valor, no se aplica, toda vez que los deudores no empresarios no están abarcados por el deber de solicitud.

Otra, con todo, fue la intención del legislador concursal español que, en el art. 5.1 LC, sin hacer cualquier distinción entre los varios tipos de deudores, establece un deber de solicitud en los dos meses siguientes a la fecha de conocimiento del estado de insolvencia, o “insuficiencia de medios propios”.⁵⁵⁹ Este deber, como observamos, implica aún algunos deberes asociados al proceso, concretamente de entrega de documentos necesarios a la determinación de la masa concursada, que por su importancia, son incluso previstos en otras presunciones relativas a la calificación concursal. Se trata, sin cualquier duda, de uno de los deberes más importantes previstos en la LC porque la solicitud, anticipada o contemporánea a la observación de la situación de insolvencia permite, por una parte, que la LC cumpla sus propósitos preventivos (por ejemplo alcance de un convenio en vez de la liquidación del patrimonio del deudor) y, por otro lado, hay que tener en cuenta que el proceso concursal tiene como principal objetivo la satisfacción de los acreedores, por lo que el inicio del proceso dentro de los plazos fijados por la ley permite que este se desarrolle con la eficacia y rapidez definidas por el legislador.

La presunción nos permite así concluir que el retraso o la inexistencia de solicitud (o el retraso o inexistencia del convenio anticipado o acuerdo de refinanciación) por parte del deudor implica la existencia de culpa en, por lo menos, el agravamiento del estado de insolvencia. Esto porque la LC define dos tipos de concurso: el necesario y el voluntario, como definido por lo art. 22 LC – necesario, cuando el proceso se inicia por iniciativa de los otros legitimados para ello (art. 3 LC); voluntario, cuando es iniciado por el deudor, con base en insolvencia actual, o inminente (art. 2.3 LC).

⁵⁵⁹BLANCO BUITRAGO, R. «Consecuencias del incumplimiento...», AAVV, *Estudios sobre la ley ...*, op. cit., p. 4904.

En caso de concurso necesario, los otros legitimados o se anticipan al deudor (art. 22.2 LC) o inician el proceso cuando el deudor, aunque abarcado por el deber de solicitud, no lo hizo. En la primera situación, no tiene aplicación la presunción en cuestión, toda vez que el deudor podría estar aún dentro del plazo de dos meses que le atribuye la ley para su presentación.

Así se concluye que la presunción se aplica, por dos vías: o el deudor solicita la declaración (concurso voluntario) pero fuera de plazo; o el deudor no es el primero a solicitar la apertura del proceso (concurso necesario) y tal hecho ha contribuido a la creación o agravamiento de la insolvencia. Por otra parte, hay que jugar con la noción de insolvencia actual del art. 2.2 y con el art. 6.2 y 2.4, todos de la LC: el deudor conoce y reconoce su incapacidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles – a partir de tal fecha tiene un plazo de dos meses para cumplir su deber de presentación. La ley, por su parte, establece una presunción de conocimiento de la situación de insolvencia, *iuris tantum*, cuando observados los hechos indiciadores de la situación de insolvencia en ella previstos. Estos hechos, que sustentan la apertura del proceso por parte de los otros legitimados, incluyen comportamientos o actos relacionados con el deudor o su patrimonio que indician la existencia de una insolvencia actual, por lo que el deudor, conociéndolos, no obstará al inicio del recuento del plazo para su propia solicitud, salvo invocación de causas justificadas para una actuación en sentido contrario, como es la comunicación, como prevista en el art. 5.3 LC, al juez, del inicio de las negociaciones con los acreedores atinentes a obtener un convenio anticipado.

Sino en este caso, el agotamiento del plazo concedido (dos meses), sin que el deudor solicite la declaración de su propio concurso, no obteniéndose las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de un convenio anticipado, indicará el incumplimiento de esta presunción, por lo que también aquí se podrá declarar el concurso como culpable. Por otra parte, hemos puesto de relieve, en sede propia, que en el momento en que el deudor conozca la imposibilidad de obtener la concordancia de sus acreedores para la obtención de las adhesiones necesarias, deberá solicitar la declaración de insolvencia. Cuando se agrave la insolvencia del deudor en virtud de este, por ejemplo, esperar la llegada del final del plazo de tres meses para proceder a la solicitud de concurso, no se producirá verdaderamente incumplimiento del deber de solicitud, pero tal comportamiento, configurando una actuación gravemente culpable, siempre podría ser sometida al criterio general del art. 164.1 LC.

Se requiere, por lo tanto, al juez, en las situaciones de frontera, que la diligencia del deudor, en caso de incumplimiento del deber de solicitud, sea cuidadosamente analizada, especialmente observándose que el deudor carece de información relativa al concurso, prolongando su agonía patrimonial por desconocer los deberes legales a que quedaría sometido, como el propio deber de solicitud, incluso porque el reconocimiento del estado de insolvencia por parte de los deudores, especialmente de aquellos que analizamos, no es tarea fácil, además porque la insolvencia no es la tradicional vía de solución del problema por parte de los consumidores personas físicas (por variados motivos, que van desde el estigma social y psicológico típico del derecho concursal continental al elevado coste del proceso, así como la referida falta de información) lo que conduce al retraso de la solicitud.

En estos casos, siempre podremos afirmar que la solución del CIRE es más equilibrada, toda vez que la dispensa de tal deber en relación con los deudores no empresarios tuvo en cuenta la especificidad de los mismos y la constatación real de que la insolvencia solo es demandada por ellos *in extremis*, por lo que no puede considerarse la omisión o retraso en la solicitud para efectos de verificación de la presunción y ni para la calificación como culpable (a pesar de, como veremos, el retraso en la solicitud puede suponer efectos más perniciosos, como es la imposibilidad del deudor de acudir a la exoneración del pasivo restante).

3.3.5 - El incumplimiento de los deberes de colaboración e información en el proceso

Otra de las diferencias entre la LC y el CIRE radica precisamente en esta presunción legal: en cuanto la LC califica este comportamiento como revelador de culpa, en sentido amplio, por parte del deudor, originado el incumplimiento una presunción *iuris tantum*, el CIRE encuadra el incumplimiento reiterado de tales deberes en una presunción *iuris et de iure*, lo que va a conducir a una calificación automática de concurso culpable, siempre que el juez consiga determinar, con claridad, lo que significa incumplimiento reiterado de tales deberes.

En primer lugar, hay que enunciarlos: en España, ellos surgen en los artículos 42.1, 45 y 117.2 LC; en Portugal, en el art. 83 CIRE, de un modo general y a lo largo de varios preceptos que añaden en situaciones específicas los deberes ya enunciados en el art. indicado

(sobre el deber de asistencia en las juntas de acreedores, art. 72.5 CIRE): consisten así en tres tipos de deberes, complementarios – toda vez que el proceso se basa en la búsqueda de una solución armonizada entre los acreedores y el propio deudor, se imponen deberes de colaboración con el tribunal y los órganos de la insolvencia, que asientan en el suministro de toda la información tenida como esencial y, además, implica la presencia del deudor en los actos determinantes de los rumbos del proceso. El objetivo de dichos deberes deviene claro, porque que la insolvencia pierde su aspecto sancionador y gana un contenido, como miramos, muchas veces preventivo o, en el caso que analizamos, de recuperación patrimonial. Así, hay que determinar en qué medida el deudor incumple sus deberes, demostrando la existencia de un comportamiento culposo por parte de aquél.

Dos cuestiones pueden, todavía, plantearse. Por una parte, no podemos olvidar que el art. 165 LC presume la existencia de dolo o culpa grave en la creación o agravamiento de la insolvencia – ora y, como bien observamos, estos deberes nacen con el inicio del proceso, por lo que hay que establecer el nexo de causalidad que siempre defendemos, entre la conducta del deudor y la creación de su estado insolvente. Pero tal operación es claramente imposible, por una cuestión de límites temporales – podemos establecer una relación causal con el agravamiento de la insolvencia y, por otro lado, la falta de diligencia demostrada por el deudor durante el proceso es obviamente indicadora de igual falta de diligencia en la gestión de su endeudamiento, por lo que nos parece aceptable la existencia de esta presunción.

En Portugal, como referimos, la presunción se encuadra en el rango de presunciones *iuris et de iure*, o sea, se considera que tal incumplimiento de deberes no es, exactamente, causa de la insolvencia, sino una violación de deberes de cuidado tan grave cuanto la propia creación o agravamiento de la insolvencia, no admitiéndose prueba en contrario. Nos parece, por ese motivo, que la solución de la LC es más equilibrada, a fin de permitir al deudor exponer las motivaciones para dicho incumplimiento, evitando la calificación de la insolvencia como culpable.

La segunda cuestión tiene que ver con la medida del incumplimiento de tales deberes: el CIRE establece el criterio del incumplimiento reiterado que, con todo lo que la seguridad jurídica nos exige, podemos transponer para el art. 165.2 LC. A pesar de que la LC dibuja una presunción de culpa en sentido amplio que se basa en el incumplimiento de una de las

categorías que la ley alternativamente presenta, juzgamos acertado que no basta una violación puntual de tales deberes para hacer operar la presunción, sino un patrón de incumplimiento que permita la construcción de una imagen de falta de diligencia grave por parte del deudor compitiendo al juez, oficiosamente, determinar, teniendo en cuenta el tipo de deber, las causas y circunstancias del incumplimiento y, esencialmente, el tipo de deudor y concurso, voluntario o necesario, de que se trate (véase también el art. 83.3 CIRE, que establece que el incumplimiento de tales deberes es libremente valorado por el juez). Esto porque, la rareza de procesos relativos a deudores/personas naturales no empresarios/consumidores y el propósito normal con que se presentan (la obtención de un convenio) difiere de la circunstancia de que el proceso sea promovido por sus acreedores (imponiéndole una mayor diligencia) y, también de procesos de deudores empresarios: pensamos así que el juez suele interpretar con prudencia tal presunción.

Por último, hay que relacionar tal presunción con el previsto en el art. 164.2.2 LC, en lo que respecta al incumplimiento del deber de entrega de documentos solicitados en el proceso: podemos incluir, dentro de esta presunción de dolo o culpa grave, la falta de entrega de documentos sin justificación, en oposición a la falsedad o inexactitud grave previstas en aquel otro artículo, que añaden una circunstancia más gravosa que el mero incumplimiento de entrega, que se encuadra en la violación del deber de suministro de información que identificamos en el art. 165.2 LC.

3.4 – Las personas afectadas por la calificación

3.4.1 – El deudor y sus representantes

El art. 172.2.1 LC y el art. 189.2 a) CIRE determinan que la sentencia que declara el resultado de la calificación, en cuanto culpable, deberá indicar las personas afectadas por la calificación. Como bien sabemos, estas se perfilan en el art. 164 LC: el propio deudor, sus representantes legales, si se trata de una persona física y los tuviera y, en caso de una persona jurídica, los administradores, liquidadores de hecho o derecho que posea.⁵⁶⁰ Con relación a los deudores consumidores, la LC es clara: solo el deudor y sus eventuales representantes legales son afectados por la calificación. Están excluidos, por lo tanto, los representantes voluntarios.

⁵⁶⁰ El proyecto de reforma de 2011 pasa también a incluir los apoderados generales.

En el CIRE, por otra parte, la conjugación del art. 186.1 y 6.1 b) permiten la inclusión de representantes voluntarios.

Analizando el art. 186 CIRE, concretamente sus apartados, 2, 3 y 4, observamos que los dos primeros excluyen la aplicación de las presunciones de dolo y culpa a los deudores personas físicas, operando, sin embargo, una extensión de aplicación en el apartado 4 a aquellos y a sus administradores, casos existan, con las necesarias adaptaciones, siempre que la situación en concreto lo justifique.

Uno de los problemas que se puede suscitar es la definición legal de administrador. Esta está presente en el artículo 6 CIRE y también nos parece estar en contradicción con la redacción del art. 186.1 CIRE, en lo que respecta a la falta de precepto específico para los administradores de la persona física. Nos dice el párrafo b) del apartado 1 del citado artículo 6 que “siendo el deudor una persona natural, sus representantes legales y mandatarios con poderes generales de administración” son considerados administradores, para efectos de aplicación del CIRE. Nos dicen incluso CARVALHO FERNANDES y JOÃO LABAREDA que “no están, por eso, en causa preocupaciones de rigor dogmático, pero antes objetivos de índole predominantemente pragmática.”⁵⁶¹El legislador español, por su parte, no hace referencia a cualquiera de las especialidades en estos supuestos, por lo que se ha de aplicar la noción civil de representación legal que, en realidad, es lo que ocurre en el Código portugués, pero con una clarificación expresa en la ley, que permite la extensión a los administradores voluntarios del deudor.

3.4.2 – Los cómplices

La calificación del concurso prevista en la sección sexta de la LC no contempla, en el caso concreto que nos ocupa, solamente los deudores personas naturales y sus representantes legales. A pesar del objetivo primero del procedimiento de calificación ser precisamente ese, lo de alcanzar aquellos que en primera instancia se perfilan como responsables por la creación o agravación del status de insolvencia, la realidad se revela más fértil en la revelación de otros

⁵⁶¹Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L. y LABAREDA, J., *Código...*, op. cit., p. 85.

responsables por tal hecho, por lo que la ley tiene como objetivo último la punición civil de todos los envueltos.

Es por eso que, en el caso de las personas jurídicas se contempla directamente la legitimidad procesal de los administradores de derecho y de hecho, en el artículo 164.1 LC – para las personas naturales hay que buscar el art. 166 LC, que prevé la extensión de la calificación a los cómplices (no dejando de parte, obviamente, las personas jurídicas). La principal diferencia con relación al derecho derogado es la previsión de un criterio general, en sustitución de un conjunto de presunciones de culpabilidad, precisamente para que se pueda extender abarcar a todos tipos de deudores y para que se sobrepasen las dificultades creadas por el casuismo vertido en el anterior texto legal.

El art. 166 LC nos dice que se consideran cómplices todas las personas que, con dolo o culpa grave (acompañándose el criterio general del art. 164 LC, a fin de coincidir con las definiciones establecidas para los deudores y sus administradores) han cooperado con los sujetos previstos en el art. 164 en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

Diferentes notas se retiran de la previsión legal. Por una parte es necesario analizar elementos subjetivos (quién son las personas) y objetivos (que actos han practicado y cual la influencia en el acto del deudor determinante de la creación o agravamiento de la insolvencia) mediados por la noción de dolo y de culpa grave, que ya conocemos. Por otra parte, hay que apartar a esto análisis de la noción técnico-penal de complicidad⁵⁶², de acuerdo con el artículo 163.2 LC y el propio art. 260 CP, que impone la autonomía entre jurisdicción penal y civil, o sea, la

⁵⁶²El art. 29. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, publicada en el BOE n.º 281, de 24 de noviembre de 1995 prevé que los cómplices son los que, no siendo autores, han cooperado en la ejecución del hecho punible con actos anteriores o simultáneos. La jurisprudencia añade que un elemento fundamental de la complicidad es el dolo – STS de 23-05-03 R.A. 5499, como indicado por OCAÑA RODRIGUEZ “es esencial desde el punto de vista penal, la presencia de dolo en el cooperador necesario o cómplice.”. OCAÑA RODRIGUEZ, A. *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo derecho concursal – Aspectos Penales y Civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 183. A título comparativo, el art. 27.1 del CP portugués (DL num. 48/95, de 15 de marzo, modificado la última vez en 2007) impone el dolo, afirmando que el cómplice es aquél que con dolo y de cualquier forma prestar auxilio moral o material a la práctica, por otro, de un hecho punible doloso, no siendo una cooperación necesaria. El concepto civil de complicidad es más largo, toda vez que no es esencial la presencia de dolo, sino de culpa grave, a ello equiparada, como hemos visto. Por otra parte, la pena a aplicar a los cómplices es, en principio atenuada – art. 66.6 CP español (cuando no concurren circunstancias atenuantes o agravantes el juez debe aplicar *la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*) y 27.2 CP portugués (que indica directamente que a la complicidad se aplica la pena prevista para el delito, pero especialmente atenuada).

sentencia de culpabilidad que derive de la sección sexta no vincula los jueces de la jurisdicción penal que entiendan pronunciar el deudor por eventuales delitos concúrsales. Como veremos, tal podría ser una tentación para el juez, toda vez que algunas de las presunciones de los artículos 164.2 y 165 LC configuran igualmente delictos.⁵⁶³ Esto no impide, con todo, que cuando exista una condena penal anterior, esta permita dar como probados ciertos hechos en que se basa la calificación como culpable.⁵⁶⁴

La noción de complicidad, con todo, no se aleja de la noción penal de colaboración, especialmente con el deudor y/o sus representantes legales o administradores, en lo que respecta a los comportamientos adoptados por aquellos y que han contribuido a generar o empeorar la insolvencia. Nos dice GARCÍA-CRUCES que hay que

[...] atender a la actividad por ellos desarrollada sino, también y de un modo inexcusable, a la voluntariedad con que se produce su intervención y a la consciencia de que participan en la causación o agravación de la insolvencia de quien recibe esa colaboración o, al menos que su actuar no responde a la más elemental exigencia de cuidado y prevención por evitar su participación en ese resultado que justifica la calificación del concurso del deudor común como culpable.⁵⁶⁵

Entonces hay que tener en consideración varios elementos, muchos de ellos según las presunciones establecidas en los artículos 164.2 e 165 LC, pues que la complicidad es casi un requisito esencial para su concreción (art. 164.2.4 y 5 LC) – pero dos nos parecen más importantes: la colaboración en los actos que permitieran la creación o agravamiento de la insolvencia, siempre que sea una colaboración consciente y culpable.

En primer lugar, hay que delimitar el ámbito subjetivo de la norm. Se trata de un tercero (como se recoge en el art. 164.1 alguien que no ocupa el lugar de deudor, representante legal o administrador de derecho o de hecho) que puede ser una persona natural o jurídica y que ha cooperado o auxiliado los sujetos antes indicados, de acuerdo con el caso concreto. La doctrina nos indica algunos ejemplos de complicidad, concretamente por parte de los propios acreedores. Nos dice HIDALGO GARCÍA que “(...) determinados acreedores pueden ser precisamente los cooperadores con el deudor con el doble resultado de satisfacer sus propios

⁵⁶³ Art. 248 e ss CP – estafa; art. 252 CP – apropiación indebida; art. 257 CP – alzamiento de bienes; art. 261 CP – falsedad de la información o documentación presentada con la apertura del concurso; art. 290 CP – falseamiento de cuentas anuales; art. 390, 392 y 391 CP – falsedad de documento mercantil.

⁵⁶⁴ SANCHO GARGALLO, A. «Calificación del concurso», *Las Claves de la Ley Concursal*, op. cit., p. 546

⁵⁶⁵ GARCÍA-CRUCES, J.A. *La calificación...*, op. cit., p. 141

créditos y traicionar las expectativas del resto de acreedores (...)” a través de “(...) pactos y convenios secretos con el deudor con el fin de defraudar a la masa del concurso o la modificación de fechas de los créditos para anteponerse a otros acreedores (...)”⁵⁶⁶.

Siguiendo más allá, recordamos la opinión de PULGAR EZQUERRA, que nos dice incluso que las entidades concedentes de crédito, podrían ser consideradas cómplices cuando, con dolo o culpa grave, tales entidades tuviesen una intención de agravar la insolvencia.⁵⁶⁷ Claro que será muy rara la verificación de dolo, pero la culpa grave no puede ser apartada tan simplemente, no olvidando, sin embargo, la dificultad de prueba. Esto porque, hemos indicado antes, el art. 8 de la Directiva 2008/48/CE impone el deber de averiguación de la solvencia del deudor, previo a la contratación de créditos para consumo. Se trata, por lo tanto, de un deber legal que, puede ser violado de dos formas: por una parte, la entidad concedente de crédito no procede a la verificación; por otra, haciéndolo, permite al deudor la contratación, cuando su solvencia no exista o esté comprometida por encargos anteriores. En estos dos casos, puede suponerse una situación, basada en culpa grave, por especial violación de los deberes legales de cuidado aquí señalados, de complicidad, en el sentido que puede crearse o agravarse la insolvencia del deudor.

Esta posibilidad legal permitiría conllevar para el ámbito concursal la responsabilidad de las entidades concedentes de crédito que son, muchas veces, acusadas de la política blanda de concesión de crédito a que aludimos. No creemos, todavía, que la dificultad de prueba que puede alegarse en estos casos, pueda transformar el proceso concursal en un verdadero escenario de co-responsabilidad de las entidades concedentes de crédito.

Otra situación de complicidad que se puede observar con frecuencia es la cooperación de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93 LC) que además de las consecuencias previstas en el art.71 LC, podrán ser afectadas a título de complicidad (permitiendo esta solución abarcar tales personas en la previsión legal de una indemnización por pérdidas y daños)⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶HIDALGO GARCIA, S. «Artículo 166», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2757.

⁵⁶⁷PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo de la prevención...», *Endeudamiento...op. cit.*, p. 84.

⁵⁶⁸No seguimos la orientación de HIDALGO GARCIA, que extiende el efecto más gravoso, la inhabilitación, a los cómplices. Un análisis concertado de los apartados del art. 172 LC permítenos afirmar, todavía, que no fue esa la intención del legislador. HIDALGO GARCIA, «Artículo 166», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.) *Comentarios a la Legislación Concursal*, *op. cit.*, p. 2758.

En segundo lugar es necesario atender a la actividad desarrollada por los supuestos cómplices y encuadrarla en una situación de colaboración o auxilio al deudor, sus representantes o administradores que, como sabemos, es más larga que aquella prevista en el CP, toda vez que este prevé que la colaboración derive de actos no esenciales anteriores o contemporáneos al hecho delictivo. Si bien que nuestro punto de partida siempre puede ser este, la formulación del art. 166 es muy larga, permitiendo no solo los dos presupuestos anteriores sino también situaciones de auxilio posterior, como el encubrimiento – hablándose en términos temporales.

Por otra parte, en términos materiales, el artículo prevé la colaboración en hechos que han fundado la calificación del concurso como culposo, no precisando que tipo de auxilio fue prestado, por lo que aquel puede revestir carácter esencial, o no, siempre que se establezca una relación directa entre la actuación del cómplice y el hecho que ha conducido a una calificación culpable. Es decir que el cómplice ha contribuido de modo relevante, o al hecho que satisface la previsión de las presunciones legales, o a los hechos sometidos al cribo del art. 164.1 LC. Así, se pueden pensar en comportamientos activos o pasivos por parte del cómplice, siempre que cumplan el requisito indicado antes.

Por último, es necesario apurar el elemento volitivo, o sea, determinar en qué medida el cómplice tuvo consciencia y cual es el grado de voluntariedad con que se ha dispuesto a ayudar al deudor a obtener la creación o agravamiento de su insolvencia. El primer elemento es imprescindible, por cuanto el desconocimiento del supuesto cómplice, de que su conducta pueda crear o agravar la insolvencia, aunque colaborando con el deudor, lo excluye de cualquier responsabilidad para efectos de calificación. Así, los mismos argumentos utilizados para reconducir la conducta del deudor a un comportamiento ilícito, arriba descritos, son trasladables en la totalidad para sus cómplices. Por otra parte, también hay que graduar la culpa del cómplice, el segundo elemento esencial – para allá del conocimiento de la ilicitud, tenemos que preguntarnos qué tipo de ánimo ha movido el cómplice – y sabiendo nosotros que se equipara dolo a culpa grave, hay que ponerlo en una escala que puede ir de una voluntad de auxiliar la creación o agravamiento de la insolvencia, directamente, indirectamente (en las modalidades de dolo necesario y eventual) o por violación de deberes básicos de cuidado que, de acuerdo con en el criterio de buen padre de familia que también ya conocemos (o otros más específicos, como hemos visto) le son imputables.

Así, concluimos que la inclusión de los cómplices va a permitir que la calificación del concurso, como dibujada por la ley, tenga el alcance universal de condenar civilmente a todos aquellos que han contribuido a crear una situación perjudicial para los acreedores, por una parte y, por otra, en el sentido de prevención general, el tráfico jurídico.

3.5 - Los efectos de la calificación del concurso como culpable

3.5.1 – La inhabilitación

El último punto sobre lo cual iremos incidir nuestro estudio es precisamente, después de apurados los supuestos jurídicos de calificación culpable del concurso de los deudores no empresarios, determinar los efectos de tal calificación, o sea, cuales los efectos sobre la persona del deudor, administradores (y sobre sus cómplices, por vía de los artículos 166 y 177.2.1 LC) que derivan de tal calificación. Así, vamos analizar la inhabilitación prevista en los art. 172.2 LC y 189.2 CIRE que, como veremos, tiene alcance distinto.

La inhabilitación es un efecto extraordinario (o eventual) del proceso de insolvencia, toda vez que deriva de la calificación del concurso como culposo – no deriva de la declaración de insolvencia, por lo que no se trata de un efecto automático.⁵⁶⁹ Por otra parte, la LC y el CIRE establecen no solo diferentes plazos para el mantenimiento de la inhabilitación (entre dos y quince años en el caso español, entre dos a diez en el caso portugués) como también diferentes alcances sobre los efectos de la inhabilitación.

Respecto al primer caso, el plazo de inhabilitación deberá ser determinado según las directrices del art. 172.2.2 LC (inexistentes en el CIRE, pero extensibles) o sea, el juez deberá atender a las circunstancias que han motivado la sentencia de calificación, teniendo en cuenta

⁵⁶⁹La pérdida de poderes de administración del deudor, como prevé el art. 81 del CIRE y la legitimidad del administrador concursal durante la tramitación del proceso para la administración de la masa de bienes del deudor es un efecto automático de la declaración de insolvencia, pero no es considerado una incapacidad del deudor, sino que una ilegitimidad o indisponibilidad relativa. Nos dice, en el primer sentido, MOTA PINTO, “(...) un sujeto no puede celebrar libremente (...) negocios que incidirían sobre su esfera jurídica, inspirándose esta restricción en la tutela de un interés ajeno (...)”, o sea, el interés de los acreedores. Traducción nuestra, MOTA PINTO, C.A. *Teoria Geral...*, *op. cit.*, p. 256. Por otra parte, afirma GARCÍA-CRUCES que, una vez calificada la insolvencia como culpable, la inhabilitación tiene “carácter necesario”. GARCÍA-CRUCES, *La calificación...*, *op. cit.*, p. 149.

el tipo de hecho, así como la culpa a ello asociada; por otro lado y aunque no siendo la calificación un instrumento al servicio directo del interés de los acreedores, determinar el perjuicio provocado por tal conducta culpable en la creación o agravamiento de la insolvencia y, indirectamente, la repercusión de tal hecho en el fin del proceso.

Por otra parte, el alcance de la inhabilitación en la LC es más reducido que en el CIRE: este determina la inhabilitación, que deberá ser leída en su acepción civil, implicando la pérdida de capacidad de ejercicio de derechos relativos al patrimonio tanto propio, como ajeno (de acuerdo con los art. 152 y ss. CC portugués). Pues, la LC determina que los efectos de la inhabilitación se limiten a los patrimonios ajenos, conservando el deudor la posibilidad de administración y disposición de su patrimonio propio.⁵⁷⁰

Además, el alcance de este precepto deberá ser debidamente encuadrado. Esto porque, como sabemos, las consecuencias de la calificación de insolvencia como culpable, a semejanza de lo que ocurre con sus criterios generales, no se distinguen conforme al tipo de deudor. Por ese motivo, fue planteada la cuestión de la inconstitucionalidad del art. 189.2.b) CIRE en lo que respecta a la inhabilitación de los administradores, de hecho o de derecho del deudor, en caso de calificación del concurso como culpable que, fue, efectivamente declarada.⁵⁷¹ Esto porque, alegaban los recurrentes, el artículo indicado violaba lo dispuesto en el art. 26 CRP, que establece que las limitaciones a la capacidad civil solo pueden producirse en las circunstancias y términos previstos por la ley, fundamentando que “los motivos de la restricción deberán ser acuciantes y relevantes desde el punto de vista de la capacidad de la persona y no puede servir de pena o de efecto de la pena.”. El Tribunal Constitucional ha afirmado la inconstitucionalidad material del precepto, sustentando que la inhabilitación no solo no derivaba de ninguna característica natural de la persona que pudiera impedirle de regir su patrimonio, como dicho artículo no estaría al servicio de los intereses de los acreedores⁵⁷²,

⁵⁷⁰El Proyecto de Ley Concursal fue alterado, por la enmienda 557, de modo precisamente a retirar la referencia al patrimonio propio, que constaba en el proyecto inicial. Esta norma de la LC corresponderá parcialmente al art. 189.2.c) CIRE, que establece otra la inhibición como efecto autónomo de la inhabilitación.

⁵⁷¹Ac. TC núm. 564/2007, de 13 de noviembre de 2007, disponible en www.tribunalconstitucional.pt, consultado por última vez el 11 de octubre de 2010.

⁵⁷²En el indicado Ac. con voto de vencido, el juez RODRIGUES afirma no concordar con la declaración de inconstitucionalidad en virtud de ser necesaria la protección de los intereses públicos ligados al proceso de insolvencia, admitiendo la limitación de la capacidad civil a fin de impedir reflejos negativos de la conducta del incapaz en las esferas jurídicas de terceros. Tal opinión derivaba ya de la declaración de voto del juez MARIANO, en el primer Ac. de 2007. En el mismo sentido, véase CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op. cit.*, p. 624.

siendo suficiente, por lo tanto, la inhibición para el ejercicio del comercio y la pérdida de derechos sobre la insolvencia, como se puede leer en el art. 189.2 c) y d) CIRE.

Una cuestión puede ser planteada, sin embargo, en estos supuestos. La referida sentencia, así como el Ac. TC 615/2007, de 27 de noviembre, o el Ac. 617/2008, de 26 de noviembre, han confirmado la referida inconstitucionalidad. Por último, estando ya proferidas tres fiscalizaciones concretas de la constitucionalidad, el Ac. TC 173/2009 estableció, con efectos universales, la inconstitucionalidad de la referida norma, siempre que eu causa estén administradores de una persona jurídica.

Así, en ninguna circunstancia, se indica la inconstitucionalidad de la declaración de la inhabilitación el deudor persona física. Lo que significa, aparentemente, que la inconstitucionalidad planteada no es extensible al deudor persona física, toda vez que, en su caso, también no podríamos defender la idea de que la inhabilitación consiste en una pena o sanción, como ocurre con la inhabilitación que afectaría la capacidad para administrar bienes propios del administrador, pues que la inhabilitación deriva de la calificación de una actuación dolosa o culpable que lo ha conducido a la insolvencia, o sea, una efectiva conducta propia que puede poner en cuestión su capacidad de ejercicio de sus bienes. En este sentido, en el susodicho Ac. 173/2009, uno de los votos en contra la decisión estableció reservas al ámbito de aplicación de la inconstitucionalidad, afirmando que esta debería extenderse a todos sujetos previstos en el art. 186.2 CIRE que, como sabemos, dicen respecto solo a la administración del deudor persona jurídica.⁵⁷³

Parece, por lo tanto, que la inhabilitación es aplicable, considerándose la insolvencia culpable, al deudor persona física, lo que implica su privación, por un periodo de 2 a 10 años, para administrar sus bienes propios, a fin de que se proteja su patrimonio de una administración ruinosa – se consigue aquí, en estos supuestos, el respecto de la norma constitucional, que implica que las limitaciones a la capacidad de los particulares se destine a su protección.

Decretada la inhabilitación, el art. 189.3 CIRE indica que de tal hecho se dará cuenta, de forma oficiosa, al Registro Civil, debiendo también, de acuerdo con el art. 190 CIRE,

⁵⁷³Se trata del voto del juez SOUSA RIBEIRO. Todos los autos están disponibles en www.tribunalconstitucional.pt, consultados por la última vez en 11 de octubre de 2010.

nombrarse un curador para que represente legalmente el inhabilitado, estableciéndose en la sentencia los poderes a atribuirle.⁵⁷⁴

En lo que respecta a la inhabilitación prevista en el art. 172.2.2 LC, observamos que no presenta el mismo contenido de que su congénere en el CIRE, empezando por su alcance, que no corresponde, verdaderamente, a una incapacidad, como ocurre ante la ley portuguesa. Afirma GARCIA-CRUCES “no es posible reconducir el supuesto a la categoría de incapacidad. Los sujetos afectados por la inhabilitación no son incapaces sino sujetos con plena capacidad sobre los que recae la interdicción allí prevista”.⁵⁷⁵ La interdicción, como le llama el autor, corresponde a que, en un período de 2 a 15 años, el deudor⁵⁷⁶ no pueda administrar patrimonio ajeno ni, por igual período, representar a cualquier persona. GUILARTE MARTIN-CALERO, sobre este punto, viene a afirmar que “por lo que se refiere a su naturaleza, puede afirmarse que no es una medida de carácter sancionador sino que de protección que busca precaver a los titulares de aquellos patrimonios de una posible y probable administración descuidada”.⁵⁷⁷

Pero llamamos la atención para el hecho de que, en el caso concreto de los deudores consumidores personas físicas, el peligro concreto que puede ocurrir no dice respecto a patrimonios ajenos, sino a su propio patrimonio. La LC está, en su raíz, pensada para los deudores que integran el tráfico jurídico-mercantil, reflejando sus normas la política legislativa de conservar y proteger los intereses de los acreedores, por una parte, sino intereses más latos, públicos, que dicen respecto a la normalidad y seguridad jurídica del indicado tráfico, evitando que las personas afectadas por la calificación puedan intervenir, por un período, en estas áreas. Evidentemente que, tratándose de deudores personas físicas consumidoras, que no posean cualquier conexión con el comercio, la calificación de la insolvencia no va a afectarlos en su punto más sensible, que será siempre la administración de su propio patrimonio.

⁵⁷⁴ Serán de aplicar las reglas establecidas en los art. 110 y 94 del CC. portugués.

⁵⁷⁵ GARCIA-CRUCES, J. A. *La calificación...op. cit.*, p. 153 y 154.

⁵⁷⁶ Hablamos del deudor por ser el único sujeto que, en estos supuestos, nos importa, refiriendo, en todo el caso, que los cómplices quedan fuera de la inhabilitación prevista. La ley, incluso, no se refiere al deudor, pero a las personas afectadas por la calificación, donde esto, obviamente, podrá incluirse. Para más desarrollo sobre este punto, véase GARCIA-CRUCES, J. A., ROJO-BELTRÁN, «Art. 172», *ComLc*, Tomo II, *op.cit.*...Tomo II, p. 2588-2589.

⁵⁷⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La capacidad...op. cit.*, p. 145

Podremos, también, siempre afirmar que la inhabilitación no debería consistir en una sanción civil y que la eliminación, como vimos, durante la tramitación parlamentaria del precepto, de la previsión de inhabilitación para el propio patrimonio del deudor estuvo íntimamente ligada con esta perspectiva: de que sería necesario salvaguardar solamente los patrimonios ajenos de una administración comprobadamente ineficaz o ruinoso. Esta afirmación nos lleva incluso a cuestionar si verdaderamente la inhabilitación, igual que se prevé en la ley portuguesa, cumple el objetivo de protección del propio deudor.⁵⁷⁸ Esto porque, como sabemos, la ley concursal no contiene, en su esencia, el propósito de reeducar el deudor en lo que respecta a sus capacidades de administración, como sería susceptible de previsión en una eventual reglamentación del sobreendeudamiento, que coloca la tónica en la protección del sobreendeudado. Así expuesto, nos parece acertada, en caso de insolvencia culpable, que el deudor quede inhabilitado para la administración de su patrimonio propio, incluso en virtud de la posibilidad de obtención un conjunto de recursos y enseñamientos que eviten la repetición de la situación de insolvencia. Por último, la falta de tal mecanismo legal hace que los efectos de la calificación del concurso como culpable sean menos gravosos para el deudor, no se cumpliendo cualquier carácter, o preventivo, o sancionador, que pretendamos atribuirle.

A estos efectos, la inhabilitación comprenderá un conjunto de efectos que implican la imposibilidad, para el deudor cuya insolvencia fue considerada culpable, durante el periodo fijado por sentencia, para administrar bienes ajenos y representar, legal, o contractualmente otros sujetos. La LC, en sus Disposiciones Finales, presenta un conjunto de remisiones legales para determinadas áreas de intervención, que respectan a actividades empresariales, que quedan vetadas al inhabilitado⁵⁷⁹, a que se añaden, como indica GUILARTE MARTIN-CALERO, otros preceptos, no relacionados con los aspectos mercantiles, como sean, en lo que respecta a la administración legal, la imposibilidad del inhabilitado ejercer funciones

⁵⁷⁸Para mayor desarrollo, DUARTE PINHEIRO, J. «Os efeitos pessoais ...», *Estudos em Memória ...op.cit.*, p. 212.

⁵⁷⁹Estos preceptos dicen respecto, mayoritariamente, a la ilegitimidad del inhabilitado para hacer parte de la administración de determinadas entidades, como prevé el art.13.2 del C.Com, que establece una prohibición general (remisión de la D.F. 2.^a). A este propósito, en materias específicas, indicamos el art. 213.1 del RD 1/2010 de 2 de julio, por lo que se aprueba el texto refundido de la Ley de las Sociedades de Capital (que viene a sustituir la remisión de las D.F. 20.^a y 21.^a para los art. 124.1 del RD 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y el art. 58.3 de la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, respectivamente); el art. 41 d) de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (para lo cual remite la D.F. 22.^a) que impide que los inhabilitados por esta vía no puedan ser consejeros ni interventores; el art. 43.2 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de Sociedades de Garantía Recíproca que indica no existir honorabilidad comercial y profesional, en estos supuestos cuando el sujeto esté inhabilitado, para ocupar cargos de administración (para el cual remite la D.F. 23.^a); el art. 15.3.a) del RD 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, sobre la administración efectiva de tales entidades (véase la D.F. 27.^a).

como tutor, curador o defensor judicial (art. 247, 291 y 301 CC español, respectivamente), así como de administrar los bienes de los hijos menores (art. 156 CC español) y, en lo que se refiere a la administración contractual o voluntaria, no solo la imposibilidad del inhabilitado de constituirse representante voluntario, o como albacea, para efectos de derecho sucesorio.⁵⁸⁰ En Portugal, se aplicaran, con relación a estas cuestiones, los art. 1913.2 y 1914 CC portugués (administración de los bienes de hijos menores), así como los art. 1953.1, 1955.1, 1960, 1967 y 1972 CC portugués (miembro del consejo de familia, protutor y administrador de bienes).

En lo que respecta al derecho portugués, como vimos, la inhabilitación deberá ser entendida igual que la ley civil la prevé, de acuerdo con el art. 152 y ss. CC portugués. El juez del proceso concursal, como se prevé en el art. 190 CIRE, fijará los poderes al curador.

De acuerdo con el art. 153 CC portugués, los poderes de disposición del deudor quedan paralizados, debiendo en tales actos el inhabilitado ser asistido por el curador. Todavía, como se indica en el art. 154, el tribunal puede permitir la conservación de los poderes de administración (ordinaria) de tales bienes, por parte del deudor, o retirarlos, pasando el curador a ser un representante y, como indica el art. 154.2 CC, debiendo nombrarse un subcurador. Sabemos que los bienes abarcados por la inhabilitación, serán los bienes abarcados por la masa pasiva, así como aquellos que, encerrado el proceso, el deudor venga a percibir. Esto porque, acordamos, cuando se apruebe un plan de pagos, no habrá lugar a calificación de la insolvencia y, en los casos de exoneración del pasivo restante, una de las causas de rechazo de la solicitud es, precisamente, como se lee en el art. 238.1.e) CIRE, la existencia de indicios de culpabilidad en la creación o agravamiento de la insolvencia, por lo que no será probable que se apruebe la exoneración y el deudor sea inhabilitado en virtud de la calificación de insolvencia. Significa que, prácticamente, solo en casos de procesos en los cuales ocurre la liquidación del patrimonio del insolvente habrá lugar a inhabilitación del deudor. Competerá, en estos supuestos, al juez, determinar la necesidad de entregar al curador también las facultades de administración ordinaria del inhabilitado, lo que nos parece que deberá producirse solamente en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas.

⁵⁸⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La capacidad...* op. cit., p. 145 y ss. El impedimento legal de administrar los bienes de los hijos menores, a que el deudor concursado considerado culpado de la creación o agravación de su insolvencia se sujeta, puede crear graves estreñimientos en su vida familiar, debiendo ponderarse *in casu*, tal efecto, particularmente cuando no exista la posibilidad de intervención del otro progenitor, incluso porque también se encuentra en la misma situación de concurso culpable.

También aquí, por vía de la inhabilitación, las tareas legales y voluntarias referidas arriba se aplicaran ante la ley portuguesa.

3.5.2 – La inhabilitación para el ejercicio del comercio

El segundo efecto derivado de la calificación de la insolvencia es, como se puede observar en el art. 189.2.c), la inhabilitación, durante un período de 2 a 10 años, para la práctica del comercio, individualmente hablando, o en nombre propio, así como para ser titular de cargos de administración en cualquier de las entidades referidas en la ley.⁵⁸¹ Esto significa, por un lado, que parte de lo previsto en esta norma corresponde, como observamos, a algunos de los efectos derivados de la inhabilitación de la LC que, como sabemos, se restringe a los bienes ajenos. Por otro lado, también el efecto previsto en la D.F. 2 de la LC, que remite para el art. 13.2 del C.Com. español, es equivalente, en la medida en que no podrán ejercer lo comercio, de forma individual, los inhabilitados por sentencia de calificación de insolvencia.

Las consecuencias de tal limitación son bien claras y, como afirmamos, cuando el deudor consumidor persona física no estuviese conectado con estas actividades previamente, el impacto de tal inhabilitación será importante en el caso de que el deudor pretendiese, por ejemplo, a fin de obtener nuevas rentas, crear su propio trabajo o empresa.

3.5.3 – La pérdida de créditos y la indemnización por daños y perjuicios

Tanto el art. 172.2.3 LC, como el art. 189.2.d) CIRE establecen que, declarada insolvencia culpable, el deudor (así como eventuales afectados por la calificación o cómplices), perderá los créditos sobre la insolvencia o sobre la masa insolvente a que tuviera derecho, quedando obligado a devolver a la masa activa las cuantías que tengan configurado pagos de tales créditos. Donde los dos artículos difieren es en la última parte, toda vez que la ley española prevé que el deudor también podrá ser condenado a indemnizar daños y perjuicios causados por su insolvencia.

En relación con el primer punto, el deudor persona física no tendrá, por no existir separación patrimonial, en realidad, créditos sobre su propia insolvencia. Pero, como hemos indicado,

⁵⁸¹El art. se refiere a sociedades comerciales o civiles, asociaciones, fundaciones privadas de actividad económica, empresa pública o cooperativa.

respecto a los créditos contra la masa, donde se incluyen los alimentos pagados durante el proceso de insolvencia (art. 84.2.4), el art. 172.2.3 se aplica plenamente, implicando su devolución. En Portugal, los alimentos abonados al concursado no son considerados créditos contra la masa, por lo que, en caso de insolvencia culpable, el deudor no tendrá que devolverlos. Comprendemos, también, que esta será una medida que puede peligrar la naturaleza *humanitas causae* de los alimentos a favor del deudor, toda vez que, en tales circunstancias, podremos afirmar que la calificación de la insolvencia asume verdaderamente una naturaleza de sanción⁵⁸², incapacitando la sustentabilidad económica del deudor y de su familia.

El mismo raciocinio se puede aplicar a la indemnización por daños y perjuicios incluida en la última parte del art. 172.2.3 LC que, igual que GARCÍA-CRUCES afirma, no se basa en lesiones provocadas directamente a los legitimados, sino con daños provocados a la masa activa por actuación de los afectados por la calificación, en los cuales se integra el deudor.⁵⁸³ En estos casos, la calificación revestirá un carácter distinto de aquel que, mediatamente, protege al deudor de su propia administración ruinosa. Aquí, se establece una relación entre una actuación dolosa o culpable del deudor que, habiendo creado o agravado la insolvencia, provocó la disminución ruinosa de la masa, lo que no criticamos, a pesar de la certidumbre de que tal agravará la condición económica del recién declarado insolvente. En relación a lo que expusimos antes, respecto a la pérdida del crédito alimentario, la previsión de esta indemnización, aunque en ambas circunstancias se da una disminución de la masa activa, no es tan grave para el deudor como la forma automática con que la ley prevé la extinción de sus derechos alimentarios. De indicar también que uno de los requisitos para la concesión de alimentos será la inexistencia de la calificación de la insolvencia como culpable (o para su extinción, como apreciamos). Estas dos situaciones configuran, a nuestro entender, una inadecuación legal del sistema de unidad de LC a este tipo de concursos, toda vez que la sanción eventualmente impuesta por la calificación de insolvencia como culpable no debería

⁵⁸²Como dice GARCÍA-CRUCES, que afirma que “el efecto extintivo generalizado y sin límites de los derechos que pudieren asistir a los afectados por la calificación o los declarados cómplices obedece al hecho de que el juicio de reproche que merecen tales sujetos y que se hace realidad en la sentencia de calificación no radica en el dolo o culpa grave con que participaron en aquel acto concreto o negocio del que deriva el derecho que ahora se extingue, sino que predica en su participación o colaboración en la causación o agravamiento del estado de insolvencia que da origen al concurso”. GARCÍA-CRUCES, J.A., art. 172, ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, Tomo II, *op. cit.*...p. 2591.

⁵⁸³GARCÍA-CRUCES, J.A., art. 172, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo II, *op. cit.*...p. 2593. Los daños causados a los terceros podrán ser solicitados extra concursalmente y de forma autónoma.

implicar la devolución de los alimentos recibidos por el deudor, porque su necesidad, ponderada en el caso concreto, excede la intención de protección de los acreedores presente en la ley.

Por último, como observamos antes, en el caso de insolvencia de consumidores personas físicas, existiendo cómplices de la creación o agravamiento de la insolvencia, igual que descritos en el art. 166 LC, estos podrán, con mucha probabilidad, integrar la categoría, prevista en el art. 93.1 LC, de personas especialmente relacionadas con el deudor. En estos casos, habiendo el deudor y su familia más próxima intentado o logrado, por ejemplo, la ocultación de patrimonio, no podremos dejar de concordar con la sanción aplicable por esta vía.⁵⁸⁴ Sin embargo, imaginando que los dos cónyuges son declarados insolventes (o en conjunto, o en separado), y la insolvencia se califica como culpable, para ambos, no podremos dejar de reforzar el deterioro de la situación económica familiar que el resultado de la calificación provocará.

3.6 – Relevancia de la calificación de la insolvencia en el concurso de consumidores

La calificación de la insolvencia, transportada por el legislador, del derecho derogado, para la actual reglamentación concursal, posee una importancia innegable. La existencia de un mecanismo de evaluación del comportamiento del deudor, tanto previo, como contemporáneo al proceso de insolvencia, que comporta, en caso de calificación de la insolvencia como culpable, un conjunto de sanciones civiles como las expuestas arriba, permite alcanzar un conjunto de propósitos que el legislador considera esenciales para mantener el equilibrio de los objetivos concursales.

De un modo general, la calificación de la insolvencia es indispensable para minorar el impacto de la declaración de insolvencia en cuanto fenómeno jurídico-social, toda vez que se pone término a la visión de impunidad del insolvente y, indirectamente, si protegen intereses públicos, no conectados con los intereses privativos de los acreedores. La calificación de la insolvencia se aparta de la concreción de los indicados intereses de los acreedores, siendo

⁵⁸⁴Nos dice el AJM núm. 1 de Pontevedra, de 9 de julio de 2010, que “la mera salida de patrimonio del concursado no puede identificarse automáticamente como daño patrimonial”. No se logrando probar el perjuicio para los acreedores, o correspondiendo los montantes desviados de cuentas bancarias correspondientes a patrimonio inembargable o alimentos prestados por la masa, no es pasible de fijarse la indemnización. Disponible en www.westlaw.es, consultada por la ultima vez en 12 de enero de 2011.

encuadrada en un campo más largo que, no negamos, tiene primordial importancia en las insolvencias empresariales, cuyo impacto en los mercados es conocido. Por ese motivo, podríamos cuestionarnos sobre la necesidad de existencia de la calificación para deudores no empresarios, concretamente consumidores, cuyas insolvencias no han un impacto tan grave en los intereses públicos. Sin embargo, este argumento, aunque asiente en el hecho de que la insolvencia de los consumidores derivará esencialmente de hechos ajenos a su comportamiento, careciendo estos, en la reglamentación concursal, de mayor protección que los deudores empresarios, o un mayor alivio en lo que respecta a efectos negativos, choca, y bien, con la universalidad que presenta el régimen concursal. Todos los deudores son susceptibles de recurrir al proceso de insolvencia⁵⁸⁵, por lo que la calificación se aplicará, por norma, a todos ellos. Pero, si es verdad la insolvencia/sobreendeudamiento de mala fe, aunque más raros, existen, consideramos que la calificación de la insolvencia no es, o no debería ser, un elemento disuasorio para que los consumidores recurran al proceso concursal.

En esta línea de argumento, podremos incluso afirmar que la calificación permite reforzar, en los deudores, la idea de que la solicitud de la declaración de insolvencia deberá ser rápida, a fin de evitarse los efectos descritos arriba, teniendo un indirecto efecto preventivo (que se añade a su evidente contenido sancionatorio), particularmente, en lo que respecta al presupuesto general, evitándose la culpa grave en el agravamiento de la insolvencia o, en el caso de las presunciones *iuris tantum*, el incumplimiento del deber de solicitud.

Aunque sabiendo que la ley portuguesa se ha inspirado en la ley española, en estos supuestos, el dibujo de la calificación de la insolvencia es distinto en algunos aspectos. Esto no deriva de diferencias solamente en relación con definición del propio mecanismo (véase la inexistencia de complicidad en la ley portuguesa, o la mayor extensión de los efectos de la inhabilitación, en el caso portugués) sino que se diferencia en los presupuestos de fondo que respectan al propio proceso - como es, por ejemplo, la ausencia del deber de solicitud, en la ley portuguesa. Nos parece, sin embargo, que a pesar de las diferencias apuntadas, la calificación de insolvencia, en ambos ordenamientos, presenta una estructura adecuada a los deudores consumidores, con las debidas adaptaciones que indicamos a lo largo de nuestra exposición

⁵⁸⁵De notarse que los sistemas de tratamiento del sobreendeudamiento dispensan una fase de calificación en virtud de la seriación de los candidatos al procedimiento se basar, precisamente, en la averiguación previa de la verificación de la buena fe en su endeudamiento.

(derivadas esencialmente del hecho de que la propia calificación pretende afectar principalmente a los deudores empresarios).

Uno de los aspectos más positivos de la forma como el legislador ha construido la estructura de la calificación es, precisamente, el hecho de que ni todos los concursos se someterán a ella - cuando los deudores suelen obtener un plan de pagos con sus acreedores, como ocurre en Portugal, o igual que sucede en España, cuando en caso de convenio se rellenan los requisitos del art. 163.1.1 LC (sin olvidar que el anteproyecto, en el novel art. 163.1, establece que se deberá tratar de un convenio anticipado). Esto significa que el legislador estuvo atento a situaciones en las cuales, habiendo posibilidad de acuerdo entre las dos partes, deberían atribuirse efectos beneficiosos de recurso, por parte de los deudores, al concurso, toda vez que no se pondrán en causa, con tanta evidencia, los intereses que la calificación pretende defender. Se observa, por lo tanto, que el legislador considera que, en tales casos, el proceso ha logrado originar, por diligencia, principalmente, de los deudores concursados, una solución adecuada para todos los intervinientes, no habiendo cualquier necesidad de extender el proceso más que el necesario.

Sin embargo, existen voces que afirman que esta expresa exclusión legal no es suficiente, ya que la calificación de insolvencia debería estar sujeta a mayor flexibilidad, a fin de que, en vez de una apertura automática del incidente, en Portugal, y de la sección sexta, en España, el juez pudiera decidir, *in casu*, si habría lugar a la prosecución de la calificación, reservándola para los casos más graves.⁵⁸⁶

De acuerdo con este sistema legal, solo los concursos que terminen con liquidación, con un convenio obtenido ordinariamente o, como en el caso portugués, el deudor requiera la exoneración del pasivo restante, serán sometidos al análisis sobre la origen de la propia insolvencia. También aquí se refleja indirectamente una protección de los intereses de los acreedores, toda vez que estas soluciones son tendencialmente más gravosas que las soluciones negociadas que permiten la excluir el deudor de la calificación. Nos permitimos, por lo tanto, afirmar, que los consumidores sometidos al episodio de calificación de su

⁵⁸⁶ Así lo indican los jueces portugueses, en el dicho Relatório de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas, de diciembre de 2010, p. 33 y ss., consultado por última vez el 6 de marzo de 2011, disponible en www.dgpj.mj.pt. También se apuntan otros aspectos para la eficacia del sistema, como sean las dificultades probatorias y el hecho de que los plazos son muy cortos para apuramiento de los hechos que sustentan las presunciones. También se sugiere que la calificación debería ser competencia del Ministerio Público, siendo encarada a semejanza de un inquerito penal.

insolvencia son aquellos que han dado origen a una mayor lesión (o posibilidad de lesión), de los derechos de los acreedores, especialmente por el hecho de que el proceso se prolonga por más tiempo, o porque la masa activa puede disminuirse en tal período.

En lo que respecta a los eventuales fundamentos de calificación de la insolvencia como culpable, observamos que, particularmente en lo que respecta a las presunciones legales definidas por el legislador, que serán fácilmente más utilizadas por el intérprete de la norma, aquella que presenta mayor relevancia es, precisamente, el incumplimiento del deber de solicitud, recogido únicamente en el derecho español, toda vez que es la que aparentemente, presenta mayor posibilidad de aplicación. Esto porque, en caso de conducta diligente por parte del deudor, las restantes presunciones quedarán apartadas, así como el presupuesto general.

En estos supuestos se reclama una cuidadosa evaluación por parte del juez, analizando los motivos que fundamentaran el retraso o la no solicitud de concurso por parte del deudor que, como referimos, pueden basarse en variadas razones, entre las cuales pueden incluirse algunas merecedoras de calificación culpable (como es el retraso deliberado), pero esencialmente aquellas en que el deudor no ha contribuido activamente al retraso o a la falta de solicitud (desconocimiento del deber legal, incapacidad de hacer frente a los costes del proceso, tentativa de negociación extrajudicial no incluida en el cuadro del art. 5.3 LC, por ejemplo) - competará al juez determinar, basándose en las pruebas aportadas por el propio deudor, contra quien pende la presunción, si se observa la actuación culpable o dolosa en ella incluida.

Afirmamos, por lo tanto, que la forma como el legislador ha elaborado el mecanismo de calificación, junto con la ponderación de los jueces caso a caso, debido al criterio general de calificación bastante amplio, a que se añaden las presunciones susceptibles de aplicación a los acreedores, harán con que la calificación como culpable, en concursos de acreedores, pueda constituir la excepción y no la regla.

Por otro lado, los efectos negativos que produce la calificación, en particular los que inciden directamente en la vida cotidiana del deudor, como sea la inhabilitación (en particular en el régimen portugués) pueden servir, como referimos, de alerta para que el consumidor pueda recurrir al proceso con la rapidez y diligencia que le serán debidas. No olvidamos que la pérdida de créditos (como los alimentos recibidos en el proceso) y la indemnización que

puede ser exigida, en el régimen español, constituyen consecuencias pesadas para el deudor, pero los efectos de inhabilitación, por un período largo, particularmente en caso de deudores casados o unidos de hecho, imponen una severa restricción al desarrollo de una vivencia familiar normal. Competerá, sin duda, a los jueces, reservar la calificación como culpable, para los casos graves, tanto con base en el criterio general, como en las presunciones de culpabilidad y concurso culpable.

Por último, hay que señalar también que, en la ley portuguesa, el deudor culpable podrá sufrir un efecto más negativo que los demás, como es la cesación anticipada o la propia negación *ab initio* de la exoneración del pasivo restante, lo que podrá poner en causa su inicial opción por el proceso concursal.

Ante de lo expuesto, ponemos el acento tónico en la necesidad, como hemos indicado antes, de divulgación, información y educación del propio deudor, por parte de las instancias públicas y privadas, con especial incidencia en las que prestan apoyo a los consumidores, de que el recurso al proceso de insolvencia podrá conllevar beneficios, si oportuno, al propio deudor consumidor insolvente.

CAPITULO IV

Soluciones negociadas y liquidación como formas de conclusión del proceso concursal

I – Las soluciones negociadas

1 – Consideraciones generales

La última parte de nuestro estudio equivale, también en la práctica, a la etapa más esperada por el deudor. Deudor ese que, por un lado, podrá solicitar su declaración de insolvencia o, por otra parte, fue demandado por sus acreedores. Imposibilitado de cumplir sus obligaciones exigibles, estado que caracteriza la insolvencia y que lo coloca en el centro de la ley concursal como responsable ante sus acreedores, llega a este estadio, recurrida la tramitación inicial del concurso, en la expectativa de obtener una solución adecuada a sus intereses, teniendo en cuenta que, como sabemos, la legislación concursal coloca los intereses de los acreedores en un plano primario.

Pero la legislación concursal, en la ausencia de otros mecanismos legales, alternativos, de tratamiento de la insolvencia o, existiéndolos, estos no sean de índole judicial, no puede abstraerse de la protección de un deudor en particular: el deudor consumidor, típicamente más debilitado de que la contraparte con que realiza sus negocios.⁵⁸⁷ Sabemos que el deudor no puede, simplemente, ser considerado una víctima, observada la insolvencia. Víctima, comprendamos, de un conjunto de circunstancias que, por un lado, podrán haber, sin su control, contribuido al surgimiento de la situación de insolvencia o, por otro, a agravar su estado de insolvencia, donde incluimos, por ejemplo, la falta de información oficial⁵⁸⁸ sobre los mecanismos existentes en caso de la verificación de la insolvencia, lo que implica los retrasos o la ausencia de búsqueda de soluciones – *maxime*, en España, el incumplimiento del deber de solicitud.

Esta afirmación tiene implícita la constatación de que, en ciertos casos concretos, el deudor no solo no fue capturado en un conjunto de circunstancias que influyen negativamente su

⁵⁸⁷Acordamos los art. 60.1 CRP y 51.1 CE, relativos a la protección constitucional de los derechos de los consumidores, en particular los que inciden sobre sus intereses económicos.

⁵⁸⁸Véase el ejemplo de los portales web, www.portaldocidadao.pt y www.060.es, promovidos por los Gobiernos portugués y español, respectivamente, que centralizan un conjunto de información y servicios destinados a suministrar información al ciudadano sobre el ejercicio de sus derechos o deberes. En estos portales no se alude a la temática de la insolvencia de los consumidores, lo que nos parece una oportunidad perdida para asegurar que el conocimiento sobre las posibilidades de remedio, tanto contenidas en la legislación concursal, como extrajudiciales, llegasen a los sujetos carecidos de una intervención rápida en su estado patrimonial. Por otro lado, el portal www.consumidor.pt, afecto a la Dirección General del Consumidor, incluyó, recientemente, información relativa al sobreendeudamiento, indicándose las entidades que prestan apoyo al tratamiento extrajudicial de la insolvencia de los consumidores, suprimiendo, en parte, la laguna que indicamos. Consultado por la última vez en 11 de marzo de 2011.

estado patrimonial, como contribuyó activamente para ellas o, teniendo conocimiento de las posibilidades legales que le posibilitarían remedio, aplaza su utilización, en perjuicio de los acreedores. En estos casos, el deudor no deja de estar necesitado de tratamiento especial, sin embargo de las consecuencias negativas que dicho comportamiento pueda acarrear en el proceso, como són la negación de ciertos mecanismos propios destinados a los insolventes de buena fe.

Observamos estas circunstancias, por ejemplo, ante la ley portuguesa, que especializa las soluciones para la insolvencia de las personas físicas, contornando la aparente unidad de sistema que se establece. Es decir, el proceso de insolvencia, concretamente su origen y tramitación son comunes a todo el tipo de deudores, pero, en virtud de la evidente diferencia entre los concursos entre personas jurídicas y personas físicas, así como entre empresarios y no empresarios, hace que el legislador, atento, haya diferenciado o especializado el proceso en estos dos últimos casos (la implementación del sistema de la exoneración de las deudas, para personas físicas, independientemente de su caracterización como empresarios o no – art. 235 y ss. CIRE; y el sistema del plan de pagos, adecuado a personas físicas no empresarias o titulares de pequeñas empresas, como vemos en el art. 249 CIRE).

Aquí no se observa directamente la protección del consumidor, toda vez que las normas no le son destinadas en exclusivo, lo que no impide, en la ausencia de otro tipo de metodología legal de tratamiento, intentar una interpretación legal que contemple la protección del deudor. Esta idea, sin embargo, no puede ser transportada para la LC, porque el legislador español no ha optado por tratar de forma diferente la insolvencia de las personas físicas, siendo consumidoras o no. Esto no impide, en ambas legislaciones, que las soluciones de tipo negocial no estén previstas y sean tenidas como beneficiosas para el deudor (en el caso de la LC, se prevé la figura del convenio, con carácter universal, es decir, aplicable a todos los deudores).

El comportamiento del deudor es debidamente valorado a lo largo del proceso, como sea en la fijación de las limitaciones a la capacidad de obrar (art. 40.3 LC y 81.1 CIRE), en el caso español, la calificación de la insolvencia, en ambos ordenamientos (art. 164.4 y 165.1 LC, art. 186.2.a) CIRE), o la posibilidad de recurso a la exoneración de deudas (art. 238.1.d) CIRE), en el caso portugués.

Esta última valorización puede ser conectada con la idea que pretendemos hacer valer: es inevitable que el comportamiento del deudor insolvente, anterior o durante la tramitación procesal, especialmente su actitud de tomar las riendas de la situación observada y solicitar, de *motu proprio*, la declaración de insolvencia, tiene un impacto positivo en el proceso, especialmente en la parte dedicada a la adopción de una solución legal, o sea, aquel a que podremos llamar, no la buena fe en sentido propio, pero una predisposición del deudor para tratar rápidamente de su estado patrimonial negativo, trae consecuencias positivas para ambas partes, especialmente para el deudor, que encontrará, con este comportamiento, una contraparte dispuesta a la negociación que puede, por ejemplo, haber sido intentada, con o sin éxito, a través de contactos preconcursales. Nos dice TRUJILLO DÍEZ, “normalmente las entidades de crédito son bastante receptivas ante las solicitudes de sus clientes en apuros en lo indicado a la suspensión de alguna cota, el fraccionamiento de algún plazo o el escalonamiento de la deuda vencida”.⁵⁸⁹

No olvidamos, sin embargo, que el mayor éxito del proceso, así dibujado, implicará la existencia de una masa activa suficiente, o de una capacidad de pago que se preverá mejorada para el futuro⁵⁹⁰, para que las negociaciones puedan presentar mayor flexibilidad y éxito, pero creemos, como afirmamos, que la postura del deudor en el proceso es esencial para se alcanzar una solución beneficiosa para ambas partes, sino esencialmente para que el deudor pueda ganar alguno relevo y protección ante la ley concursal.

Sabemos también que, cuanto menor sea la duración del proceso concursal, menor es el desgaste del deudor y de los acreedores, así como de la masa activa, en términos psicológicos, tanto como patrimoniales. Es, por eso, que las soluciones basadas en negociación son tan importantes en la ley concursal, o sea, por permitieren que el proceso alcance su propósito con (previsible) rapidez, uno de los principios, como sabemos, más importantes de la actual reglamentación concursal. La idea queda reforzada por la inexistencia, a nivel institucional, de modelos solucionadores de la insolvencia, extrajudiciales o administrativos, por lo menos con

⁵⁸⁹TRUJILLO DÍEZ, I. *El sobreendeudamiento...op. cit.*, p. 79.

⁵⁹⁰En este sentido, FERNANDÉZ SEIJO, J.M. «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», *El Futuro...*, *op. cit.*, p. 278. Los concursos sin masa o con insuficiencia de masa no son previstos en el tratamiento de la insolvencia, por lo menos directamente. Como nos dice FRADE, los concursos sin masa, los NINA (*no income no assets*), en el derecho de matriz anglosajón, son tratados con un perdón total de deudas. Véase FRADE, C., *A Regulação do Sobreendividamento*, tesis doctoral no publicada, p. 611.

un impacto generalizado, en ambos ordenamientos, semejantes, por ejemplo, al modelo belga⁵⁹¹, o francés⁵⁹², respectivamente, que podrán basarse, total o parcialmente, en la mediación (negociación) de deudas. Nos dice FRADE que

[...] la mediación es una solución más provechosa do que la vía judicial cuando sea de fácil acceso, de bajo coste, de calidad y de respuesta rápida. Cuando el sistema judicial consigue ofertar una solución adecuada (liquidación o plan, o ambas), en un plazo corto, su naturaleza más garantística y su dimensión coercitiva son factores preferentes para su adopción.⁵⁹³

Esto significa que la reglamentación concursal que contenga reglas adecuadas al tratamiento de la insolvencia de este tipo de deudores puede, observados determinados requisitos, mostrarse adecuada y suficiente, sin que se necesite de reglamentación extrajudicial o judicial alternativa. La importancia de la intervención judicial queda reforzada con la idea de SOARES GOMES, que nos dice que tal intervención permite “tornar vinculada la convicción de los acreedores, tanto para reconocer los créditos reclamados, como para enjuiciar sobre la legalidad de los acuerdos obtenidos (...) y para determinar la reestructuración judicial, cuando justificada, en el caso de que no se alcance el acuerdo de los acreedores”.⁵⁹⁴

Independientemente de la forma como encaremos el tratamiento de la insolvencia de los consumidores, tanto de un prisma estricto de protección del consumidor, que impondría la existencia de mecanismos extraconcursales, como de un prisma mixto, que permite afirmar que las leyes concursales pueden contener normas favorables al deudor o, por lo menos, teniendo en vista la específica situación de aquel, la importancia de las formulas basadas en negociación cumplen aun otro presupuesto, que es el de adaptación al modelo *reeducativo*.

⁵⁹¹ En Bélgica, de acuerdo con el Código Judicial (artículos 1675/2 a 1675/19) se ha apostado en la mediación de deudas, siendo competentes un conjunto de entidades, públicas o privadas, para efectuar la negociación entre los deudores sobreendeudados y sus acreedores, apuntadas por el tribunal, que observará si se trata de un caso efectivo de insolvencia. Para un breve abordaje del problema, véase <http://www.observatoirecredit.be>, consultado por última vez el 12 de marzo de 2011 Para mayor desarrollo sobre este sistema, véase LEITÃO MARQUES, M.M [et al], *O Endividamento...*, op. cit., p. 248 y ss y FERNÁNDEZ CARRON, E. *El Tratamiento...*, op. cit., p. 117-118.

⁵⁹² Inspirado en el modelo francés, que hemos abordado más largamente en el primer capítulo, tenemos el modelo luxemburgués, basado también en una estructura administrativa, que permite también el uso de mediación/negociación como fórmula de solución de la insolvencia. Para mayor desarrollo, véase KILBORN, J.J. *Comparative Consumer Bankruptcy*, Carolina Academic Press, Durham, 2007, p. 33 y ss.

⁵⁹³ FRADE, C. *A Regulação do Sobreendividamento*, op. cit., p. 574. Traducción nuestra.

⁵⁹⁴ SOARES GOMES, M. T, «Do sobreendividamento das pessoas singulares – em busca de quadro legal», *Sub Judice*, op. cit., p.37. Traducción nuestra. Para mayor desarrollo sobre la importancia de la intervención judicial en estos supuestos, véase ALONSO LEDESMA, C. «Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: propuestas de regulación en el procedimiento concursal», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 464 y ss.

Indica HULS que tal modelo se basa en la idea de que “el consumidor ha *fracasado y necesita de ser reeducado*. En este modelo de tipo social conservador, los *individuos son encarados como seres responsables y ciudadanos decentes y menos como agentes económicos*”.⁵⁹⁵ El modelo de reeducación, que se diferencia del modelo del *fresh start*, que, como veremos, se encuentra previsto, como alternativa, al plan de pagos, en la ley portuguesa, implica normalmente que “el deudor insolvente deberá pagar la totalidad o una parte significativa de sus deudas con base en su patrimonio presente y de sus rentas futuras, a través de un plan escalonado de pagos que negocia directa o indirectamente con sus acreedores”.⁵⁹⁶ Se observa, por lo tanto, la posibilidad del consumidor recuperar de la crisis económica observada, por vía de un plan consistente con sus rentas, de forma a que pueda, así que posible, volver a integrarse en el mercado de consumo. Se puede añadir a tal idea, defendida por GROSS, otra que indica, en relación a los acreedores, que estos, a pesar de no se lograr la obtención de la total satisfacción de sus créditos, pueden conseguir un “restauró parcial del desequilibrio creado por la falta de pago por parte de los deudores”.⁵⁹⁷

Así, ante la idea expuesta, la negociación, encajada tanto en el proceso judicial como fuera de su ámbito, se considera una solución fundamental.

Además, las soluciones basadas en negociación son, en los términos de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *conservativas*, es decir, se permite al deudor conservar sus bienes, en vez de liquidarlos de forma a obtener la satisfacción de los acreedores. Según el autor, se evita con dichas medidas la pérdida de los bienes y la posibilidad de reestructuración del pasivo, toda vez que el deudor asume un compromiso de pago de sus deudas.⁵⁹⁸

Recordamos, en este punto, las referencias antes hechas a los intentos legislativos (frustrados), llevados a cabo en los ordenamientos jurídicos español y portugués, con relación a fórmulas de negociación extraconcursoales: la proposición de ley núm. 122/000295 de 9 de mayo de 2003, y la proposición de ley núm. 622/000012 de 12 de noviembre de 2004, en España, y el

⁵⁹⁵HULS, N. *apud* LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento...op. cit.*, p. 216-217. Traducción nuestra.

⁵⁹⁶LEITÃO MARQUES, M.M. y FRADE, C. *Regular o Sobreendividamento*, CES, Coimbra 2003, p. 12, disponible en <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutora-maria/downloadFile/file/MMLM.pdf?nocache=1210675423.37>, consultado por última vez el 18 de noviembre de 2010.

⁵⁹⁷GROSS, K., *Failure...op. cit.*, p. 94.

⁵⁹⁸GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *El Sobreendeudamiento...*, *op. cit.*, p. 191.

Anteproyecto del Código del Consumidor portugués, de 2006. Estos dos abordajes distintos del problema del sobreendeudamiento/insolvencia de los consumidores colocaban no solo el asiento tónico en la figura del deudor, satisfaciendo el vacío legal de protección (directa) del consumidor, de buena fe, en caso de insolvencia, y creando, igual que en modelo francés, comisiones administrativas con poderes para prevención y solución de la insolvencia.

Esto podría ser buscado en el art. 12 y ss. de las proposiciones de ley, donde se establecía la creación de las Unidades de Información del Sobreendeudamiento (art. 12) y los Centros de Arbitraje de Sobreendeudamiento (art. 14 de la proposición de 2003 y 16 de la de 2004), cuyas funciones serían ejercidas por las *Juntas Arbitrales Autonómicas de Consumo*, así como en el art. 592 del Anteproyecto, que creaban los *Gabinetes de Apoio às Pessoas Sobreendividadas*. Las dos últimas instituciones tendrían las funciones de mediadoras, en el primer caso, y de coadyuvantes del tribunal, en el segundo, teniendo ambas funciones fundamentales en el encuentro del plan de pagos que habría de servir los intereses protegidos, los del deudor y de los acreedores.⁵⁹⁹

A este propósito, recordamos también que el legislador portugués ha encontrado un camino intermedio entre las soluciones extrajudiciales y judiciales, en virtud de la solución que se recoge en la Portaria núm. 312/2009. En este instrumento legal se hace el puente entre el proceso ejecutivo judicial y el tratamiento extrajudicial del sobreendeudamiento que eventualmente se verifique. Como se puede leer en la exposición de motivos, los propósitos del legislador serían dos – por una parte, concluyéndose el proceso ejecutivo por falta de bienes embargables, el deudor podría evitar la inclusión en la lista pública de deudores ejecutados en caso de verificación de una situación de sobreendeudamiento y siempre que adhiriese a un plan de pagos elaborado tanto por la DECO, como por el GOEC o la ASFAC, las tres únicas entidades reconocidas por decisión administrativa en estos supuestos; en segundo lugar, en el caso de que el proceso ejecutivo fuera tramitado de forma arbitral⁶⁰⁰, el deudor sobreendeudado y el acreedor ejecutante podrían suspender el proceso para intentar la negociación del plan de pagos.

⁵⁹⁹Sobre las funciones, véase el art. 20 y ss. de las proposiciones de ley, así como el art. 593 del Anteproyecto.

⁶⁰⁰Los centros de arbitraje en materia ejecutiva fueran creados por el DL núm. 226/2008 de 20 de noviembre, que ha entrado en vigor en 31 de marzo de 2009.

El legislador sintetiza el interés de la medida en estas palabras:

[...] la importancia de estas medidas se sitúa en dos planos. Por un lado, una persona en situación de sobreendeudamiento es, en primera instancia, alguien que necesita de auxilio para reconstruir su situación financiera y poder volver a honrar sus compromisos. (...) la preocupación esencial deberá ser la de crear las condiciones para ayudar al deudor a obtener un plan de pagos con sus acreedores. Por otro, la creación de un plan de pagos por acuerdo entre la persona sobreendeudada y sus acreedores es, igualmente, una situación ventajosa para aquellos, que así verán nuevamente como posible la recuperación de créditos que, de otra forma, sería muy difícil [...] ⁶⁰¹

Podremos, por lo tanto, destacar la importancia de dichas medidas que permiten, sin necesidad de crear un mecanismo totalmente alternativo a la ley concursal portuguesa (quedando excluida, en estos casos, la exoneración de deudas, que solo podría ser obtenida judicialmente), sustituirla en lo que respecta a la posibilidad de obtención de un plan de pagos, evitándose así el recurso a un nuevo proceso judicial (a añadir al ejecutivo existente).

Todavía, aplaudiéndose las medidas, hay que afirmar que su aplicación es escasa, ⁶⁰² no solo por falta de información transmitida al deudor ejecutado, por los tribunales, pero esencialmente por la dificultad de implementación de los centros de arbitraje indicados, esto en términos procesales. Por otro lado, podremos criticar el cambio de terminología del legislador, que utilizaba la formulación de insolvencia en el Anteproyecto del Código de Consumidor y se decide, en esta situación, a adoptar el concepto de sobreendeudamiento que, como referimos, equivale a la definición jurídica de insolvencia. Toda vez que el CIRE presenta medidas propias para los deudores personas físicas, no distinguiendo las dos realidades conceptualmente (que, como vimos en el primer capítulo, no serán distintas), podría afirmarse que la palabra utilizada en la referida ley podría ser otra, más uniforme con el derecho positivo.

Sin embargo, otra cuestión mayor podrá levantarse ante estas disposiciones legales. En primer lugar, no se comprende, en términos temporales, la distinción entre la posibilidad de recurrir a los servicios de mediación, o sea, el hecho de que, tratándose de un proceso ejecutivo judicial, solo observada la falta de bienes embargables se concede la posibilidad de recurso a un plan de pagos, en vez de lo que ocurre con la forma de tramitación arbitral. Entendemos que,

⁶⁰¹Traducción nuestra.

⁶⁰²En entrevista ocurrida en julio de 2010 con un jurista de la DECO, se ha vehiculado la información de que solo un caso, desde la entrada en vigor de la ley, habría sido encaminado para la entidad, a nivel nacional. Por otro lado, esta entidad tiene gabinetes de apoyo al sobreendeudado, realizando un importante trabajo de negociación extrajudicial.

existiendo, observándose o comprobándose la situación de sobreendeudamiento, en el caso de que existiese aceptación por parte del acreedor (que es obligatoria en cualquier de las situaciones), el proceso ejecutivo podría paralizarse sin que necesitase de concluir por falta de medios de pago, paralizándose solo la publicitación de la imposibilidad de cumplimiento del deudor (en la lista pública de ejecuciones).

La declaración de insolvencia, como sabemos, paraliza las acciones ejecutivas (art. 88.1 CIRE) movidas contra el deudor, pero aquí no se trata de un efecto legal automático, sino de que un acuerdo entre el deudor y sus acreedores que les permitirá encontrar una fórmula de pago alternativa a la venta judicial. En estas circunstancias, cuanto más rápidamente ocurrir dicha negociación, más beneficiadas serán las partes. Esto porque, no existiendo bienes embargables al final de proceso, el acreedor no será resarcido, en vez de lo que sucede en los casos en que el deudor se dispone a negociar. Sin embargo, cumple destacar que, al admitir la negociación/mediación, el acreedor prescinde de una posición privilegiada (de ejecutante del patrimonio del deudor), para adherir a una negociación colectiva con los acreedores del deudor (que existan), lo que puede impedir su aceptación (previéndose la conclusión del proceso por falta de bienes, este argumento se diluye, pudiendo el acreedor, negociar con el deudor).

Ante dichos hechos, podremos afirmar que el sistema creado por el legislador portugués, con los problemas apuntados, no podrá consistir, aun, en una alternativa totalmente viable al proceso de insolvencia, organizado y sistematizado de la forma que hemos venido a demostrar, toda vez que no se establece sólidamente el sistema, que verdaderamente no será un sistema preconcursal universal, porque solo se permite al deudor ejecutado su utilización, sin embargo de la posibilidad de recurso extrajudicial a las mismas entidades. Todavía, no se hace el puente con el proceso concursal, igual que ocurría en el Anteproyecto del Código del Consumidor, lo que impide el acceso, por ejemplo, a la exoneración del pasivo restante. El éxito de las medidas, por lo tanto, deberán ser observadas caso a caso.

Sobre la viabilidad de un procedimiento alternativo al proceso concursal, como tenemos venido a hablar en estas líneas, podremos, por ejemplo, recurrir a la opinión de COLINO MEDIAVILLA, que nos indica que

El primer problema para admitir un procedimiento colectivo preconcursal deriva de la determinación de su presupuesto objetivo. Si se quiere establecer este procedimiento colectivo preconcursal y se hace estableciendo un presupuesto objetivo anterior a la insolvencia, se va a tratar una situación de normalidad con técnicas propias de la anormalidad generalizada en el cumplimiento de las obligaciones. Si, por estimarse incorrecto cambiar el presupuesto objetivo, se mantiene el mismo fijado para el procedimiento concursal, incluso dándole un segundo nombre, tendremos una duplicidad de procedimientos sobre el mismo supuesto fáctico. Esto exigiría resolver la posibilidad de que distintos órganos, los del concurso y los del procedimiento colectivo preconcursal, concurran sobre un mismo hecho, con el consiguiente conflicto de competencias, por ejemplo imponiendo el paso por el procedimiento colectivo preconcursal para poder acogerse al procedimiento concursal.⁶⁰³

Como hemos visto, el legislador, tanto el portugués, como el español, han decidido abandonar los proyectos indicados. Sin discurrir sobre las razones de tal decisión, apuntándose desde ya la mayor ventaja de aquellos, que siempre sería la de permitir, por si trataben de fórmulas de tratamiento de la insolvencia basadas en la competencia de organismos más accesibles al público, una solución preferentemente más rápida y menos costosa, a que se añade la posibilidad de reeducación y información del deudor, en términos financieros, afirmamos que la esencia de tales proyectos, la negociación de la forma de pago, del deudor a sus acreedores, fue transpuesta para la reglamentación concursal, bajo la forma de convenio, en la LC, y de plan de pagos, en el CIRE. Serán, por lo tanto, estos dos mecanismos concursales que iremos analizar enseguida, distintos en la forma, más próximos en su objetivo.

2- El convenio previsto en la LC

El convenio es la solución negociada prevista en la LC, y puede encontrarse en el art. 98 y ss. LC. La Exposición de Motivos de la LC describe que “el convenio es la solución normal del concurso, que la Ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través de acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de las partes goza de gran amplitud”.⁶⁰⁴ La primera de dichas medidas, expone el legislador, es la posibilidad de “admisión de la propuesta anticipada de convenio que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos”.

⁶⁰³COLINO MEDIAVILLA, J.L. «Concurso de consumidor», *Convergencias y paralelismos ...op. cit.*, p. 10.

⁶⁰⁴En sentido contrario, apunta la doctrina que a pesar de la afirmación del legislador, liquidación y convenio deben estar colocadas en pie de igualdad. Además, el deudor puede optar específicamente por la liquidación, no pudiendo los acreedores o el tribunal imponerle solución diversa. Véase ROJO, A. y BELTRÁN, E. «Título V», ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 1850.

Se observa, por lo tanto, que, en obediencia a la unidad de sistema, es decir, a la consagración legal de mecanismos de tratamiento de la insolvencia idénticos para todos tipos de deudores, el legislador ha entendido imprimir el mismo carácter rápido y sencillo en la tramitación del convenio. No olvidamos, por otra parte, que en el caso de concurso de consumidores, es de aplicar, normalmente, el procedimiento abreviado, que permite, igual que se lee en el art. 191.1 LC, que los plazos de tramitación, incluso del convenio, puedan ser reducidos para mitad.

Mirando al derecho derogado, competía al deudor no empresario recurrir a los mecanismos de quita y espera (como presentes en el art. 1912 CC español y 1130 y ss. LEC/1881) con anterioridad a la declaración de concurso. Estos mecanismos incluirían la solicitud de quita, es decir, de perdón de deudas, o de espera, que consistiría en una moratoria, pero la situación normal sería el requerimiento de medidas que incluirían una conjunción de las dos medidas. Consistiría tal en un acuerdo previo con los acreedores a fin de evitar el recurso al concurso de acreedores, que estaría previsto en el art. 1913 y ss. CC español, así como en el art. 1156 y ss. LEC/1881 y que, como establecido en dicho artículo 1156, solo admitiría la cesión de los bienes del deudor a sus acreedores, y no otro tipo de solución negociada.

Se concluye que la defensa de la unidad de sistema presente en la LC ha conducido a las dos soluciones antes descritas, pero sin la dinámica anterior: se observaba que el convenio quedaba fuera de la estructura del concurso de acreedores, ya que este solo admitiría la liquidación de los bienes del deudor como solución. Las dos soluciones antes separadas y, por lo tanto, no novedosas en el derecho concursal positivo, son, ante el sistema de la LC, alternativas, en el mismo proceso. La fragmentación del anterior régimen jurídico-concursal fue precisamente uno de los motivos por lo cual el legislador español ha decidido renovar su derecho concursal.

Así siendo, el convenio no es una solución propia de un tipo de deudores, pero accesible y pensada para todos, lo que podrá plantear, en el tratamiento específico de la insolvencia de consumidores, varios problemas, que indicaremos en los últimos puntos de este estudio. Sin embargo, cuando el deudor consumidor persona física no esté dispuesto o no pueda, por no poseer bienes en suficiencia, optar por la liquidación de sus bienes, el convenio es la solución sobrante, por lo que nuestro análisis siempre tendrá en vista, no el convenio en cuanto

mecanismo propio, por ejemplo, de la recuperación empresarial, o mecanismo de solución generalista para deudores empresarios, pero atendiendo siempre a las necesidades concursales del deudor consumidor persona física, a fin de comprobar si la ley positiva establece suficiente protección del deudor o, en el caso de que no lo haga, que tipo de medidas podrán ser tomadas para adaptar la ley existente a los efectos de insolvencia de los consumidores/familias.

Esta cuestión es particularmente acuciante, toda vez que la reforma de la Ley Concursal, como hemos indicado, se encuentra en curso, pero sin añadir, en este campo, innovaciones que puedan crear una fórmula particular de tratamiento de la insolvencia de los consumidores. El legislador no tiene también previsto ningún proyecto para tratar aisladamente este problema, por lo que tendremos de comprender cuales los beneficios que el proyecto de reforma de 2011 podrá conllevar en este campo, que señalaremos siempre que conveniente, como sean las profundas alteraciones en lo que respecta al procedimiento abreviado.

El convenio, como se afirma en los art. 111.1 y 183.5 LC, implica la apertura de la *sección quinta* del concurso, que dará cuerpo a la tramitación tanto del convenio, como de la liquidación, dependiendo de la opción hecha por el deudor, como veremos seguidamente.

El convenio surgirá, por lo tanto, después de la declaración de insolvencia del deudor (art. 21 y 183.1 LC), con la verificación de todos los efectos a ella asociados, del nombramiento de la administración concursal (art.26, 183.2 y 191.2 LC, con nombramiento de solo un administrador, que será lo que ocurre en los concursos de consumidor, cuando adoptado el procedimiento abreviado), de la determinación de la masa activa (art. 76 y ss. y 183.3 LC), de la determinación de la masa pasiva (art. 84 y ss. y 183.4 LC) y de acuerdo con el art. 75.2.3 LC, de la presentación del informe del administrador concursal. De notarse, todavía, que la propuesta anticipada de convenio será tramitada de forma distinta, como veremos, durante la fase común, constituyendo esta, incluso, la fórmula más seductora para el deudor consumidor persona física.

Lo que se extrae de esta breve exposición sobre la tramitación procesal, es que, en vez de lo que ocurre con el plan de pagos en la ley portuguesa, que analizaremos enseguida, en lo cual se suspende el proceso principal y el plan de pagos se aprecia, incidentalmente, antes de la declaración de insolvencia, ante la ley española esta solución se aproxima más al plan de

insolvencia portugués, vedado a consumidores, que presenta una tramitación muy semejante. La primera desventaja que obtenemos, apreciando los dos normativos, es que, en Portugal, con el plan de pagos, solución propia para consumidores y pequeños empresarios, existe una mayor economía en tiempo y costes procesales, pero no es de todo correcto afirmarse que la tramitación normal del proceso concursal es incompatible con la insolvencia de los consumidores (sin olvidar la aplicación del procedimiento abreviado), toda vez que otra de las soluciones de la ley portuguesa propia de este tipo de deudores, la exoneración del pasivo restante, no se desvía de tal tramitación normal (véase, por ejemplo, el art. 236.4 CIRE). Además, la tramitación de la propuesta anticipada de convenio, como veremos, es más aproximada a la tramitación de plan de pagos portugués, por lo que será la solución más favorable, dentro de las dos disponibles en el derecho español, al deudor consumidor, por cuanto más rápida.

Por otro lado, sobre la caracterización jurídica del convenio como solución negocial, observamos arriba que el propio legislador apellida el convenio de un negocio jurídico. Sin embargo, como bien indica la doctrina, la naturaleza del convenio como negocio jurídico puede ser matizada, toda vez que este presenta, como nos dice VALPUESTA GASTAMINZA, cuatro desvíos a la regla general del art. 1255 CC español: su contenido es restrictivamente apuntado en el art. 100 LC, su aprobación depende de mayorías especiales, en lo que a los acreedores respecta, su eficacia carece de homologación judicial y, por último, su impugnación solo puede realizarse de acuerdo con el prescrito en el art. 128 LC, por lo que quedan apartadas las normas sobre vicios de consentimiento.⁶⁰⁵ Por otra parte, CUESTA RUTE afirma que el convenio será un negocio de masa y, esencialmente, tendrá la naturaleza de contrato, siempre que la propuesta provenga del deudor

[...]por si solo o en compañía de algunos acreedores, puesto que si procede de acreedor o acreedores sólo se puede considerar verdadera oferta (contractual) si el o los proponentes representan la mayoría requerida para poder concluir un convenio pues en otro en el caso de que la propuesta sólo representará una iniciativa destinada en su caso a ser oferta.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E. «Artículo 99», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 70-71.

⁶⁰⁶ DE LA CUESTA RUTE, J.M. *El Convenio Concursal- Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 35. En el mismo sentido, véase VELASCO SAN PEDRO, L.A. «De la Fase de Convenio», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2120 y ss. Como el autor afirma “no deja de ser un contrato peculiar que se produce en el marco de un proceso judicial”, p. 2124.

Independientemente de los desvíos existentes en el convenio, su naturaleza negocial es innegable, quedando el deudor vinculado al acuerdo establecido con sus acreedores, que deberá cumplir estrictamente (véase el art. 140 LC sobre el incumplimiento). Las cláusulas previstas en el convenio derivan de efectiva negociación entre deudor y acreedores, y aunque compitiendo al juez la evaluación de la legalidad de las mismas (art. 131.2 LC), el cerne del acuerdo siempre será la autonomía negocial de las partes.

2.1 – Solicitud

La legitimación para presentar una propuesta de convenio se encuentra atribuida al deudor y a los acreedores. El primero puede presentar, en exclusivo, una *propuesta anticipada* de convenio, como indica el art. 104 LC⁶⁰⁷, o *una propuesta normal u ordinaria*, de acuerdo con el art. 113.1 y 2 LC⁶⁰⁸, lo que ocurrirá transcurrido el plazo para la comunicación de créditos (art. 21.5 LC, sin olvidar la reducción en virtud del procedimiento abreviado) o, en una segunda fase, hasta los cuarenta días anteriores a la realización de la junta de acreedores.

Los segundos, de acuerdo con el art. 113.1 y 2 LC, podrán, en plena sección quinta del concurso, presentar, igual que el deudor, una propuesta de convenio, en el caso de que representen al menos una quinta parte del total del pasivo reconocido, en su vertiente de tramitación ordinaria; también a estos legitimados se permite, en la segunda fase arriba

⁶⁰⁷ Establece dicho artículo que: “1. Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese solicitado la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio.”

⁶⁰⁸ Aquí se puede leer que: “1. Transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, podrá presentar ante el Juzgado que tramite el concurso propuesta de convenio el concursado que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación. También podrán hacerlo los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores, salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación. 2. Cuando no hubiere sido presentada ninguna propuesta de convenio conforme a lo previsto en el apartado anterior ni se hubiese solicitado la liquidación por el concursado, éste y los acreedores cuyos créditos superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva podrán presentar propuestas de convenio desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración.”

indicada, como veremos, presentar propuesta de convenio. Se observa, por lo tanto, que a los acreedores se niega la hipótesis de propuesta anticipada de convenio.

Se aprecia que la LC presenta una legitimación doble para iniciar el proceso negocial, pero se da prevalencia al impulso del deudor, a quien se permite la posibilidad de presentación de una propuesta anticipada de convenio. Se comprende, la opción del legislador, toda vez que competirá al deudor, que dispone de todos los datos esenciales sobre su insolvencia, particularmente sobre su activo y pasivo, determinar si pretende optar por una de las dos soluciones legales (convenio o liquidación) desde el inicio del proceso. Siempre que las propuestas se hagan en la fase ordinaria, como referimos, la legitimación de deudor y acreedores se encuentra en pie de igualdad, pudiendo tramitarse y discutirse, en la junta de acreedores, diferentes propuestas de convenio (dándose, como se puede leer en el art.121.2 LC, preferencia a la presentada por el concursado).

2.1.1 – La propuesta anticipada de convenio

Empezando por el deudor, este podrá presentar, en primer lugar, una propuesta anticipada de convenio, como se puede leer en el art. 104 LC. Este artículo indica que, desde la solicitud de concurso voluntario (art. 6 LC y 22.1 LC), incluso con la propia solicitud de apertura de concurso, o desde la declaración de concurso necesario (artículos 21 y 22.1 LC), podrá el deudor presentar tal propuesta anticipada, siendo la fecha límite para ella, la expiración del plazo para la comunicación de créditos, que se encuentra establecida en el art. 21.5 LC (un mes a contar desde el día siguiente a la publicidad de la sentencia hecha en el BOE, pudiendo, por vía del procedimiento abreviado, reducirse para quince días). Para proceder a tal solicitud, el deudor no podrá, también, haber solicitado anticipadamente la liquidación de su patrimonio (art. 142.1 y 142 bis LC).⁶⁰⁹

⁶⁰⁹Nos indica SACRISTÁN REPRESA que esta exigencia deriva del hecho de que la solicitud, por el deudor, de la liquidación de su patrimonio, “dificulta o cierra la posibilidad de convenio”. Por otra parte, la LC no prevé la posibilidad de revocación de la solicitud de liquidación. Véase SACRISTÁN REPRESA, M. «Artículo 104», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2212.

No podremos también olvidar la prescripción legal del art. 5.3 LC, relativa al deber de solicitud, que prevé específicamente que el deudor que, en el plazo de dos meses posteriores a la verificación de su estado de insolvencia comunique al juez que ha encetado negociaciones tendentes a obtener las adhesiones necesarias para la propuesta anticipada de convenio, no estará obligado a cumplir tal deber.⁶¹⁰ Transcurridos tres meses desde la comunicación, sin que se alcancen resultados (o desde la fecha en la cual reconozca que no existe posibilidad de éxito en tales negociaciones), el deudor deberá solicitar la declaración de su insolvencia en el plazo de un mes.

Todavía, la posibilidad del deudor proponer anticipadamente no se basta con criterios subjetivos, procesales o temporales. Nos dice ROJO que la propuesta anticipada de convenio constituye una especialidad procesal en beneficio del deudor, por lo que este deberá mostrarse merecedor de tal⁶¹¹: así siendo, la superación del merecimiento se aprecia por no se observaren ningunos de los hechos presentes en el art. 105 LC. Estos, en el caso concreto del deudor consumidor persona física, respectan en exclusivo al apartado 1 de dicho artículo, no pudiendo este haber sido condenado por sentencia firme, por alguno de los delitos indicados, lo que no se producirá normalmente, por lo que este tipo de deudores tendrá un acceso facilitado a la propuesta anticipada.⁶¹² Se tratan de verdaderas prohibiciones legales, lo que

⁶¹⁰De recordarse también que el Anteproyecto de reforma pasa a tratar aisladamente esta cuestión, para tal creando el art. 5 bis, en el que introduce la posibilidad de obtenerse un acuerdo de refinanciación.

⁶¹¹ ROJO, A. «De la propuesta anticipada de convenio», (Sección 3.ª) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 1929. El autor afirma también que de este modo se limita también la posibilidad de requerir un convenio anticipado a una cierta clase de deudores. ROJO, A., *El Convenio Anticipado*, Civitas, Madrid, 2004, p. 14.

⁶¹² De notarse que en la redacción inicial de la LC, el elenco de prohibiciones tendría una extensión considerable. Basándose en tal redacción, el deudor consumidor persona física podría quedar apartado de la posibilidad de proponer anticipadamente un convenio, de acuerdo con los apartados 5 y 6, que incluyen comportamientos, en los últimos tres años anteriores a la fecha de solicitud, como disposición de bienes o derechos a título gratuito que excediesen las liberalidades, disposición de bienes o derechos a título oneroso a favor de tercero o personas especialmente relacionadas con el deudor, realizadas en condiciones que, al tiempo de la celebración, no son las normales del mercado, pago de obligaciones no vencidas, constitución o aumento de garantías reales relacionadas con obligaciones existentes, otros actos declarados en fraude de los acreedores, mismo sin sentencia firme, así como el incumplimiento del deber de solicitud del concurso. Muchas de estas situaciones podrían efectivamente observarse, pero es de aplaudir la retirada de tales prohibiciones, toda vez que el deudor que recurre al proceso concursal pretendiendo alcanzar un convenio, demuestra una voluntad seria de solucionar su insolvencia, que podría ser impedida con la verificación de comportamientos que ni siempre demuestran su mala fe, como sea el incumplimiento del deber de solicitud. Esta medida legislativa, tomada con el RD 3/2009, visó precisamente aumentar el número de solicitudes de propuesta anticipada, aumentando las posibilidades del deudor en solicitarla. Para mayor desarrollo sobre el derecho derogado, véase SANCHÉZ-CALERO, J. «La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, La Ley, Madrid, 2009, p. 88 y ss y ROJO, A. «Prohibiciones», (Art. 105) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 1942 y ss. Considerando que la modificación fue beneficiosa para el concurso, visto que la posibilidad de obtención de convenio es favorable tanto al deudor como a los acreedores, véase VALPUESTA

explica que, de acuerdo con el párrafo 2, el juez trate de desestimar la pretensión del deudor cuando, durante la tramitación, se verifique cualquiera de los hechos arriba descritos.

Sin embargo, las prohibiciones legales contenidas en el art. 105 no se extienden a la propuesta ordinaria de convenio, por lo que el deudor no quedará impedido de presentar, durante la tramitación normal del proceso, una propuesta de convenio de acuerdo con el art. 113 LC. En el caso de que ocurran dichos hechos, se analizarán en la calificación de la insolvencia, pero no excluyen la posibilidad del deudor recurrir a esta solución concursal normal. Nos parece acertada la decisión legislativa, tanto de reducir las limitaciones previstas en la redacción inicial de la LC, como de no transportar las sobrantes para la propuesta ordinaria, toda vez que privar al deudor de la única solución legal alternativa a la liquidación sería reducir en demasía el propósito de recurso al concurso. Además, el deudor consumidor, como referimos, no será, en general, afectado por la limitación vigente, porque las prácticas referidas en la ley son, en general, visibles en los deudores empresarios.

Este merecimiento, que se aprecia aquí, se producirá igualmente en el régimen portugués, pero con mayor intensidad, en lo que respecta a la posibilidad de admisión de la exoneración del pasivo restante, como se puede leer en el art. 238 CIRE. Tendremos oportunidad de criticar tal previsión normativa, por lo que afirmamos nuestra concordancia con la redacción, que impone condiciones menos rigurosas, del art. 105 LC, toda vez que el legislador, aliviando los criterios negativos de acceso a la propuesta anticipada de convenio, establece un importante incentivo para que el deudor pueda recurrir a este modo de solucionar su insolvencia, así como al proceso concursal, en general, tornándole más fácil la formulación de una propuesta que permitirá resguardar su patrimonio.

Observamos que este dibujo legal, que permite *en exclusivo*, al deudor concursado, proponer anticipadamente el convenio a sus acreedores, se encuentra claro y, del modo posible, sencillo. La manifestación de voluntad del deudor para solicitar la apertura de su concurso puede ser acompañada de la referida propuesta, pero esencialmente el elemento fundamental de esta figura es, como referimos, la posibilidad del deudor aplazar su solicitud y evitar el

GASTAMINZA, E. «Artículo 105», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 127 y ss.

incumplimiento del deber de solicitud, buscando establecer las negociaciones necesarias para obtención de un convenio anticipado, que será apreciado en el seno del concurso que se tramite posteriormente.

El aplazamiento de la solicitud no puede, todavía, ser utilizado por el deudor de forma a evitar, de modo fraudulento, el recurso al proceso (pudiendo, por ejemplo, proceder al alzamiento de sus bienes, u otro tipo de actuaciones a fin de perjudicar sus acreedores), por lo que el fallo de las negociaciones siempre deberá, antes de recurrido el plazo legal, convertirse en solicitud de concurso.

La propuesta anticipada de convenio, allá de los requisitos arriba indicados, implica también el cumplimiento de los requisitos sustanciales previstos en el art. 106 LC. Estos nos dicen que la propuesta deberá ser acompañada por adhesiones de acreedores de cualquier clase⁶¹³, a través de la forma establecida por ley (art. 103 LC), siendo esencial que dichas adhesiones representen una cuantía superior a la quinta parte del pasivo total del deudor. Cuando se trate de una propuesta solicitada con el concurso voluntario, nos dice la última parte del artículo que son suficientes adhesiones que representen una décima parte del pasivo del deudor.⁶¹⁴

Se comprende, por la exposición hecha arriba, que el deudor tendrá que iniciar negociaciones con sus acreedores para obtener su concordancia respecto al contenido de la propuesta que presente. Su posición frágil, dada la incapacidad de cumplir (o probabilidad de tal suceder), ante los acreedores, deberá ser colmatada por una asistencia jurídica y financiera adecuadas, que potencie el éxito de las negociaciones. De notarse, como hemos indicado antes, que el abogado, procedente, por ejemplo, de los mecanismos de asistencia jurídica gratuita, puede no representar, en termos de conocimiento y experiencia, el mejor mediador con los acreedores. La formación de técnicos adecuados, de las Juntas Arbitrales de Consumo, o de otros organismos públicos, para más de disminuyeren los costes del proceso, podrían representar un verdadero aliado, en términos de destreza de técnica, jurídica y financiera, al deudor consumidor.

⁶¹³La redacción anterior indicaba los acreedores ordinarios o privilegiados, lo que permite incluir en esta nueva lista los acreedores subordinados. Estos no tendrán derecho de voto, pero solo surgen para facilitar la admisión a trámite de la propuesta. Así lo dice ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A. «Los problemas del convenio tras la reforma del RD Ley 2/2009, de 27 de marzo», *Los Problemas de la Ley Concursal – I Congreso Español de Derecho de Insolvencia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 311.

⁶¹⁴En relación con los requisitos de las adhesiones y a la tramitación de la propuesta, se dará mayor desarrollo en el punto 2.3.1 de este capítulo.

2.1.2 – La propuesta ordinaria de convenio

Al revés de lo que ocurre en la fase común del proceso, las propuestas presentadas por esta vía derivan de la legitimación, tanto del *deudor*, como de los *acreedores*, pudiendo estos proponer soluciones que sustancián la apertura de la fase de convenio (art. 112 LC y 183.5 LC, denominándose esta de la sección quinta del proceso). Trataremos de analizar las dos posibilidades, enseguida, centrándonos en primer lugar en la figura del deudor.

No habiendo aquél presentado una propuesta anticipada de convenio, podrá hacerlo, de acuerdo con la tramitación ordinaria, conforme se prevé en el art. 113 LC. Como nos dice POZO MARTÍNEZ, la ley permite “en esta fase una «segunda oportunidad» o un segundo momento para la presentación (...), reforzándose más si cabe, el objetivo de agilizar el procedimiento y fomentar la solución conservativa del mismo que persigue la nueva normativa”.⁶¹⁵ Esto significa que, no habiendo presentado tal propuesta, el deudor puede hacerlo, normalmente, en esta fase del concurso. Muchas serán las razones que pueden conducir el deudor a no presentar una propuesta de convenio anticipada, pero la principal podrá ser, precisamente, la dificultad que el deudor enfrenta no solo en la elaboración de la propuesta, como especialmente en la negociación con sus acreedores que, en la fase común del proceso, será hecha individualmente, no habiendo aprobación en la junta de acreedores, como veremos.

Este artículo, en su apartado 1, establece que, agotado el plazo para la comunicación de créditos (que corresponde, como vimos, al término del plazo para la propuesta anticipada) el deudor puede hacer su proposición de convenio, hasta dos fechas distintas: en el caso de que no existan impugnaciones, la propuesta puede presentarse hasta el final del plazo de impugnación del inventario o de la lista de acreedores; cuando existe impugnación, el deudor podrá presentar la propuesta hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos (el art. 96.1 LC establece un plazo de diez días para impugnación desde la fecha de notificación de la lista definitiva).

⁶¹⁵POZO MARTÍNEZ, J.L. «Artículo 113», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2267.

Para que la propuesta pueda ser aceptada, el deudor no puede haber presentado una propuesta anticipada de convenio, o solicitado su liquidación. En relación con este punto, los motivos que subyacen, en la propuesta anticipada de convenio, a la imposibilidad de presentación de una propuesta en caso de solicitud de liquidación serán idénticos. Más compleja es la evaluación de la situación cuando el deudor ha efectivamente presentado una propuesta anticipada de convenio.

La primera de las consecuencias legales puede descortinarse en la propia ley: leyendo el art. 110.1 LC, podremos constatar que, en cuando la propuesta anticipada de convenio no sea aprobada, el deudor podrá mantenerla para que tramite en la fase de convenio, por lo que quedará impedido, de acuerdo con el artículo 113, de presentar una propuesta concurrente con la que mantiene. Pero, como nos dice ROJO, la interpretación del artículo deberá ser cuidadosa, toda vez que “es absurdo interpretar la norma legal como una «sanción» al concursado que hubiera presentado propuesta anticipada de convenio posteriormente fracasada”. Así, continua el autor, se deberá hacer una interpretación “lógica” de la norma, permitiéndose al deudor presentar nueva propuesta cuando la anticipada no proceda, por cualquier motivo (falta de adhesiones, invalidez de su contenido, verificación de una prohibición o informe desfavorable a la propuesta).⁶¹⁶

En segundo lugar, los acreedores están también legitimados, de acuerdo con el art. 113.1 LC, para presentar una propuesta de convenio, siempre que el deudor no solicite la liquidación de su patrimonio, ya que las condiciones para admisión a trámite de la propuesta son que, en primer lugar, los créditos estén reconocidos en el concurso y, en segundo, que la propuesta provenga de un acreedor o conjunto de acreedores cuyos créditos superen la quinta parte de los créditos patentes en el proceso.

Se observa que la legitimación de los acreedores, cuya propuesta deberá presentarse en el mismo período indicado para el deudor, solo existe para la propuesta de convenio no anticipada, no pudiendo, por ejemplo, los acreedores presentar una propuesta anticipada con

⁶¹⁶ROJO, A. «Presentación de la propuesta de convenio», (Art. 113) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2020. En el mismo sentido, criticando incluso el asistematismo de la norma en cuestión, afirmando que el deudor no queda permanentemente vinculado por la primera propuesta, véase CUESTA RUTE, J.M. *El Convenio...*, *op. cit.*, p. 122. Para más desarrollo, véase también CORDÓN MORENO, F. «Artículo 113», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 174 y ss.

la solicitud de un concurso necesario. Se constata, también, que deudor y acreedores podrán presentar propuestas de convenio paralelas o concurrentes.

Nos parece importante relevar que, no se tratando el convenio de un modo de conclusión del proceso exclusivo de ningún tipo de deudor (como ocurre con el plan de pagos portugués, en la dependencia exclusiva de la voluntad del deudor), la legitimación de los acreedores sería de previsión obvia. Esto porque, solo en los casos en los cuales el deudor decide liquidar su patrimonio es que los acreedores pierden la posibilidad de forzar una solución negocial. En las restantes hipótesis, toda vez que el convenio puede conllevar ventajas tanto para los acreedores, como para los deudores, los primeros podrán estar interesados en negociar las condiciones de pago y el propio montante de la deuda, para que puedan recuperar parte o la totalidad del crédito impagado, esperando que el deudor lo acepte. Será, además, un buen indicativo, en concursos de consumidores, que los acreedores pretendan negociar el pasivo acumulado por aquellos. Esta situación podrá producirse con frecuencia cuando los propios acreedores se hayan deparado antes con la inexistencia de bienes en un proceso ejecutivo, buscando, en el caso de que al deudor sobrevenga mejor fortuna, intentar recuperar parte de su crédito.

Respecto a la propuesta de convenio ordinaria, la ley no se basta con esta previsión legal. Esto porque, en el art. 113.2 LC, se introduce otra oportunidad para que las partes puedan presentar propuesta de convenio, que se designa, en la doctrina, como segundo período de presentación.⁶¹⁷ Las condiciones previas para que puedan presentarse propuestas son el hecho de que ninguna de las partes lo tenga requerido de acuerdo con la descripción hecha arriba (o estas no tengan sido admitidas a trámite) y, más una vez, que el deudor no haya solicitado la liquidación de su patrimonio. También aquí la legitimación es doble, permitiéndose la presentación de propuestas por parte del deudor y de los acreedores, debiendo estos cumplir los requisitos, en relación con la representación del pasivo, del art. 113.1 LC, siendo que el nuevo plazo se insiere en el período que media la convocatoria para la junta de acreedores (art. 111.2 LC) y hasta los cuarenta días anteriores a la fecha señalada para su realización. Se concluye, por lo tanto, que a cada una de las partes solo cabe esta segunda oportunidad cuando no hayan presentado ninguna propuesta o esta no sea admitida a trámite.

⁶¹⁷ROJO, A., art.113, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo II, *op. cit.*, p. 2027.

La LC, como podremos observar, es muy generosa, dando al deudor, sucesivamente, oportunidades para presentar propuestas de convenio. Todavía, dichas oportunidades no deberían servir para perpetuar la duración del proceso concursal, sin olvidar la posibilidad de reducción para mitad de los plazos indicados por aplicación del procedimiento abreviado. Esta argumentación permítenos afirmar que concordamos con la posibilidad del deudor, siempre que sus propuestas no sean sucesivamente admitidas a trámite, presentar hasta este último periodo una nueva propuesta, pero la inactividad del deudor, que no solicita una propuesta abreviada, ni lo hace en la primera fase de la tramitación ordinaria, podrá llevar al arrastrar del proceso, no beneficiando ninguna de las partes, toda vez que invariablemente, de acuerdo con el art. 143.1.1 LC, se abrirá, de oficio, la fase de liquidación. Competerá, por lo tanto, al deudor, utilizar los instrumentos previstos en la ley a su favor, encetando las negociaciones lo más prontamente posible, so pena de perderse el efecto útil de las oportunidades dadas por la ley, en confrontación con la mayor duración del proceso.

Además, el proyecto de reforma de 2011, viene, persiguiendo el objetivo de evitar el arrastre desnecesario del proceso, introducir importantes modificaciones respecto de las posibilidades de solicitud de una propuesta ordinaria de convenio. Con efecto, se establece, en el nuevo apartado 4 del artículo 191, que el administrador concursal deberá presentar el informe previsto en el art. 75 LC (que contendrá la lista de acreedores y el inventario de los bienes del deudor⁶¹⁸), en el plazo de un mes (prorrogable, de forma razonada, por un plazo máximo de 15 días) a contar desde la fecha de la publicación de concurso (art. 23 LC).

Este artículo contiene dos novedades: por un lado se establece la reducción efectiva del plazo de presentación del informe para mitad (cfr. la actual redacción del art. 74.1 LC, que preveía un plazo de dos meses), así como se articula este plazo con aquel previsto para la reclamación de créditos (art. 21.1.5 LC).⁶¹⁹

⁶¹⁸De acuerdo con la propuesta del Anteproyecto, el inventario de los bienes y derechos contenidos en la masa activa debe ser presentado 15 días después de la publicación de la declaración de concurso, pero debe, de acuerdo con el art. 75.2.1 LC (nueva redacción propuesta), ser anexado al informe de la administración concursal.

⁶¹⁹ El plazo establecido para la reclamación de créditos se mantiene inalterado con el Anteproyecto, indicando el art. 21.1.5 LC que se concederá un mes para que la reclamación se haga junto de la administración concursal. Esto quiere decir que la administración concursal puede quedar, en la práctica, imposibilitada de presentar la lista de acreedores junto con el informe. Esto porque deja de constar en el art. 191.1 LC, por la nueva redacción dada, la posibilidad general de reducir los plazos previstos para mitad, que permitiría reducir los plazos de reclamación de créditos para quince días.

Pero verdaderamente el Anteproyecto introduce una verdadera amputación de la segunda fase de propuesta ordinaria de convenio. Esto porque, establecen los nuevos apartados 6 y 7 del indicado Anteproyecto que, en primer lugar, el plazo para presentación de las propuestas de convenio se fija en cinco días con posterioridad a la presentación del informe concursal (se reduce, desde luego, el plazo) y, siendo alguna admitida a trámite, el Secretario Judicial designará la fecha de la junta de acreedores dentro de los treinta días hábiles siguientes. En segundo lugar, mostrándose aquí la verdadera innovación, el apartado 7 establece que, si en el plazo indicado no se hubiera presentado ninguna propuesta de convenio, el Secretario Judicial abrirá de inmediato la fase de liquidación.

Podremos alegar que esta eliminación conduce a una reducción de las garantías de las partes, que quedan impedidas, cuando sus propuestas no sean admitidas a trámite, de alterar las propuestas rechazadas, en virtud de no existir un plazo intermedio para alteraciones a la propuesta original. Por otro lado, toda vez que el elemento temporal es extremadamente importante en el concurso de consumidores, la eliminación de esta segunda fase, teniendo en cuenta las dos posibilidades dadas al deudor de presentar propuestas de convenio, antes, no parece poner gravemente en causa las posibilidades, ofrecidas a las partes, de encontrar una solución negocial. Incluso, en virtud de esta eliminación, se produce una mayor responsabilidad por parte de los intervinientes en el convenio, que deberán llegar a un acuerdo más rápidamente, reduciéndose los plazos efectivos hasta que se llegue a una solución final para el concurso. De relevar, solo, que nos parece que el plazo de treinta días para marcación de la junta podría, también, ser reducido, a fin de obtenerse una reducción temporal más efectiva.

2.1.3 – Requisitos formales de la propuesta

La LC presenta, en su art. 99, los requisitos formales para que proceda la solicitud de admisión a trámite de una propuesta de convenio. Este artículo estipula que la propuesta deberá hacerse por *escrito y deberá ser firmada* por su proponente, sea el deudor, sean los acreedores (apartado 1). De acuerdo con el art. 99.2 LC, las firmas de las partes deberán estar

legitimadas,⁶²⁰ así como la justificación del carácter representativo, cuando las partes actúen con representación.

El artículo añade que de las propuestas presentadas se dará traslado, a través del Secretario Judicial, a las partes personadas⁶²¹ y que, de acuerdo con el apartado 2 del art. 99, también deberán firmar la propuesta todos los terceros que en ella intervengan, como garantes, financiadores, pagadores u otros.⁶²² Se tratan de los llamados convenios de asunción, lo que podrá ocurrir, por ejemplo, con el cónyuge no concursado del insolvente.⁶²³

El Prof. ROJO añade aun que en el escrito de la propuesta deberá constar la fecha de solicitud, a pesar de no se exigir expresamente en la ley. Cuando tal no conste, dice el autor que se considerará la fecha de presentación en juzgado o, tratándose de una propuesta anticipada, la fecha de la primera de las adhesiones. Esto, prosigue, sirve para evaluar “la capacidad del proponente o el poder de representación de quien actúe en su nombre”.⁶²⁴

En el caso de que falten los requisitos formales, la LC permite su corrección, de acuerdo con el art. 114.1 LC, en los tres días posteriores a la notificación judicial para subsanación de vicios, como veremos más allá en la fase de tramitación, evitándose que la propuesta sea rechazada por falta de requisitos formales.

⁶²⁰De acuerdo con el art. 256 y ss. del Reglamento Notarial, aprobado por el Decreto de 2 de junio de 1944, modificado por la última vez por RD 1/2010 de 8 de enero, de modificación de determinadas obligaciones tributarias formales y procedimientos de aplicación de los tributos y de modificación de otras normas con contenido tributario. Toda vez que la ley no lo exige forma específica, también se considerará hecha la legitimación ante el Secretario Judicial. En este sentido, véase VALPUESTA GASTAMINZA, E. «Artículo 99», CORDON MORENO, F. (dir.), *op. cit.*, p. 75.

⁶²¹Este traslado será anterior a la admisión de la propuesta a trámite, y será acompañada por los documentos exigidos por el art. 100. En este sentido, véase ROJO, A., ROJO-BELTRÁN. «Requisitos formales de la propuesta de convenio», (Art. 99) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 1862.

⁶²²Como nos dice VELASCO SAN PEDRO, estos terceros no serán parte del convenio, y solo son afectados por su contenido de acuerdo con el art. 1257 CC español, siendo que la aceptación se exige por escrito. Véase VELASCO SAN PEDRO, L.A. «Artículo 99», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2143.

⁶²³FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. «La posición jurídico procesal del cónyuge...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del Consumidor...*, *op. cit.*, p. 156.

⁶²⁴ROJO, A., art.99, ROJO-BÉLTRAN, *ComLc*, *op. cit.*, Tomo II, p. 1858.

2.2 – Contenido del convenio

Uno de los momentos cruciales de fase de convenio se produce, precisamente, al margen de la tramitación procesal, consistiendo en la elaboración de la propuesta, que deberá obedecer a los requisitos plasmados en el art. 100 LC⁶²⁵. Es, precisamente, en el contenido de la propuesta presentada, que se juega el futuro de la insolvencia del deudor. Al revés de lo que ocurría en el derecho derogado, la LC fija ahora un contenido esencial a la propuesta de convenio (más concreto que las limitaciones impuestas por el art. 1255 CC español, que establecen como límite las leyes, la moral y el orden público), lo que podrá coartar, pero sin extinguir, la autonomía privada reconocida a las partes y que, verdaderamente, permite suponer el convenio como un contrato.⁶²⁶ ROJO indica que la lectura de la ley permite extraer tres tipos de contenido en el convenio: el *contenido esencial* (art.100.1 LC); el *contenido alternativo* (art. 100.2 y 102 LC) y el *contenido potestativo* (art. 100.3 LC a contrario).⁶²⁷

Toda vez que las propuestas de convenio podrán ser sometidas por deudores y acreedores, los intereses de ambos tendrán de pasar por un análisis riguroso por parte del solicitante: en el caso de que se trate del deudor, tentará adaptar el convenio a su capacidad de pago, negociando con los acreedores, teniendo en cuenta su flexibilidad, la mejor fórmula para cumplir las obligaciones existentes; cuando se trate del acreedor, este podrá proponer al deudor, teniendo en cuenta las características de la obligación, su cuantía, la situación del

⁶²⁵ Nos dice la ley que: “1. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. [...] 2. La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases [...] 3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la modificación de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento [...] 4. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado [...]”

⁶²⁶VELASCO SAN PEDRO, L.A. «Artículo 100», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2149 y ss.

⁶²⁷ROJO, A. ROJO, A. «Contenido de la propuesta de convenio», (Art. 100) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 1868.

mercado y la expectativa de obtener el pago de la obligación en cuestión, una modificación en la cuantía o en la periodicidad del cumplimiento.

La principal diferencia entre las propuestas presentadas por el deudor o sus acreedores es, precisamente, la cantidad de información sobre el estado patrimonial del deudor, particularmente si se trata de una propuesta anticipada de convenio. Mientras que el deudor tiene pleno conocimiento de tal estado, a los acreedores tal deberá ser presentado rigurosamente, a través de los documentos existentes en el proceso (art. 21.1.3 LC) para que la propuesta sea ajustada a la realidad patrimonial del deudor. Es, por estos hechos, que el contenido del convenio, en parte, es fijado por ley.

Atentando precisamente en la redacción del art. 100, podremos, desde pronto, por no se traten de medidas con impacto en la insolvencia de deudores consumidores, retirar de nuestro estudio los apartados 1 *in fine* y 5 de dicho artículo, toda vez que se destinan a aplicar al deudor empresario o profesional, que no será el caso concreto que analizaremos.

Mirando precisamente el primer apartado del art. 100.1 LC, observamos que el cerne del contenido esencial es “*que la propuesta podrá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas*”. Podrá tratarse de un convenio de quita (remisorio), de espera (dilatatorio) o con combinación de tales elementos (mixto). De partida, se podrán excluir dos posibilidades: por una parte, el propio art. 100.3 LC impide que el convenio sea un instrumento de exclusiva liquidación del patrimonio del deudor⁶²⁸; por otro lado, nos dice CUESTA RUTE que el convenio no permite también la condonación de la totalidad de los créditos, toda vez que “la propuesta de todo convenio ha de ponderar lo que el cumplimiento de éste representa de sacrificio para el titular del crédito a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto sobre quita y espera”.⁶²⁹

Así siendo, es con base en la quita y espera⁶³⁰, que constituyen los llamados límites o requisitos cualitativos, que el convenio deberá centrarse. La quita implicará la reducción de

⁶²⁸Como se observa, por ejemplo, en el CIRE. El art. 192.1 CIRE permite que el plan de insolvencia se destine únicamente a proceder a la liquidación del patrimonio del deudor. Este artículo se inspira en el párrafo §217 *InSo*, que establece idéntica posibilidad.

⁶²⁹ CUESTA RUTE, J.M. *El Convenio...*, op. cit., p. 42-43.

⁶³⁰De notar, también, que a pesar de la redacción de la norma no ser tan rígida, la solución del CIRE, en lo que respecta al plan de pagos, como veremos en el punto siguiente, posee una base común con la descrita arriba, en

los créditos concursales o, como esclarece ROJO, equivale a una condonación (parcial). El autor nos dice precisamente que

[...] la quita es una *condonación especial*. En primer lugar, el efecto remisivo de la quita no se produce por el consentimiento individual del acreedor, y ni siquiera por el consentimiento de la comunidad crediticia. Para que esa remisión parcial tenga eficacia son requisitos necesarios el consentimiento del porcentaje del pasivo ordinario establecido por la Ley para la aceptación de la propuesta de convenio (art. 124), la aprobación de ese convenio por el juez del concurso (art. 127) y el cumplimiento del convenio (art. 139).⁶³¹

Por otra parte, la espera consiste en la dilación o aplazamiento del pago de los créditos reconocidos en el concurso, por un plazo determinado. Se observa, consecuentemente, que los convenios deberán, segundo la LC, contener, por lo menos, elementos de uno de estos tipos o, por otro lado, combinar los dos, lo que permitirá al deudor, de acuerdo con sus posibilidades, reducir la deuda o ampliar el plazo para su pagamiento.

Sin embargo, la doctrina presenta dudas sobre la lectura del art. 100.1 LC. Haciendo uso de una interpretación literal, nos parece que el convenio, como decimos arriba, deberá contener obligatoriamente elementos de quita o de espera, como contenido *esencial*. Por otro lado, el art. 100.2 y el art 102 LC indican que el convenio se podrá presentar con alternativas, para que las partes puedan optar. La dificultad consiste en analizar qué alternativas serán estas: podrán ser entre convenios de quita, de espera, o una mixtura de ambos, como parece indicar ROJO⁶³², o alternativa entre este tipo de contenido y otro completamente distinto (cesión de parte de los bienes, venta de parte de los bienes, entre otros), como nos dicen, por ejemplo VALPUESTA GASTAMINZA o CUESTA RUTE,⁶³³ sin que los elementos de quita o espera estén presentes.

lo que respecta a los elementos de quita y espera (véase el art. 252.2 CIRE), a pesar de permitir soluciones más amplias.

⁶³¹ ROJO, A., art.100, ROJO-BÉLTRAN, *ComLc, op. cit.*, Tomo II, p. 1871.

⁶³² ROJO, A., art.100, ROJO-BÉLTRAN, *ComLc, op. cit.*, Tomo II, p. 1874.

⁶³³ VALPUESTA GASTAMINZA, E. «Artículo 100», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 82 y CUESTA RUTE, J.A., *El Convenio...*, *op. cit.*, p. 42. PULGAR EZQUERRA también parece apoyar esta teoría, afirmando incluso que una interpretación más correcta del art. 100.1 LC sería la que impondría que cualquier quita y espera debería siempre acordarse en el ámbito del convenio (particularmente en casos de insolvencia inminente) y no que el contenido incluyese obligatoriamente estos dos elementos. PULGAR EZQUERRA, J., «Artículo 100», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 984.

Nos parece, todavía, que en el caso del deudor consumidor persona física, esta cuestión perderá mucha de su importancia, toda vez que se observa, en la práctica, que el contenido esencial del convenio de este tipo de insolvencia pasará por la solución de quita y espera, sin embargo de la eventual posibilidad de venta de parte de los bienes o de alcance, con los acreedores privilegiados, de una renuncia a su privilegio, pero siempre podremos encuadrar tales desvíos al patrón en cuanto contenido potestativo del convenio. Además, como hemos indicado, tanto la liquidación total, como la condonación total de las deudas quedan excluidas de la propuesta de convenio y el art. 100.2 LC da suficiente apertura a esta posibilidad (a pesar de que este apartado se refiere a la masa activa de un deudor empresario, las hipótesis presentadas no son taxativas, por lo que el contenido del convenio de podrá moldar para fuera de estos ejemplos).

En lo que respecta a los *límites o requisitos cuantitativos*, observamos que el art. 100.1 LC, en su parte final, nos dice que, en lo que respecta a los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos; por otra parte, las proposiciones de espera no podrán sobrepasar los cinco años desde la resolución judicial firme de aprobación del convenio.

Observando el precepto en cuestión, puede desde logo afirmarse que los créditos privilegiados o subordinados no están abarcados por los límites cuantitativos, lo que significa que podrán ser acordados porcentajes mayores de quita o mayor período temporal de espera. Todavía, la lectura del art. 134.1 LC puede poner en causa la interpretación literal del art. 100.1, en lo que respecta a los acreedores subordinados, toda vez que se establece que las quitas y esperas que se aplicaran a los acreedores ordinarios deberán ser idénticas a las de los acreedores subordinados: por interpretación sistemática se llega a una conclusión distinta, por lo que somos favorables a esta segunda interpretación.

De notarse, en segundo lugar, que, en el caso de deudores consumidores personas físicas, las excepciones a los límites indicados arriba no podrán aplicarse, como hemos indicado antes, toda vez que presuponen la existencia de una actividad profesional o empresarial (art. 100.1 segundo párrafo y 104.2 LC), por lo que en este tipo de insolvencias serán de aplicar los límites sin cualquier posibilidad de excepción.

Sin embargo, el proyecto de reforma de 2011, añade un nuevo párrafo al apartado 1 del art. 100, en lo cuál establece una excepción pasible de aplicación a un concurso de consumidores personas físicas: se dice en este nuevo párrafo que “la propuesta de convenio podrá consistir en la cesión en pago o para pago de bienes o derechos a favor de acreedores con privilegio especial que se adhieran al mismo. No será de aplicación en la propuesta de convenio el límite temporal del primer párrafo de este apartado”. Esta redacción, que se adapta al previsto en el art. 1175 CC español, podrá tener impacto en lo que respecta a los acreedores hipotecarios (art. 90.1.1 LC), que detienen privilegio especial, especialmente en caso de adquisición de vivienda y recupera una tradición jurídica que quedaba apartada de la LC, por lo menos en términos relativos, como observaremos.

Esta nueva redacción nos merece una atención más llegada: en primer lugar, la cesión de bienes ya estaba prevista en el art. 100.3 LC, prohibiéndose la cesión en pago o para pago de los créditos del deudor, pero podrá siempre leerse tal prohibición como siendo la única propuesta hecha por el deudor, permitiéndose la cesión de parte de los bienes afectos a la masa activa, combinados con las propuestas de quita y espera⁶³⁴, por ejemplo. El nuevo párrafo adoptado viene permitir, excepcionalmente, los dos tipos de cesión, solo respecto a los acreedores privilegiados especiales, siempre que estos adhieran a tal propuesta.

Con relación a esta cuestión, especialmente en el caso de las deudas hipotecarias derivadas de adquisición de vivienda, JÍMENEZ PARIS indica que, por forma a minorar el impacto del sobreendeudamiento hipotecario de las familias, el art. 105 de la Ley Hipotecaria española podría ser reformado en el sentido de que “la dación en pago de la vivienda liberase a aquél de la totalidad del préstamo pactado”, lo que se opondría a la responsabilidad total actualmente prevista en la ley.⁶³⁵

⁶³⁴La LC no es clara, relacionando tal relaje de la prohibición con la prosecución de la actividad empresarial o profesional, pero no nos parece que la admisión de la cesión parcial de bienes, conjuntamente con propuestas del art. 100.1, siempre que respectado el *par conditio creditorum*, configures una interpretación *contra legem*. En este sentido, véase ROJO, A., art. 100, *ComLc*, *op. cit.*, Tomo II, p. 1895.

⁶³⁵Ley Hipotecaria, texto refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946. JÍMENEZ PARIS, T.A. «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», *Diario La Ley*, núm. 7487, La Ley, Madrid, 2010, p. 13, disponible en www.laleydigital.es, consultado por última vez el 11 de enero de 2011. Según la autora, tal solución evitaría la acción judicial de las entidades contra el deudor, mejorando su perspectiva de recuperación económica. De notarse que el RD 6/2010, de 9 de abril, de medidas de impulso de la recuperación económica y del empleo se establece que cuando, en la ejecución forzosa de la hipoteca, el valor de la venta del bien sea insuficiente, el deudor queda protegido, como se establece en su art.

Toda vez que estos representan, probablemente, la mayor loncha dentro del pasivo del deudor, es natural que se conceda la oportunidad de saldar las deudas existentes de forma más sencilla o rápida, que no implique un reescalamiento de la deuda, o cuando no se consigue la reducción de la misma, en virtud de la quita (por dificultades en obtener la adhesión de los acreedores correspondientes, por ejemplo).

Esto no invalida que se pueda ceder bienes a otros acreedores, pero no como propuesta exclusiva, sino como secundaria, al revés de lo que ocurre aquí. Por otro lado, no se comprende el motivo del legislador reforzar la no aplicación de los límites temporales (cinco años), toda vez que estos solo se aplicarían a los acreedores ordinarios.

En lo que respecta a las *propuestas con contenido alternativo*, valen los art. 100.2 y 102 LC, que nos dicen, respectivamente, que la propuesta de convenio podrá contener, para una o diferentes clases, propuestas de contenido alternativo; en este caso, deberá explicitarse los efectos de la no adopción de ninguna de las propuestas. También aquí, no podremos dejar de indicar, los límites arriba indicados tendrán de estar presentes, sin embargo de que la introducción de alternativas en la propuesta permite una mayor apertura comercial y, con probabilidad, una mayor hipótesis de acuerdo entre las partes. De notarse que, como nos dice ROJO, las alternativas podrán ser generales, para todas las clases de acreedores, o especiales, si se destinan a solo una clase o clases.⁶³⁶ Lo que no puede producirse es la diferenciación de los acreedores dentro de la misma clase, en virtud del vigor de la regla del *par conditio creditorum*.

La LC establece tres otras condiciones importantes: de acuerdo con el art. 100.3 LC, para allá de la imposibilidad de un convenio de liquidación, la ley impide que, por vía del convenio, se modifiquen las clasificaciones de los créditos o el montante determinado por el reconocimiento de los mismos (sin embargo de las quitas acordadas); el deudor, de acuerdo con el art. 100.4 LC, está obligado a presentar un plan de pagos con detalle de los recursos incluidos para su cumplimiento, donde se encuadran también los montantes procedentes de

15, por el aumento de la porcentaje de los bienes inembargables, solución que dista, por su insuficiencia, de lo que ahora expusimos.

⁶³⁶ROJO, A. «Propuestas con contenido alternativo», (Art. 102) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 1910.

enajenación de los bienes; por último, esclarece el art. 101.1 LC que no es posible la aposición de condiciones al convenio, que se tendrá como no presentada en este caso.

Sin embargo, sobre la cuestión de las condiciones, la excepción contemplada tiene impacto también a nivel de la insolvencia de los consumidores personas físicas. Esto porque, como nos dice el apartado 2 del art. 101, en un concurso de deudores casados (concursos conjuntos o acumulados, en los términos que hemos descrito), es posible subordinar la eficacia o su contenido teniendo en cuenta la aprobación del convenio con el cual se relacione.

A propósito, dejamos dos notas: en primer lugar, el proyecto de reforma de 2011 también viene a modificar esta norma, en relación con la introducción específica de los concursos conexos (artículos 25 y 25 bis, que integran los concursos de deudores casados o parejas de hecho), afirmando, en más que la redacción anterior, que la aprobación judicial de un convenio puede condicionarse a la aprobación judicial de otro en el sentido por él indicado; en segundo lugar, creemos aun que esta no es la mejor solución.

Hemos afirmado, lugar propio, que los concursos conjuntos o conexos de deudores casados poseen especial relevo en los casos de comunidad de bienes, toda vez que el patrimonio común responderá por deudas de responsabilidad común. Pensamos que la mejor solución sería introducir en la ley positiva, para allá de la tramitación conjunta de la fase común y el nombramiento de la administración concursal conjunta, la tramitación y aprobación conjunta de una misma propuesta de convenio, igual que lo hace la ley portuguesa (art. 264.4.b) CIRE). Esta solución permitiría obviar a los costes y a la duración de ambos concursos, facilitando también la comprensión del juez y de los acreedores del contenido de dicho plan.⁶³⁷

Por último, podrá notarse también que, en lo que respecta a la calificación de insolvencia, el art. 163.1.1 LC establece que un convenio que indique una quita superior a un tercio de los créditos o una espera superior a tres años originará la apertura de la sección de calificación, mientras que el deudor no será abarcado por la sección de calificación cuando no se verifiquen dichos requisitos.

⁶³⁷ Ante la actual prevision legal, nos dice CUADRADO PÉREZ que corresponderá al juez la paralización del concurso más desarrollado, siempre que tal facilite la resolución de esta cuestión. Así se permitirá una solución casi conjunta, o por lo menos casi contemporánea (sin embargo de que se alcancen diferentes soluciones). Véase CUADRADO PÉREZ, C. «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», *Familia...*, *op. cit.*, p. 253.

Esta cuestión, conjuntamente con las posibilidades abiertas por el art. 100 LC, ponen de relieve los dos elementos esenciales con relación al abordaje del convenio por el deudor persona física: el elemento temporal y el apoyo especializado que el deudor debería tener en la elaboración de la propuesta de convenio.

El primer elemento respecta a la brevedad con que el deudor deberá desencadenar su concurso, tanto con base en insolvencia inminente, como actual. Las posibilidades de éxito en la aprobación de un convenio, que implican la negociación directa con los acreedores, son aumentadas con un concurso que se inicie aunque observado cualquier uno de los estados insolvenciales descritos. En el caso de que se trate de insolvencia inminente, siempre se puede plantear la cuestión de los créditos no exigibles, que ROJO resuelve afirmando que el convenio podrá establecer expresamente reglas sobre dichos créditos.⁶³⁸

La idea fundamental reside específicamente en el hecho de que una mayor antelación del deudor podrá potenciar una mayor predisposición de los acreedores para aceptar una propuesta presentada por el deudor.

El segundo elemento dice respecto al apoyo especializado que el deudor debería obtener en la elaboración de la propuesta. Es verdad que la LC nos dice, en su art. 184.3, que el deudor será asistido judicialmente por procurador y letrado, pero la elaboración de la propuesta y del plan de pagos legalmente exigible podrá implicar mayores conocimientos, y más especializados, que los procedentes de este apoyo, especialmente en caso de mayor inexperiencia de sus representantes legales en estos supuestos. Atentando de nuevo en las proposiciones de ley relativas al sobreendeudamiento, se observa que los Centros de Arbitraje de Sobreendeudamiento, funcionando junto de las Juntas Arbitrales Autonómicas de Consumo, tendrían competencia para la elaboración del plan de pago extrajudicial, como nos dicen los art. 16.2 de la proposición de ley núm. 122/000295 y el mismo artículo de la proposición de ley núm. 622/000012. Se observa incluso que el juez, frustrada la solución extrajudicial, debería tener en cuenta el plan previamente elaborado por la Junta Arbitral (art. 31.1

⁶³⁸ROJO, A., art. 100, *ComLc, op. cit.*, Tomo II, p. 1873. En el caso de que el convenio no lo haga, los créditos serán pagos, con la quita correspondiente, por ejemplo, en la fecha de la exigibilidad inicialmente acordada. Esto porque no se establece la exigibilidad anticipada en caso de declaración de concurso.

proposición de ley 622/000012), antes de tomar la decisión definitiva sobre el plan de pagos a aprobar.

Lo que pretendemos afirmar con esta exposición (que se desarrollará también con relación al plan de pagos portugués), es que los conocimientos financieros o económicos, así como la mayor experiencia de estas entidades en la negociación con los acreedores típicos de este tipo de insolvencias (entidades bancarias, financieras o mediadores de crédito), podría aportar al proceso concursal una mayor calidad y eficiencia en la elaboración de las propuestas. Esto no impide, sin embargo, que el deudor pueda, con la colaboración de sus asistentes en el proceso, recurrir, extrajudicialmente, a este tipo de apoyos.

En conclusión, el art. 100 atribuye a las partes, a pesar de los límites impuestos por la ley, una base de negociación amplia, que permitirá al deudor concursado promover la presentación de una propuesta de convenio bastante completa, adaptada a sus características patrimoniales, y teniendo en cuenta la proyección futura de un eventual mejoramiento de su estado financiero. En lo que respecta a los acreedores, su propuesta podrá confinarse a una base de negociación menos flexible, teniendo en cuenta sus intereses particulares, así como al hecho de que tal propuesta podrá no abarcar la totalidad del pasivo del deudor. El importante es que ambos intereses, el del deudor y de los acreedores, son tomados en consideración, incluso cuando no se alcance el cumplimiento total, sino que el posible, de las obligaciones en cuestión.

Por lo tanto, el convenio, o su contenido, siempre deberá apreciarse teniendo en cuenta las alternativas disponibles, *maxime* la liquidación, siendo más favorable a las partes aquella solución que menos sacrificio patrimonial (en lo que respecta a la conservación eventual de la parte o totalidad de sus bienes), imponga al deudor. El contenido del convenio, suficientemente amplio, podrá demostrar precisamente la preferencia por la solución de convenio.

2.3 – Tramitación procesal

Como hemos analizado en las líneas anteriores, la LC establece dos fases distintas para que se pueda proponer y evaluar un convenio. Tratándose de una propuesta anticipada, presentada en exclusivo por el deudor, esta será apreciada en la fase común del proceso, sin necesidad de apertura de la sección quinta. Por otro lado, caso el deudor o sus acreedores propongan la propuesta en la fase ordinaria del convenio (en cualquier de los dos momentos admisibles), la tramitación será, consecuentemente, diferente, abriéndose una sección propia.

Desde luego, la tramitación de la propuesta anticipada se hará con mayor brevedad y celeridad, no solo porque los plazos serán más cortos, pero esencialmente porque la tramitación tendente a la aprobación judicial prescinde de la junta de acreedores, elemento presencial, y impone una tramitación basada en las adhesiones escritas de los acreedores, a semejanza de lo que ocurre, por ejemplo, con la tramitación del plan de pagos, en Portugal. Si es verdad que la falta del elemento presencial puede implicar un mayor esfuerzo por parte del deudor en el sentido de negociar individualmente las adhesiones de sus acreedores, es verdad que tal permite, por lo menos en la apariencia, reducir la tramitación procesal efectiva y, consecuentemente, la duración y costes del proceso.

Esencialmente, como hemos indicado, la propuesta anticipada tiene su principal ventaja en la posibilidad de permitir al deudor aplazar la solicitud de declaración de insolvencia, sin que incumpla el deber de solicitud (art. 5.3 LC), pero tal puede, dependiendo del tiempo que durar la negociación de las adhesiones necesarias, prolongar o agravar el estado de insolvencia del deudor. Toda vez que la ley prevé que el deudor tiene tres meses, desde la comunicación al juez del inicio de las negociaciones para la obtención de la adhesión de sus acreedores, antes de solicitar el inicio del concurso, la opción por esta modalidad puede tornar el proceso, con esta fase preconcursal, más duradero que el proceso normal (con cumplimiento del deber de solicitud y propuesta anticipada de convenio). Compete al deudor, observada la insolvencia, hacer la programación que le parezca más adecuada y solicitar su concurso siempre que, cuando no agotado el plazo legal del art. 5.3 LC, se frustren definitivamente las negociaciones con sus acreedores.

Excluyendo la localización o encuadramiento procesal de la tramitación de las propuestas anticipada u ordinaria en el proceso, la estructura, con una menor simplificación en el caso de propuesta abreviada, es semejante: las adhesiones son esenciales (por escrito o en la junta de acreedores), así como el informe concursal y la aprobación judicial del convenio. Son, precisamente estos aspectos, que iremos enfocar enseguida.

2.3.1 – Propuesta anticipada de convenio

Como hemos indicado antes, la propuesta anticipada de convenio está reservada al deudor, que la puede solicitar según el art. 104 LC (conjuntamente con los art. 6 y 22 LC, o sea, desde la solicitud del concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario), pudiendo también optar, de acuerdo con el art. 5.3 LC, por negociar con anterioridad las adhesiones al convenio para que presente, con el escrito de solicitud, todos los elementos necesarios a la tramitación de la propuesta anticipada de convenio.

2.3.1.1 – Requisitos para admisión a trámite

El art. 106 LC⁶³⁹ establece los requisitos para admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio: esta, elaborada de acuerdo con el art. 100, como hemos indicado, deberá acompañarse de adhesiones de acreedores de cualquier clase, prestadas de la forma establecida legalmente, siempre que aquellas superen *un quinto del pasivo total* del deudor. Por otro lado, cuando la propuesta acompaña la solicitud del concurso voluntario, el requisito

⁶³⁹ Dice la ley que: “1. Para su admisión a trámite, la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase, prestadas en la forma establecida en esta Ley y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor. Cuando la propuesta se presente con la propia solicitud de concurso voluntario bastará con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo. 2. Cuando la propuesta anticipada de convenio se presentara con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso. En los demás casos, el juez, dentro de los tres días siguientes al de presentación de la propuesta anticipada de convenio, resolverá mediante auto motivado sobre su admisión a trámite. En el mismo plazo, se evaluará algún defecto, el Juez ordenará que se notifique al concursado para que en los tres días siguientes a la notificación pueda subsanarlo. 3. El juez rechazará la admisión a trámite cuando las adhesiones presentadas en la forma establecida en esta Ley no alcancen la proporción del pasivo exigida, cuando aprecie infracción legal en el contenido de la propuesta de convenio o cuando el deudor estuviere incurso en alguna prohibición. 4. Contra el pronunciamiento judicial que resolviere sobre la admisión a trámite no se dará recurso alguno.”

cuantitativo se transforma en la exigencia de *la décima parte del pasivo*, no siendo necesario que se supere, sino que se alcance tal porcentaje.

De esta previsión legal se extraen diversos elementos, que deberemos observar aisladamente. En primer lugar, la redacción original de la norma implicaba que las adhesiones obtenidas serían relativas a los acreedores ordinarios y privilegiados, ya que los acreedores subordinados no relevaban a efectos de contabilización de las adhesiones a efectos de determinación del quinto del pasivo; en segundo lugar, no se previa también la normativa especial para los casos de propuesta anticipada entregada de acuerdo con el previsto con el art. 5.3 LC.

De este modo, se concluye que el RD 3/2009, ampliando las adhesiones al campo de los acreedores subordinados, así como, en virtud de la evidente dificultad de obtención de las adhesiones con anterioridad a la declaración de insolvencia, establecer, reduciendo, en la segunda situación, el montante mínimo de pasivo representado por aquellas, facilita el acceso de la propuesta anticipada a trámite, beneficiando los intentos del deudor.

Además de la modificación legal promovida por la referida reforma de 2009, el art. 106 LC establece, en primera instancia, que la propuesta se deberá acompañar de las adhesiones de los acreedores, prestadas de la forma establecida por ley. La adhesión puede definirse como “la declaración de voluntad de un acreedor plasmada por escrito con las formalidades legales, por la que acepta una propuesta de convenio”.⁶⁴⁰ Añadiendo elementos a la noción, CUESTA RUTE sintetiza que la declaración de voluntad a que se alude, puede formularse también “oralmente pero con constancia escrita bajo fe pública y al margen de la junta por la que se acepta una propuesta de convenio”.⁶⁴¹ ROJO nos dice también que la adhesión puede ser individual o plural, “en el sentido de que puede realizarse por un único acreedor o por varios de ellos, sea compareciendo simultáneamente ante el secretario del juzgado, sea otorgando todos ellos la misma escritura pública o adhiriéndose a la otorgada por el autor o autores de la propuesta o de otro acreedor”, así como ser anterior a la admisión a trámite de la propuesta, o posterior (artículos 106 y 108 LC, respectivamente).⁶⁴²

⁶⁴⁰MÉNENDEZ ESTÉBANEZ, F.J. *La oposición a la aprobación del convenio concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 55.

⁶⁴¹CUESTA RUTE, J.M. *El Convenio...*, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁴²ROJO, A. «Adhesiones a la propuesta de convenio», (Art. 103) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 1917.

Respecto a las adhesiones, nos dice el art. 103 LC⁶⁴³, apartado 1, que los acreedores podrán sumarse a las propuestas de convenio en los plazos y con los efectos previstos en la ley. En su apartado 2, se indica que la aceptación deberá ser pura y simple, so pena de que no se considera adherido el acreedor a la propuesta. Por último, en el seguimiento de lo que se dijo arriba, el apartado 3 afirma que la adhesión expresará la cuantía de los créditos de que fuera titular el respectivo acreedor, pudiendo la adhesión hacerse ante el Secretario Judicial o mediante instrumento público.

En lo que respecta a los requisitos arriba indicados, diferentes notas pueden formularse: en primer lugar, respecto de la propuesta anticipada de convenio, el deudor deberá presentar las adhesiones representativas del *quantum* del pasivo exigidas por ley. No se indica fórmula específica o distinta de aquellas presentes en el art. 103.3 LC, por lo que los acreedores entregar al deudor el documento público comprobante de su adhesión (toda vez que no existió apertura del proceso, no será posible realizar la adhesión junto del secretario judicial).

No se admite, por lo tanto, una forma simplificada de adhesión, como la comunicación por escrito, en simple documento particular, entregada al deudor o remitida a la respectiva secretaria judicial – en aras de seguridad jurídica, concordamos con el precepto legal⁶⁴⁴, siendo que el proceso concursal verdaderamente no ha empezado, no pudiendo el tribunal notificar a los acreedores, que no conoce en su plenitud, para que manifiesten su adhesión (como ocurre en la ley portuguesa, en el plan de pagos, véase el art. 256.2 CIRE). Es también, por eso mismo motivo, que la adhesión deberá expresar el crédito de que se arroga el

⁶⁴³ Se puede leer en el art. 103 LC: “1. Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos en esta Ley. 2. La adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno. En otro caso, se tendrá al acreedor por no adherido. 3. La adhesión expresará la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase, y habrá de efectuarse mediante comparecencia ante el Secretario judicial o mediante instrumento público. 4. La adhesión a estos convenios por parte de las Administraciones y organismos públicos se hará respetando las normas legales y reglamentar las especiales que las regulan.

⁶⁴⁴ Todavía, el Anteproyecto de reforma de la LC parece, en su nuevo artículo 191 bis, apartado 3, modificar esta exigencia, toda vez que nos indica que la aceptación del convenio se hará por escrito, sin añadir más requisitos, tanto para las adhesiones previas, como para las adhesiones posteriores a la admisión a trámite.

respectivo acreedor, a fin de que el juez pueda confirmar si están cumplidos los requisitos arriba indicados.

Así será, porque la confirmación sobre el pasivo total del deudor se hará por confrontación con los datos indicados por el deudor con la solicitud de concurso (art. 6.2.4 LC) o con la entrega de los documentos requeridos por la declaración de concurso necesario (art. 21.1.3 LC), siendo que la administración concursal no ha sido nombrada en estos supuestos. La existencia de imprecisiones entre los créditos alegados por el deudor y demostrados por los acreedores puede ser resuelta recurriendo a la comparación de los dos instrumentos.

Otra de las cuestiones que no deja margen para duda, es la imposibilidad de presentación, por parte de los acreedores, de una modificación o contrapropuesta. Esto ocurre toda vez que la presentación de una propuesta anticipada de convenio implica negociaciones previas, no existiendo un mecanismo de negociación en el proceso – la aceptación es pura y simple en el sentido de que cualquier modificación deberá ser propuesta extrajudicialmente o, en deseando el acreedor, a través de una propuesta de convenio. Todavía, como observamos por la lectura del art. 113.2 LC, tal contrapropuesta se encuentra limitada por los requisitos que dibujan la legitimación de los acreedores (en este caso, el deudor no obtiene las adhesiones necesarias, o la propuesta no es aceptada judicialmente, y aquél, en la fase ordinaria de convenio, no somete nueva propuesta).

En resumen, la propuesta anticipada, para que sea admitida a trámite implica el siguiente: observada la insolvencia y el deudor, al revés de solicitar la declaración de concurso comunique, al juez competente, su intención de negociar una propuesta de convenio anticipado, dispone de un plazo máximo de tres meses para obtener las adhesiones que, en estas circunstancias, serán representativas de una décima parte del pasivo (art. 5.3 y 106.1 LC). El mismo porcentaje se aplicará cuando el deudor no recurre al mecanismo indicado, pero obtiene las respectivas adhesiones, extrajudicialmente, antes de proponer la apertura de su concurso voluntario.

En los restantes casos, o sea, presentación posterior a la solicitud de concurso voluntario o a la declaración de concurso necesario, hasta el agotamiento del plazo para comunicación de créditos, el deudor deberá presentar adhesiones que representen, como nos dice el art. 106.1 LC, en su primera parte, más de un quinto del total del pasivo. Se señalan, por lo tanto, más

una vez, las ventajas de empezar negociaciones previas con los acreedores, a fin de que se presente la propuesta conjuntamente con la solicitud de concurso.

2.3.1.2 –Admisión a trámite

Reunidos los requisitos arriba indicados, el art. 106.2 LC esclarece que, a efectos de admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, cuando esta haya sido entregada conjuntamente con el escrito de solicitud de concurso voluntario o, en periodo posterior, pero antes de la declaración de concurso, el juez decidirá la respectiva admisión a trámite (con evaluación de los requisitos indicados), en el auto de declaración de concurso.

En el caso de que la propuesta anticipada sea entregada en documento autónomo después de la declaración judicial de concurso (voluntario o necesario), el juez, de acuerdo con el mismo artículo, inciso dos, decidirá en auto motivado, en el plazo de tres días, la admisión de la referida propuesta. La motivación incidirá sobre la legitimación del deudor, sobre el contenido del plan de pagos, sobre la existencia de alguna de las prohibiciones del art. 105, sobre la entrega del plan de pagos y sobre la verificación del correspondiente pasivo esencial, como expuesto arriba.

Detectadas algunas deficiencias en la propuesta, indica el art. 106.2 inciso tres, que el juez dará un plazo de tres días para subsanación, por parte del deudor, de las mismas, siempre que sea posible tal corrección (relativa al contenido, a la forma de la propuesta, a los documentos anexos, a la forma de las adhesiones, por ejemplo). Con relación a este punto, puede siempre afirmarse que la subsanación respecta únicamente a la corrección de elementos formales, pero siempre podrá defenderse que el juez puede dar oportunidad al deudor para corregir o concretar, existiendo violación de la ley, elementos materiales, como sean los que respectan al contenido del convenio o a la falta de las adhesiones necesarias.⁶⁴⁵

⁶⁴⁵En este sentido CORDÓN MORENO. Este autor es partidario de que la subsanación puede ser interpretada en un sentido amplio, admitiéndose la entrega de nuevas adhesiones para completar el límite mínimo del pasivo exigido, por ejemplo, pero no haciendo una interpretación tan amplia que podría permitirse una modificación de la propuesta, visto que tal choca con las adhesiones hechas por los acreedores. CORDÓN MORENO, F. «Artículo 106», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 137 y 141. El autor invoca el AJM Palma de Mallorca de 28 de marzo de 2008 para sustentar esta última pretensión.

La violación de alguno de los requisitos esenciales para la admisión de la propuesta, hará que el juez rechace la pretensión del deudor, como se indica en el art. 106.3 LC, basándose en la existencia de prohibiciones legales, cuando se viole el contenido esencial de la propuesta de convenio o cuando el deudor no logre obtener las adhesiones representativas del pasivo exigido. Contra tal rechazo no se admite recurso, como se puede leer en el art. 106.4 LC, pero el deudor puede presentar, en la fase ordinaria del convenio, de acuerdo con el art. 113.1 LC, una nueva propuesta.

La admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio provocará, como nos indica ROJO, diversos efectos legales. Así, se someterá la propuesta a la evaluación de la administración concursal (art. 107 LC); se permitirá abrir un periodo de adhesiones a los restantes acreedores (art. 108 LC); se impide el deudor de optar por la liquidación de su patrimonio (art. 142.1.2 LC) y se establece la imposibilidad de revocación o modificación de la propuesta presentada (el autor defiende la aplicación analógica del art. 114.2 LC, que establece idéntica prohibición en caso de propuestas ordinarias de convenio).⁶⁴⁶

Analizando rápidamente los efectos aquí indicados, observamos que el primero respecta a la remisión para evaluación de la administración concursal de la propuesta anticipada, admitida a trámite, igual que se plasma en el art. 107 LC.

En primer lugar, cumple afirmar que una de las principales diferencias que pueden observarse entre el régimen jurídico del convenio, en la LC, y el del plan de pagos, en el CIRE, es precisamente el hecho de que, en este último, la administración concursal no es llamada a intervenir, toda vez que no será nombrada (no olvidando también que el plan de pagos será aprobado antes de la declaración concursal). Ante el régimen español, se procesará al nombramiento de la administración concursal, como se indica en los art. 21.3 y 26 LC, no olvidando que, de acuerdo con el art. 191.2 LC, la aplicación del procedimiento abreviado prevé el nombramiento de un administrador concursal único. Esto ocurre, porque la estructura de aprobación del convenio es más compleja que aquella presentada en Portugal, como tendremos oportunidad de observar seguidamente.

⁶⁴⁶ ROJO, A. «Admisión a trámite», (Art. 106) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 1966-1967.

Así, el art. 107 LC⁶⁴⁷ pone de manifiesto que el administrador concursal tendrá diez días, desde el envío del traslado de la propuesta y documentos anexos, por el secretario judicial, para que se pronuncie sobre el contenido de la misma. Según ROJO, esta evaluación tiene un doble sentido o función: por una parte, tendrá carácter informativo, especialmente para los acreedores que no han adherido aun a la propuesta; pero esencialmente, esta evaluación tendrá un carácter de orientación al juez. El autor pone de relieve la importante función de asesoramiento técnico al juez, por parte de la administración concursal, a fin de evaluar “la seriedad de la propuesta”.⁶⁴⁸ VALPUESTA GASTAMINZA indica que “esta evaluación es relevante en todo caso porque constituye un juicio objetivo y externo, dado por personas técnicas que han analizado la contabilidad del deudor, y porque da un elemento de juicio a los acreedores para realizar su adhesión o su voto al convenio”.⁶⁴⁹

De acuerdo con el art. 107.2 LC, no compete al administrador concursal realizar ningún juicio sobre la legalidad de la propuesta, sino sobre su oportunidad y consistencia. La letra de la ley indicia que la administración concursal se basará en el plan de pagos presentado por el deudor. En este caso, el informe “se tratará de una estimación de si el deudor está en condiciones de cumplir el convenio, teniendo en cuenta el previsto en el plan de pagos”, así como “la situación de la masa activa”.⁶⁵⁰

En el caso de que el administrador se pronuncie favorablemente, el apartado 2 del art. 107 LC indica que tal evaluación se unirá al informe de la administración concursal.⁶⁵¹ Al revés,

⁶⁴⁷ Establece la ley que: “1. Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el Secretario judicial dará traslado de ella a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días proceda a su evaluación. 2. La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al indicado informe. Contra el auto que resuelva sobre estos extremos no se dará recurso alguno.

⁶⁴⁸ ROJO, A., «Informe de la administración concursal», (Art. 107) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 1970.

⁶⁴⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. «Artículo 107», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 144.

⁶⁵⁰ SACRISTÁN REPRESA, M. «Artículo 107», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2232.

⁶⁵¹ CUESTA RUTE defiende que, a fin de que los acreedores puedan tener una opinión sustentada sobre la viabilidad del convenio, que este informe debería estar disponible antes del informe concursal. CUESTA RUTE, J.M., *El Convenio...*, *op. cit.*, p. 87.

cuando se pronuncie formalmente contra o presente reservas al convenio, dicho apartado impone que esto sea comunicado con brevedad al juez, que podrá, sustentado por tal opinión, uniéndose al correspondiente informe, dejar sin efecto la propuesta anticipada de convenio, no admitiéndose recurso. En estas circunstancias, el deudor puede presentar nueva propuesta de acuerdo con el art. 113.1 LC.

La admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio (y su mantenimiento, como vimos más arriba) permite que se abra el plazo, de acuerdo con el art. 108 LC⁶⁵², para que los acreedores puedan sumarse a la propuesta anticipada de convenio, haciéndolo de las formas indicadas en el art. 103 LC, o sea, a través de instrumento público o de comparecencia ante la secretaria del tribunal competente, indicándose el crédito reclamado y sin introducción de reservas o modificaciones. Los acreedores aquí previstos serán los que no hubieren dado su adhesión previa, pudiendo hacerlo hasta la expiración del plazo para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores reconocidos (art. 96.1 LC).

Todavía, el apartado 2 del art. 108 LC establece que, aunque tornada definitiva la lista de los acreedores reconocidos (art. 75.2.2 y 94 LC), los acreedores que detecten errores en aquella, como la modificación de la clase o cuantía de su crédito⁶⁵³, podrán, so pena de considerarse la adhesión definitiva (y concordante con los datos presentados por la lista definitiva), revocar, en el plazo de cinco días siempre que se ponga de manifiesto la dicha lista, su adhesión, a través de instrumento público o declaración ante del Secretario del tribunal. Como efecto principal de la revocación, tenemos que estas adhesiones no podrán ser computadas para efectos de verificación del pasivo necesario para que la propuesta sea aceptada.

⁶⁵² Establece el art. 108 LC: “1. Desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión a la propuesta con los requisitos y en la forma establecidos en esta Ley. 2. Cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, podrá el acreedor revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista en la Oficina judicial. En otro caso, se le tendrá por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista.”

⁶⁵³ VALPUESTA GASTAMINZA dice que la posibilidad de revocación basada en la discrepancia entre la cuantía alegada por el acreedor en su adhesión debería tener límites mínimos, para evitar que se pueda utilizar la revocación por discrepancias entre valores que no son significativos, manteniéndose tal posibilidad en caso de desvíos basados en una determinada porcentaje o en modificación de la clasificación del crédito. Véase VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 108», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 152.

El proyecto de reforma de 2011, en el ámbito de aplicación de un procedimiento abreviado que, como vimos, será el más indicado al concurso de acreedores, introduce algunas alteraciones no menospreciables a la tramitación de la propuesta anticipada, pero estrictamente, cuando la propuesta acompaña la solicitud de concurso.

Así siendo, se introduce un nuevo artículo, el 191 bis LC que, nos dice que, en su apartado 1 que, declarado el concurso, competirá al administrador concursal evaluar la propuesta de convenio presentada por el deudor, teniendo, para ello, un plazo de diez días, debiendo depositar tal evaluación en la secretaria del Juzgado competente. La novedad se introduce con el apartado 2, indicándose que el juez admitirá o rechazará la propuesta, en los tres días siguientes a la presentación de la evaluación.

Se observa, por lo tanto, que se invierten los papeles de estos dos órganos, toda vez que, no aplicándose el procedimiento abreviado, primero se admitirá la propuesta a trámite (art.106 LC) y solo posteriormente compete a la administración concursal la elaboración de la evaluación (107 LC), lo que no se producirá en estos supuestos.

Esta inversión tendrá que ser considerada a la luz de las funciones que tanto el juez, como la administración concursal desarrollan. Como referimos arriba, competirá al juez evaluar los aspectos legales de la propuesta, rechazando su admisión a trámite con base en tales presupuestos, debiendo la administración concursal evaluar la consistencia, oportunidad y coherencia de la propuesta presentada, no haciendo juicios de legalidad. Como hemos notado, en la tramitación normal, el juez puede sumarse a la evaluación negativa de la administración concursal, dejando sin efecto la admisión a trámite (art. 107.2 LC), por lo que observamos que al juez cabe una postura mixta, que implica elementos de legalidad y oportunidad de la propuesta.

Se comprende que no existe vinculación, en ningún de los sentidos, entre las decisiones de ambos órganos de la insolvencia, a pesar del hecho de que el juez pueda, de acuerdo con las indicaciones de la administración concursal desestimar la propuesta ya admitida, por lo que tal inversión, a pesar de añadir tres días al plazo (toda vez que se prescinde de la posibilidad del juez admitir a trámite la propuesta en la declaración de concurso), nos parece adecuada al propósito de obtener dos distintas miradas sobre el proyecto de convenio. Esto porque la

administración concursal presenta conocimientos técnicos que pueden permitir al juez, además de los juicios de legalidad que hece sobre la propuesta, fundamentar la no admisión a trámite con base en juicios concretos que se apartan de la cuestión de la legalidad.

Puede siempre defenderse que, aprobándose una propuesta anticipada de convenio, que permita reducir los costes y el tiempo del proceso, el papel de la administración concursal podría ser abolido, no existiendo siquiera su nombramiento. Igual que ocurre con el plan de pagos en Portugal, quedando al juez el papel de, con base en el juicio de legalidad que le asiste, admitir o no la propuesta a trámite. Todavía, pensamos que la administración concursal, teniendo en cuenta la reducción de los plazos conseguida, representa aquí un papel importante, por lo que esta inversión nos parece adecuada a los propósitos del procedimiento abreviado, así como a la organización sistemática de las funciones de estos dos órganos.

Apuntamos también que lo expuesto en estas líneas se aplica en exclusivo a los concursos voluntarios con una entrega simultánea de una propuesta de convenio, aplicándose el régimen normal, a los restantes (propuesta autónoma entregada después de la declaración de concurso, en caso de concurso voluntario, o propuesta entregada en caso de concurso necesario (art.104.1 LC).

2.3.1.3 – La aprobación judicial del convenio y oposición

El artículo 109 LC⁶⁵⁴ establece, por último, el momento en lo cual se puede iniciar la fase de aprobación judicial del convenio. Esta puede ser definida, como afirma CUESTA RUTE, como “el acto que resulta del control de la legalidad en el proceso de aceptación del convenio. Si esta legalidad ha sido respetada la aceptación del convenio ofrece todas las garantías para

⁶⁵⁴ Establece dicho artículo que: “1. Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones, el Secretario judicial observará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida. El secretario, mediante decreto, proclamará el resultado. En otro caso, dará cuenta al Juez, quien dictará auto abriendo la fase de convenio o liquidación, según corresponda. 2. Si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128 dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131. La sentencia pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136. La sentencia se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 de esta Ley.”

que a partir de que así se declare por el juez produzca la eficacia acorde con su naturaleza de convenio concursal”.⁶⁵⁵

La aprobación judicial empieza, sin embargo, con un acto de verificación ajeno al juez. Nos dice la ley que, dentro de los cinco días posteriores al final del plazo para impugnación del inventario y de las listas de acreedores (que equivale al plazo para que los acreedores adhieran al convenio), cuando no existan impugnaciones, el Secretario Judicial observa si está cumplido el requisito de la mayoría exigida para aprobación del convenio. Existiendo impugnaciones al inventario o a la lista de los acreedores reconocidos, los cinco días serán contabilizados a partir de la fecha en que termine el plazo para revocación de adhesiones, igual que vimos en el art. 108.2 LC, o sea, nos dice CÓRDON MORENO que

[...] Si se presentaron impugnaciones o reclamaciones relativas a dichos créditos, deberá esperar que las mismas sean resueltas y la redacción definitiva de la lista de acreedores quede puesta de manifiesto en la Oficina Judicial (art. 96.4 LC) y a que transcurra el plazo de cinco días concedido a los acreedores afectados para que puedan revocar, en su caso, sus adhesiones (art. 108.2). Sólo entonces podrá proceder, dentro de los cinco días siguientes, a verificar las adhesiones y proclamar el resultado.⁶⁵⁶

La mayoría a que se refiere dicho artículo no es idéntica a la necesaria para admitir a trámite la propuesta anticipada de convenio (art. 106.1 LC), toda vez que corresponderá a las adhesiones iniciales, sumadas con las adhesiones posteriores a la propuesta de convenio, debiendo alcanzar, de acuerdo con el art. 124 LC⁶⁵⁷, por lo menos mitad del pasivo ordinario del deudor (ya que, de acuerdo con el inciso tercero del artículo, se considera que los acreedores privilegiados que se suman a la propuesta se integran en el montante considerado del pasivo para cálculo de la porcentage de adhesiones). Se observa, por lo tanto, que los

⁶⁵⁵ CUESTA RUTE, J.M. *El Convenio...*, op. cit., p. 95.

⁶⁵⁶ CÓRDON MORENO, F. «Artículo 109», CÓRDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 156.

⁶⁵⁷ Establece dicho artículo que: “para que se considere aceptada por la junta una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra. A estos efectos, en los supuestos de tramitación escrita los acreedores contrarios a estas propuestas deberán, en su caso, manifestar su voto en contra con los mismos requisitos previstos para las adhesiones en el artículo 103 y en los plazos de los artículos 108 y 115 bis de esta Ley.

acreedores subordinados no son considerados para efectos de aprobación del convenio (sino que para la admisión a trámite).

En el caso de que se verifique la mayoría aludida, el Secretario Judicial publicitará el resultado, permitiéndose enseguida que *los acreedores se opongan al convenio*, tal y como se indica en el art. 128 LC.⁶⁵⁸ Tratándose de la tramitación anticipada de convenio, se dará legitimación a la administración concursal y a los acreedores que no se han adherido a la misma, como se puede leer en el apartado 1, *in fine*, de dicho artículo, pudiendo hacerlo en los diez días siguientes a la fecha en la cual el Secretario Judicial comunica la verificación de las adhesiones, sin embargo de la reducción eventual en virtud de la aplicación del procedimiento abreviado. También, de acuerdo con el art. 128.3 LC, competirá a la administración concursal o a los acreedores legitimados que representan, por lo menos, cinco por ciento de los créditos ordinarios, oponerse, en el mismo plazo, con alegación de una causa específica de oposición, la inviabilidad del plan.

Las causas para la oposición, además de esta, específica y más gravosa o excepcional, que acabamos de indicar y que, segundo MENÉNDEZ ESTEBANEZ, define como

⁶⁵⁸ Establece el art. 128 LC: “1. Podrá formularse oposición a la aprobación judicial del convenio en el plazo de diez días, contado desde el siguiente a la fecha en que el Secretario judicial haya observado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio, en el caso de propuesta anticipada o tramitación escrita, o desde la fecha de conclusión de la junta, en el caso de que en ella se acepte una propuesta de convenio. Estarán activamente legitimados para formular dicha oposición la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, quienes no se hubiesen adherido a ella. La oposición sólo podrá fundarse en la infracción de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración. Se consideran incluidos entre los motivos de infracción legal a que se refiere el párrafo anterior aquellos supuestos en que la adhesión o adhesiones decisivas para la aprobación de una propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, o, en su caso, el voto o votos decisivos para la aceptación del convenio por la junta, hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios. 2. La administración concursal y los acreedores mencionados en el apartado anterior que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios podrán además oponerse a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable. 3. Dentro del mismo plazo, el concursado que no hubiere formulado la propuesta de convenio aceptada por la junta ni le hubiere prestado conformidad podrá oponerse a la aprobación del convenio por cualquiera de las causas previstas en el apartado 1 o solicitar la apertura de la fase de liquidación. En otro caso quedará sujeto al convenio que resulte aprobado. 4. Salvo en el supuesto previsto en el último párrafo del apartado 1, no podrá formularse oposición fundada en infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta por quien, habiendo asistido a ésta, no la hubiese denunciado en el momento de su comisión, o, de ser anterior a la constitución de la junta, en el de declararse constituida.”

[...] imposibilidad, no meros obstáculos o dificultades al cumplimiento del convenio, si no una total imposibilidad de cumplimiento. Pero para valorar esa inviabilidad, debe atenderse a criterios estrictamente objetivos, es decir, que esa realidad de incumplimiento sea constatable en la realidad para un observador imparcial [...],⁶⁵⁹

Incluirán, como se puede observar en el art. 128.1 LC, la violación de las normas sobre el contenido del convenio (art. 100, 101 y 102 LC), la forma y contenido de las adhesiones (art. 103, 108 y 124 LC), tratándose de propuesta anticipada de convenio, ya que, en el caso de que se trate de tramitación ordinaria, las causas serán alargadas. Se tratan de causas en las cuales los acreedores pueden aducir fundamentos basados en el mantenimiento de la legalidad, de más fácil percepción de lo que indicamos más arriba.

La oposición se tramitará, de acuerdo con los art. 129.1 y 192 LC, a través de incidente concursal, pudiendo el juez *aprobar o rechazar el convenio* en la sentencia respectiva, así como fijar su interpretación, o corregir errores materiales o de cálculo. Nos dice también el apartado 3 del art. 129 LC, que el juez rechazará el convenio observándose la violación de los preceptos sobre su contenido esencial, así como cuando considere la evidente inviabilidad económica. Por otro lado, el apartado 4 establece aun que, durante la tramitación de las oposiciones, el juez puede utilizar medidas cautelares, incluso la entrada en vigor del propio convenio, siempre que se considere que, no procediendo la oposición, el aplazamiento de su entrada en vigor pudiera impedir, definitivamente, los efectos del convenio aprobado.

El juez puede, también, de acuerdo con el art. 131 LC ⁶⁶⁰(vía art. 109.2 LC), rechazar de oficio el convenio aprobado por los acreedores, tanto existan oposiciones o no, considerando, toda vez que se trata de un control de legalidad, que aquel viole alguno de los requisitos esenciales respecto del contenido esencial, o forma o contenido de las adhesiones (en caso de

⁶⁵⁹MENENDÉZ ESTÉBANEZ, F.J., *La oposición...*, *op. cit.*, , p. 92.

⁶⁶⁰ Nos establece dicho artículo que: “1. El juez, haya sido o no formulada oposición, rechazará de oficio el convenio que haya obtenido adhesiones suficientes de acreedores o que haya sido aceptado por la junta, si apreciarse que se ha infringido alguna de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la constitución de la junta o su celebración. 2. Si la infracción apreciada afectase a la forma y contenido de algunas de las adhesiones, el juez, mediante auto, concederá el plazo de un mes para que aquéllas se formulen con los requisitos y en la forma establecidos en la Ley, transcurrido el cual dictará la oportuna resolución. 3. Si la infracción apreciada afectase a la constitución o a la celebración de la junta, el juez dictará auto acordando la convocatoria de nueva junta para su celebración conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo 129.”

falta de forma de las adhesiones, el apartado 2 del art. 131 indica que el juez concederá, a través de auto, el plazo de un mes para que los acreedores puedan sanar el vicio apuntado).

Rechazado el convenio, tanto en virtud de oposición, como *ex officio*, de acuerdo con el art. 110 LC, se dará oportunidad al deudor de pronunciarse, en el plazo de tres días, se pretende mantener la propuesta rechazada a efectos de aprobación por la junta de acreedores, o solicitar su liquidación. Esta misma regla se aplica cuando no se alcance la mayoría de adhesiones necesarias, correspondiendo al Secretario Judicial comunicar al juez que, en ambos casos, se declara abierta la sección quinta (art. 109.1 LC).

En el caso de que no exista oposición, indica el art. 109.2 LC que, alcanzada la mayoría necesaria, como se ha indicado, el juez declarará el convenio aprobado, en los cinco días posteriores al final del plazo para la oposición (siempre que no opte por el rechazo oficioso). La sentencia, como se indica, pondrá fin a la fase común del concurso, siendo notificada al deudor, a la administración concursal y a las partes envueltas, siendo a tal dada la publicidad prevista en los art. 23 y 24 LC, observándose los efectos que estudiaremos en el punto 2.4 de este capítulo.

Por último, también aquí el proyecto de reforma de la LC, en el susodicho art. 191 bis⁶⁶¹, referente al procedimiento abreviado, presenta alteraciones, en el caso específico de la propuesta anticipada de convenio entregada con la solicitud de concurso.

De acuerdo con el apartado 4 de dicho artículo, pasará a corresponder al Secretario Judicial, y no al juez, la verificación de las mayorías necesarias para aprobación de la propuesta anticipada, dándose diez días a los legitimados para que se opongan. Al juez compete la aprobación judicial, indicándose que, cuando no mediara ninguna oposición, se dictará de

⁶⁶¹ La nueva redacción indica que: “1. El administrador concursal deberá evaluar la propuesta de convenio presentada por el deudor, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 190, dentro del plazo de diez días a contar desde la publicación de la declaración de concurso. La evaluación quedará en la secretaría del juzgado a disposición de los interesados. 2. Dentro de los tres días siguientes a la presentación de la evaluación, el Juez dictará auto admitiendo a trámite la propuesta o rechazándola. 3. La aceptación de la propuesta de convenio se realizará por escrito. Los acreedores que no se hubieran adherido antes a la propuesta de convenio presentada por el deudor podrán hacerlo hasta cinco días después de la fecha de presentación del informe del administrador concursal. 4. El Secretario judicial proclamará el resultado de las adhesiones concediendo a los interesados un plazo de diez días para oponerse a la aprobación del convenio. Si no mediara oposición, el Juez dictará de inmediato sentencia aprobando el convenio. Si hubiera oposición, el Juez abrirá el incidente, pudiendo requerir al impugnante que preste caución por los daños o perjuicios que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en la aprobación del convenio.”

inmediato sentencia de aprobación del convenio (no existiendo el plazo de cinco días posteriores al final de la fecha para impugnaciones – art. 109.1 LC).

Esta redacción, algo curiosa, parece indicar que, en caso de procedimiento abreviado con presentación de propuesta anticipada, el juez pierde la facultad de rechazar de oficio la propuesta de convenio, igual que se prevé en el art. 109.2 LC y 131 LC, en la redacción actual, y se mantendrá con la posible modificación legislativa. No nos parece correcta esta formulación legal, toda vez que, en los restantes casos de propuesta anticipada de convenio, el juez mantendría tal posibilidad y, por otro lado, esta situación configura, como se confirma a través de la lectura del art. 131 LC, la última oportunidad de sanación de eventuales vicios no detectados antes, pudiendo incluso el juez invitar a la corrección de tales vicios.

Aunque el legislador pretenda disminuir la duración de la tramitación de la propuesta anticipada, nos parece que, por lo menos, esta posibilidad fuera alargada a todas las situaciones de propuesta anticipada de convenio, existiendo procedimiento abreviado, o sea, obtenidas las adhesiones necesarias, no existiendo oposición, el juez podría aprobar inmediatamente el convenio.

Cumple destacar también que, al revés de lo que ocurre en el proceso concursal normal, las referencias procesales para aprobación judicial del convenio dejan, en el procedimiento abreviado, de respetar al plazo para las impugnaciones de la lista de acreedores o inventario, pasando a tener como marco el informe concursal que, como expusimos antes, tendrá también una sustancial reducción temporal en lo que respecta a su emisión.

2.3.2 – Propuesta ordinaria de convenio

No existiendo propuesta anticipada por parte del deudor, o en caso de rechazo de esta, competará al juez declarar abierta la sección quinta, en la cual se tramitará ordinariamente un convenio, cuya legitimación para la solicitud, tenemos presente, reside en el art. 113 LC. La fase de convenio presenta dos períodos, bien explícitos en el art. 113.1 y 2 LC, en los cuales se podrá manifestar la voluntad de presentación de una propuesta de convenio: en la primera fase, como observamos, el deudor y el acreedor o grupo de acreedores que representen más de un quinto del pasivo total del deudor, podrán presentar una propuesta de convenio (art.113.1

LC); en el segundo período, o fase, en el caso de que el concursado no haya requerido la liquidación, o ninguna propuesta de convenio haya sido presentada, están legitimados el deudor y los acreedores que representen más de un quinto del pasivo total del deudor, para hacerlo (art. 113.2 LC).

En primer lugar, establece el art. 111 LC que competirá al juez, cuando el deudor no haya solicitado la liquidación de su patrimonio (art. 142.1 LC), o mantenido la propuesta anticipada rechazada para que sea discutida en la junta de acreedores (art. 110.1 LC), dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo para impugnación del inventario y de la lista de acreedores (o, existiendo impugnaciones, en los quince días posteriores a la fecha de depósito definitivo de aquellas junto de la Oficina judicial), *declarar cerrada la fase común del proceso, abriéndose la sección quinta*, a que corresponderá la tramitación ordinaria del convenio.

Nos hace notar ROJO, el mantenimiento de la propuesta anticipada de convenio no hace que se prolongue la fase común del proceso, por lo que la interpretación del art. 111.1 se hará de forma más flexible. De acuerdo con el art. 111.2 inciso cuarto LC,

[...] no se trata de prorrogar la fase común, sino de conservar la misma propuesta y conservar también, durante esa fase sucesiva, las adhesiones que haya recibido en la fase anterior (salvo si los acreedores adheridos revoquen la adhesión) e intentar que consiga otras nuevas y votos positivos en medida suficiente. La propuesta anticipada mantenida es simplemente una propuesta sometida a aceptación de los acreedores en dos fases procesales.⁶⁶²

En este caso, manteniendo el deudor la propuesta anticipada, el auto a que aludimos antes se limitará a convocar la junta de acreedores, no habiendo lugar a la evaluación de la propuesta ni a nueva evaluación por la administración concursal.

La apertura de la sección quinta implica también, de acuerdo con el art. 111.1, que el juez convoque la junta de acreedores, en cualquiera de las hipótesis, dándole la publicidad establecida en el art. 23 LC. Esta publicidad es esencial para que se comuniquen la fecha, hora y lugar de la reunión (de acuerdo con el art. 182 LEC), notificándose también los acreedores

⁶⁶²ROJO, A. «Auto de apertura y convocatoria de la junta de acreedores», (Art. 111) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2007.

la posibilidad de adhesión al convenio eventualmente propuesto, de acuerdo con el art. 115.3 LC.

Más importante, es la regla sobre la convocatoria, prevista en el art. 111.2 LC, que nos dice que la junta, manteniéndose la propuesta anticipada de convenio, o tratándose de convenio propuesto ordinariamente por el deudor, o por los acreedores que representen más de un quinto del total del pasivo reconocido del deudor, de acuerdo con el art. 113.1 LC, se deberá realizar en el plazo de *un mes desde la fecha del auto*. En los casos del art. 113.2 LC, el plazo deberá ser de tres meses a contar de idéntica fecha. No olvidamos que el plazo puede reducirse para la mitad, en virtud de la aplicación del procedimiento abreviado (art. 191.1 LC).

El apartado 2 del art. 111 LC establece también la posibilidad de tramitación escrita del convenio, siempre que el número de acreedores reconocidos ultrapase los 300, por lo que, en caso de insolvencia de consumidores, no será de aplicar tal posibilidad, en virtud de la existencia de un número más reducido de acreedores.

Observamos que, a efectos de la tramitación ordinaria de una propuesta de convenio, el elemento fundamental, desde la apertura de la sección quinta, es precisamente la fijación de la fecha la junta de acreedores, donde se discutirán las propuestas de convenio, tanto derive del mantenimiento de la propuesta anticipada, como en virtud de la proposición, tanto del deudor, como de los acreedores, de una propuesta de convenio, de acuerdo con el art. 113 LC.

2.3.2.1 – La admisión a trámite

Presentadas las respectivas propuestas de convenio, en el primer período de la fase de convenio (como hemos indicado en el punto 2.1.2 de este capítulo), deberá el juez, en los cinco días posteriores a tal presentación, admitirlas a trámite, o rechazarlas, cabiéndole un control de legalidad que se destina a averiguar los requisitos esenciales del convenio, como sean los formales (relativos a tiempo de presentación y a la forma de la presentación – art. 113 y 99 LC), o los materiales (legitimación y contenido del convenio – art. 113, 100, 102 LC). Este control de legalidad tiene precisamente las mismas funciones que el art. 106 LC, respecto

a la propuesta anticipada de convenio. De notarse, sin embargo, que las prohibiciones del art. 105 LC no son valoradas para efectos de propuesta ordinaria de convenio.

En el caso de que ocurran algunas deficiencias sanables, el juez notificará a la parte respectiva (al deudor o a los acreedores, conforme el origen de la propuesta), en el mismo plazo de cinco días, para que subsane el vicio, hasta tres días recurridos desde la notificación. Sabemos también que la subsanación se dirigirá, esencialmente, para la corrección de defectos formales, toda vez que, como nos dice CORDÓN MORENO, a pesar de que la ley no exprese directamente que solo se aplica a los requisitos formales, no puede permitirse la presentación, a través de la corrección, de una propuesta de convenio enteramente nueva, o sustancialmente nueva, porque tal se haría fuera de plazo, violándose los preceptos sobre tiempo de la solicitud (art. 113).⁶⁶³ También no pueden subsanarse los elementos materiales que violen frontalmente la ley, como sea la proposición de la total cesión de bienes a los acreedores, lo que se relaciona con la idea planteada, como indica ROJO. Sin embargo, el autor refiere que ciertos elementos materiales pueden ser subsanados, como sea la extirpación de una condición que no se reconduje a los límites legales (art. 101.2 LC).⁶⁶⁴

La admisión a trámite de la propuesta, tanto presentada por el deudor, como por el acreedor (o por ambos, cuando existan dos propuestas, ya que se aprecian, como sabemos, individualmente), superados los criterios legales indicados, provoca varios efectos, estando plasmado el primero en el propio art. 114.2 LC, que indica la irrevocabilidad de las propuestas admitidas a trámite, así como la imposibilidad de su modificación, hace autónomamente por el presentante, como por sugerencia de sus acreedores.

El segundo efecto que puede observarse es la imposibilidad del deudor de requerir la liquidación de su patrimonio, durante la tramitación de una propuesta de convenio, desde la admisión a trámite de aquella (con la excepción de la posibilidad, garantizada por el art. 128.3 LC, de solicitar la apertura de la liquidación, en el plazo para aprobación judicial de convenio presentado por sus acreedores), y hasta que esta sea rechazada o no aprobada (art. 143 LC), circunstancia que motiva la apertura *ex officio* de la liquidación.

⁶⁶³CÓRDON MORENO, F. «Artículo 114», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 181.

⁶⁶⁴ROJO, A. «Admisión a trámite de la propuesta», (Art. 114) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2031.

Más allá de estos efectos sustanciales, la admisión a trámite provoca los *efectos procesales* patentes en el art. 115 LC: en el apartado 1 se establece que, en el mismo auto de aprobación, el juez ordenará traslado de su contenido a la administración concursal, a fin de que esta promueva la evaluación de la propuesta, en los mismos moldes que referimos para la propuesta anticipada, en el plazo de diez días. Se añade que, en el caso de que la evaluación se haga con anterioridad al informe de la administración concursal, los dos instrumentos, de acuerdo con el art. 75.2 LC, son materializados en el mismo documento; cuando la evaluación aquí referida sea posterior, se depositará en la Oficina Judicial (art. 115.2 LC). Este documento, a semejanza de lo que vimos para la propuesta anticipada, puede demostrar aprobación o desaprobación del convenio, o incluso indicar algunas reservas, lo que es esencial no solo para moldear la opinión del juez en la admisión a trámite, pero esencialmente permitir a los acreedores realizar su adhesión de forma consciente.

En segundo lugar, establece el art. 115.3 LC que, en el período intermedio entre el depósito de la evaluación en la Oficina Judicial e el cierre de la lista de asistentes a la junta (art. 119.1 LC), los acreedores podrán sumarse, de acuerdo con el art. 103 LC, a la propuesta de convenio presentada, por el deudor, o por los acreedores. Dichas adhesiones son irrevocables, pero no vinculan el sentido de voto de los acreedores que asistan a la junta (según ROJO, se trata de revocación implícita o por hechos concluyentes, cuando el acreedor asista a la junta y altere la voluntad de sumarse a la propuesta, con un voto en sentido contrario).⁶⁶⁵ Por contrario, son revocables, por indicación expresa de la ley, las adhesiones que, de acuerdo con el art. 110.2 LC, acompañaban la propuesta anticipada de convenio mantenida por el deudor, en consonancia con la segunda oportunidad que es dada al deudor, pudiendo los acreedores, ante el hecho de que la propuesta no fue aprobada en la fase común, revocar su adhesión.

En el caso de que el juez no admita la propuesta a trámite o, por algún motivo no se hayan presentado ningunas propuestas de convenio en el primer período (art. 113.1 LC), se abre, de acuerdo con el apartado 2 del art. 113 LC, el segundo período de presentación de propuestas de convenio, que se produce entre la convocatoria para la junta de acreedores y hasta cuarenta (o veinte, cuando se trate de procedimiento abreviado) días antes de la realización de aquella.

⁶⁶⁵ROJO, A. «Tramitación de la propuesta», (Art. 115) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2043.

También aquí estas propuestas pasarán la evaluación por la administración concursal, por la fase de adhesiones y por la admisión a trámite por parte del juez, como referimos idénticamente para las propuestas presentadas bajo el apartado 1 del art. 113 LC. No existiendo propuestas algunas, o no sobrepasando las propuestas la admisión a trámite, establece el art. 114.3 la apertura, de oficio, de la fase de liquidación, igualmente prevista en el art. 143 LC.

Recordamos, en estos supuestos, lo que expusimos antes sobre las modificaciones propuestas por el proyecto de reforma de 2011, que, en caso de procedimiento abreviado, se elimina el segundo período de presentación de propuestas, abriéndose la liquidación oficiosa cuando no haya presentación de propuestas en el primer período (art. 191.7 LC, nuevo apartado).

2.3.2.2 – La aprobación de la propuesta por los acreedores

Por último, superadas todas las fases indicadas, la propuesta de convenio se someterá a la votación en la junta de acreedores, órgano concursal que exprime la voluntad colectiva de los acreedores y cuya función principal, como indica ALONSO LEDESMA, será la de “conocer el convenio”.⁶⁶⁶

La junta de acreedores se encuentra prevista en los art. 116 y ss. LC. Se realizará en la fecha, hora y lugar determinados por el juez, igual que nos indican los art. 116.1 LC y 111.2 LC.

Tienen un deber de asistencia, según el art. 117 LC, los miembros o miembro de la administración concursal (con referencia al procedimiento abreviado), el deudor concursado, que podrá hacerse representar por un apoderado con poderes especiales para aceptación del convenio o, participando, podrá ser acompañado por un letrado que intervenga en su nombre.

El derecho de asistencia, prescrito en el art. 118 LC, dice respecto a los acreedores incluidos en la lista de acreedores reconocidos, pudiendo también ser representados. La asistencia a la

⁶⁶⁶ALONSO LEDESMA, C. «Artículo 116», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2289.

Junta de acreedores es importante, para que se determine el *quórum* necesario que, segundo el art. 116.4 LC, equivale a la representación, en la junta, de por lo menos mitad del pasivo ordinario del deudor. Apuntamos, si embargo, que por vía de las adhesiones legalmente hechas, el art. 118.3 LC establece que se tendrán por presentes todos los que se han con anterioridad adherido al convenio.

En relación con los derechos de voto, observamos que, sin embargo de pudieren sumarse al convenio, no tendrán derechos de voto los acreedores subordinados, como se plasma en el art. 122.1.1 LC. Acerca de los acreedores privilegiados, establece el art. 123.1 LC, que su asistencia y participación en la junta no serán computadas para efectos de *quórum* (aunque teniendo adherido con anterioridad a la propuesta), así como los efectos del convenio solo los afectaran en caso de voto a favor (art. 123.2 LC). Esto porque su privilegio queda salvaguardado en el proceso concursal, siendo necesario, para que el convenio pueda influir en su condición, que haya aceptación expresa, y aprobación judicial. En este sentido, indica QUIJANO GONZÁLEZ, que “no basta, por tanto, el voto favorable del acreedor privilegiado en sentido estricto. Ése es el requisito para la vinculación particular de ese acreedor, supuesta la eficacia general del convenio que deriva de la aceptación de la junta y de la aprobación judicial”.⁶⁶⁷

Por otro lado, TOMILLO y GOZALO afirman que el acreedor privilegiado puede renunciar, de forma expresa, a su privilegio, en cualquier fase de la tramitación de la propuesta de convenio, incluso con posterioridad (art. 134.2 LC)⁶⁶⁸.

La mayoría necesaria para aprobación del convenio se encuentra descrita en el art. 124 LC. Aquí se establece que, para que el convenio sea aprobado, es necesario, por lo menos, el voto favorable de los acreedores ordinarios representantes de, por lo menos, mitad del pasivo (incluyéndose los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta). Voto favorable significa voto expreso, sin imposición de condiciones, y no la abstención o no oposición de

⁶⁶⁷QUIJANO GONZALEZ, J. «Artículo 123», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1171.

⁶⁶⁸TOMILLO, J. y GOZALO LOPÉZ, V., «Acreedores privilegiados», (Art. 123) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2106.

los acreedores.⁶⁶⁹ Sin embargo, la ley establece un criterio especial: en el caso de que la propuesta consista en un pago total de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o al pago integral y inmediato de los créditos vencidos con una quita inferior a 20%, solo se exige que los votos favorables sean superiores a los votos contra.

Las especialidades sobre las mayorías no se agotan en este artículo, toda vez que el art. 125 LC establece reglas especiales cuando existan desvíos a la regla del *par conditio creditorum*, concretamente la aprobación por doble porcentaje. El artículo indica que, cuando el convenio contenga normas de trato singular, relativas a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características⁶⁷⁰, será necesaria, además de la mayoría antes referida, la mayoría, en el mismo porcentaje, de los acreedores no afectados por el trato singular.⁶⁷¹ Estará, sin embargo, excluida de la aplicación de este artículo, la situación en la cual los acreedores privilegiados, afectados por una quita, espera o ambas, idénticas a la de los acreedores ordinarios, voten favorablemente en relación a privilegios propios de su categoría.

2.3.2.3 – La aprobación judicial y la oposición al convenio

Determinada la votación y las mayorías alcanzadas, con relación a todas las propuestas de convenio (véase el art. 121.2 LC sobre la existencia de diferentes propuestas, estableciéndose que, si proceder la propuesta presentada por el deudor, no se someterán a votación las restantes), se hará la acta, de acuerdo con el art. 126 LC, estando el convenio pronto para someterse a aprobación judicial, como consta en el art. 127 LC. En el caso de fallo en las mayorías, no se alcanzando las necesarias, el juez rechazará el convenio, así lo prevé el art. 131.1 LC.

⁶⁶⁹TOMILLO, J. y GOZALO LOPÉZ, V., «Mayorías necesarias para la aceptación de la propuesta de convenio», (Art. 124) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2113.

⁶⁷⁰ En este caso, la ley indica dos presupuestos distintos, como sean ciertos acreedores o grupo de acreedores. En el primer caso, los acreedores están identificados nominalmente, o por relación a su crédito u otra característica que permita identificarlo. En el caso del grupo de acreedores, se integraran todos los que compartan ciertas características, como sean los créditos de determinada cuantía, naturaleza, derecho público, entre otras características. Así lo dice ALONSO LEDESMA, C. «Artículo 125», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2367.

⁶⁷¹ Por trato singular se entiende, como nos dice QUIJANO GONZALÉZ, “trato particular, especial, selectivo, distinto, diverso, diferente, desigual”, pudiendo tratarse de un trato singular positivo o negativo, ya que la normativa legal está pensada para el trato singular positivo, o sea, él que beneficiará una minoría de los acreedores. Vid. QUIJANO GONZALÉZ, J. «Artículo 125», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1183.

Igual que para la aprobación judicial del convenio proveniente de propuesta anticipada, la intervención del juez es esencial para garantizar la total eficacia del convenio aprobado, en caso de aprobación por parte de los acreedores.

Tres situaciones pueden producirse: no existe oposición a la aprobación judicial, pudiendo el juez, agotado el plazo para su planteamiento (diez días contados desde la fecha de la junta, en caso de aprobación del convenio – art. 128.1 LC *in fine*), aprobar judicialmente el convenio, como se indica en el art. 130 LC, a través de sentencia. No existe oposición, pero el juez considera que, de acuerdo con el art. 131 LC, se observan algunos de los presupuestos allí indicados, especialmente la violación, en la propuesta, de requisitos relativos al contenido del convenio, forma o contenido de las adhesiones y de reglas sobre la constitución o celebración de la junta; existe oposición por parte de los acreedores, de la administración concursal o del propio deudor (art. 128 LC).

En lo que respecta a la primera situación, nada más habrá para añadirse: la propuesta en cuestión ha superado el control de legalidad y la aceptación de los acreedores, por lo que es merecedora de la aprobación judicial. En lo que respecta a la segunda, el juez podrá, de acuerdo con los apartados 2 y 3 del art. 131 LC, promover la sanación de los vicios, permitiendo, en el caso de que se traten de vicios en las adhesiones, que su corrección se haga en el plazo de un mes (o quince días, cuando si trate de procedimiento abreviado). En el caso de que se traten de vicios relativos a la junta de acreedores, el juez promoverá la marcación de una nueva fecha para que esta se realice (y su realización y plazo se regulan por lo previsto en el art. 129.2 LC).

Existiendo oposiciones, la legitimación es variable, conforme al establecido en el art. 128 LC, igual que indicamos al tratar de la propuesta anticipada de convenio. La administración concursal y los acreedores podrán oponerse. Establece el apartado 1 de dicho artículo, siempre que no hayan asistido a la junta, hayan votado contra la aprobación, o hayan sido ilegítimamente privados de su derecho de voto.⁶⁷² En este caso podrán alegar como

⁶⁷² En este último caso corresponderán todas las situaciones en las cuales el acreedor, cuyo crédito fuera debidamente reconocido, garantizándole derecho de asistencia y de voto a la junta, es privado del voto por

fundamentos la infracción de normas sobre el contenido esencial del convenio, sobre la forma y contenido de las adhesiones o sobre la constitución o celebración de la junta. El artículo añade además que, si los votos decisivos para la aprobación del convenio provengan de quien no sea su legítimo titular o hayan sido obtenidos por maniobras que puedan peligrar la paridad de los acreedores, tal hecho constituirá también fundamento de oposición.⁶⁷³

En lo que respecta a la oposición proveniente de los acreedores, que deberá ser propuesta en los diez días posteriores a la fecha de aprobación del convenio en junta de acreedores, son de aplicación las normas del art. 129 LC. En el caso de que los fundamentos digan respecto a la violación de normas relativas a la constitución y celebración de la junta, competirá al juez, a través de sentencia que marca el fin de la oposición (tramitada por incidente concursal), estimada la pretensión del acreedor, ordenar al Secretario Judicial la fijación de una nueva junta, que se celebrará hasta un mes (o quince días, en los casos de procedimiento abreviado), posteriores a la sentencia que finaliza la oposición – art. 129.2 LC. En la situación inversa, competirá al juez estimar o desestimar la pretensión del acreedor, rechazando o aprobando el convenio, respectivamente.

Se atribuye también legitimación a la administración concursal o a los acreedores antes indicados, cuando representen por lo menos cinco por ciento del pasivo ordinario del deudor, aduciendo como fundamento de oposición la inviabilidad objetiva del convenio, a semejanza de lo que expusimos para la propuesta anticipada – art. 128.2 LC.

Por último, el deudor puede, cuando la propuesta de convenio aprobada haya partido de algún acreedor, oponerse a aquella, cuando no haya prestado conformidad, de acuerdo con el apartado 3 del art. 128 LC, invocando cualquier de las causas anteriores, o solicitar simplemente su liquidación.

De acuerdo con DÍAZ MORENO, la oposición del deudor es importante en el sentido de que este podría haber también presentado una propuesta, aprobándose una que partió de sus acreedores, no interesándole requerir la liquidación con anterioridad. Por otra parte, el autor

cualquier acción contraria al derecho, como sea la coerción o la no atribución de derecho de voto por la presidencia de la junta. En este sentido MENENDÉZ ESTÉBANEZ, F.J., *La oposición...*, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁷³ Se tratan de actos fraudulentos, que serán motivo de oposición caso contribuyan decisivamente, y solo en este caso, para la aprobación del convenio. Véase GUTIÉRREZ GILSANZ, A. «Artículo 128», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1225.

pone de relieve que, ante los fundamentos que el deudor puede aducir, solo tiene sentido los que se basan en requisitos procesales o de forma y no en materiales, como son el contenido del convenio, toda vez que la procedencia de estos tendrá como consecuencia la apertura de la liquidación que podrá obtener más rápidamente, con su solicitud prevista en este artículo (art. 142.1 LC).⁶⁷⁴

Procediendo alguna de las oposiciones no tratadas especialmente en el art. 129 LC, competará al juez rechazar el convenio, pudiendo también hacerlo, oficiosamente, como referimos, observándose los presupuestos previstos en el art. 131 LC. Se ordenará la apertura de la liquidación del patrimonio del deudor – 143.1.3 LC. No procediendo las oposiciones, o el juez no rechace la propuesta *ex officio*, se aprobará judicialmente el convenio (art. 129.1 LC), siendo publicitado según el art. 132 LC.

Con tal aprobación, el convenio gana total eficacia, provocando los efectos que analizaremos enseguida, excepto se existiere recurso de apelación, que se consagra en el los art. 129.3 LC y 197.5 LC, a lo cual puede oponerse efecto suspensivo.

2.4 – Los efectos de la aprobación del convenio

La aprobación judicial del convenio, sea con relación a un convenio propuesto anticipadamente y aprobado en la fase común, sea a una propuesta de convenio tramitada en la fase de convenio (sección quinta), permite que aquel adquiera su eficacia plena. Como nos indica VALPUESTA GASTAMINZA, “la eficacia del convenio designa la situación en la que el convenio ha alcanzado vigencia, por su aprobación, y despliega sus efectos”.⁶⁷⁵ Añade MARINA GARCÍA-TUÑÓN que, con la eficacia del convenio, se fija “el momento temporal – término inicial – a partir del cual han de empezarse a cumplir, o a ser exigibles, todas y cada una de las previsiones contenidas (en el convenio)”.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴DÍAZ MORENO, A. «Oposición a la aprobación del convenio», (art. 128), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2162-63.

⁶⁷⁵VALPUESTA GASTAMINZA, E. «Artículo 133», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 290.

⁶⁷⁶MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., «Artículo 133», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2469.

Establece la LC, en su art. 133⁶⁷⁷, que el convenio adquiere eficacia a partir de la fecha de la sentencia de aprobación, salvo se haya recurso de la misma y se fije un efecto suspensivo (art. 197.5 LC). Apuntamos que el proyecto de reforma de 2011 introduce una formulación más amplia de la misma idea, sustituyendo la parte final del apartado por la locución “*salvo que el juez, por razón de contenido de convenio, acuerde retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza*”. Esto significará que el juez puede no solo fijar el efecto suspensivo a que aludimos, existiendo recurso de apelación interpuesto contra la aprobación del convenio, sino también establecer, a efectos de aplicación de la ley procesal general, que el convenio entrará en vigor con el alcance de la firmeza, que se establecerá, de acuerdo con el art. 207.2 LEC, cuando se agota el plazo para interposición de recurso sin que se haya presentado ninguno. El recurso de apelación, de acuerdo con el art. 457.1 LEC, deberá ser propuesto en el tribunal hasta cinco días después de la notificación de la sentencia de aprobación.

La eficacia del convenio, como indicamos, produce variados efectos, de carácter patrimonial y personal, derivados, en gran parte, de la naturaleza contractual del mismo, es decir, muchos de los efectos se determinarán por el contenido del convenio aprobado. La ley, sin embargo, no se ha divorciado totalmente de la reglamentación de tal materia, estableciendo que cesarán todos los efectos derivados de la declaración de concurso, sustituyéndose, siempre que se aplique, por los previstos en el propio convenio, con excepción de aquellos deberes personales plasmados en el art. 42 LC, de colaboración e información del deudor – art. 133.2 LC⁶⁷⁸

Ante la redacción de tal norma, cesan los *efectos sobre el deudor*: si sus facultades de administración y disposición estuviesen suspensas (art. 40 LC), la aprobación judicial del

⁶⁷⁷ Se establece, en dicho artículo, que: “1. El convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que, recurrida ésta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 197.2. Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el artículo 42. Asimismo, cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento y de lo previsto en el capítulo II del título VI. Producido el cese, los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale. 3. La eficacia parcial del convenio podrá acordarse provisionalmente por el juez conforme a lo prevenido en el artículo 129.4, pero en tal caso no será de aplicación el anterior apartado.”

⁶⁷⁸El Anteproyecto de 2010 establece una modificación a la redacción de la parte final de este apartado 2 del art. 133, indicando expresamente que los deberes de colaboración e información se mantendrán hasta el final del procedimiento. Esta idea derivaba ya implícitamente de la norma.

convenio permite su recuperación por parte del deudor, salvo se otra cosa se disponga en el convenio, como por ejemplo, la autorización, por parte de los acreedores, para la venta de determinados bienes o disposición de determinadas cuantías (art. 137.1 LC); por otra parte, en lo que respecta al derecho de alimentos a prestar por el deudor concursado, deja de aplicarse el régimen del art. 47 LC, restableciéndose la soberanía de las normas civiles referidas anteriormente.

En lo que respecta a *efectos procesales*, dos presentan particular importancia. Por una parte, salvo estipulación en contrario en el propio convenio, el deudor recupera la capacidad procesal para demandar o ser demandado (art. 50 y ss. LC). Por otra, la imposibilidad para iniciar acciones ejecutivas contra el deudor es retirada (art. 55 LC), pudiendo los acreedores concursales, no abarcados por el convenio, o los acreedores contra la masa, iniciar tal procedimiento contra el deudor.

Por último, los efectos contra los acreedores o relativos a los contratos serán, en primera instancia, regulados por el propio convenio.

Por la verificación de dichos efectos, la ley establece que, salvo lo dispuesto por el juez a efectos de suspensión de la eficacia del convenio prevista en el art. 129.4 LC, así como el relativo a la calificación concursal, la administración concursal cesará sus funciones, en virtud del cese de efectos que expusimos arriba. En el caso de que se mantengan algunas restricciones a las facultades de administración o disposición del deudor, hemos indicado que serán los acreedores que mantendrán las funciones otrora confiadas a la administración concursal (y, en algunos casos, al juez – art. 43.2 LC).

En lo que respecta a los efectos sobre el deudor, el convenio, de acuerdo con el art. 134.1 LC, explicita que aquél quedará vinculado por las disposiciones en ello contenidas. Señala GARRIDO que

[...] es indiferente que el concursado tenga sido el autor de la propuesta de convenio, anticipada (...), o no anticipada (...) o que los autores de la propuesta hubieran sido acreedores (...). En este último caso, es indiferente que el concursado hubiera prestado conformidad (...) o que se hubiera limitado a no formular oposición.⁶⁷⁹

⁶⁷⁹GARRIDO, J.M., «Extensión subjetiva», (Art. 134), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2222.

Con relación a los acreedores, el susodicho artículo prevé que el convenio venga a afectar los acreedores ordinarios y subordinados, *respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no tengan sido reconocidos.*

En relación con este normativo, la LC establece el llamado *convenio de masa*, cuyos efectos “no son otros que la vinculación de la totalidad de los acreedores concursales (...) siempre y cuando no se trate de acreedores que tengan reconocida una preferencia o privilegio”.⁶⁸⁰ Esto significa que todos los acreedores ordinarios y subordinados están vinculados por el contenido del convenio aprobado, aunque a ello no tengan adherido, votado favorablemente o, simplemente no tengan podido votar (como en el caso de los acreedores subordinados, que no han derecho de voto – art. 122.1.1 LC). Estos acreedores serán todos aquellos cuyos créditos se hayan constituido con anterioridad a la declaración concursal, aunque no se encontrando reconocidos por la administración concursal. Esta regla, que tratará de forma igualitaria todos los acreedores permite, según GARRIDO, por ejemplo, desincentivar comportamientos maliciosos por parte de los acreedores que, no comunicando sus créditos, no quedarían abarcados por el contenido acordado, intentando obtener condiciones más beneficiosas y hurtándose al principio del *par conditio creditorum*.⁶⁸¹ De este modo, todos los acreedores que cumplan el primer requisito, el de la constitución de los créditos con anterioridad a la declaración del concurso, hayan comunicado o no sus créditos, quedan abarcados por el convenio.

En lo que respecta a los acreedores subordinados, el convenio demuestra más una vez la fragilidad de su papel en el decurso del proceso concursal. A pesar del hecho de que sus adhesiones puedan ser contabilizadas para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio (art. 126.1 LC), hemos indicado que no se atribuye el derecho de voto. Por otro lado, nos dice el apartado 1 del art. 134 LC, que quedaran afectados por las quitas y esperas votadas para los acreedores ordinarios, sino la espera se contabilizará a partir del cumplimiento integral del pasivo ordinario. Esto significará, como bien indica VALPUESTA GASTAMINZA, que se la espera pactada fuera de tres años, el pago de los acreedores

⁶⁸⁰GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 134», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1246. De notarse que, ante el régimen portugués del plan de pagos, que estudiaremos enseguida, el mecanismo por el que se obtiene la vinculación de todos los acreedores pasará por la aprobación judicial, permitiéndose al juez sustituirse a la voluntad de los acreedores (art. 257.1 y 258 CIRE).

⁶⁸¹GARRIDO, J.M., art. 134, *ComLc, op.cit.*, p. 134.

subordinados solo tendrá que concretizarse al final de seis años, lo que puede conllevar dificultades en el cierre del proceso. Defiende pues el autor que, manteniendo la regla relativa a la extinción del pago de los créditos ordinarios previa al pago de los acreedores subordinados, para estos se podría acordar una espera menor, en el caso de que el deudor tuviera tal capacidad.⁶⁸²

Recordamos, una vez más, que la atribución de la categoría de acreedor subordinado a las personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 92.5 y 93 LC) puede provocar efectos nefastos en la estructura familiar del deudor, particularmente cuando se traten de créditos nacidos del incumplimiento (anterior al concurso) de obligaciones relacionadas con el derecho a alimentos, procedentes de préstamos familiares tradicionalmente usados en la estructura de soporte familiar, o de negocios realizados entre una pareja de hecho. De estos acreedores, en la mayor parte de los casos, no se despliega voluntad de perjudicar los restantes acreedores del deudor, como parece ser la intención de la norma legal, por lo que se produce un tratamiento desigual injustificado.

Por último, los acreedores privilegiados solo quedan abarcados por el convenio cuando lo acepten expresamente (o en virtud de las adhesiones previas, art. 106.1 LC, 108.1 LC, 110.2 LC, 115.3 LC, o posteriores, art. 134.2 LC – o a través de voto favorable – 123.2 LC), pudiendo el convenio provocar efectos sobre su crédito o sobre su privilegio. En el primer caso, la aceptación del convenio provocará que al crédito se le aplicaran las mismas quitas o esperas acordadas para los créditos ordinarios y subordinados, sin necesidad de previsión especial. Por otro lado, en lo que respecta a la pérdida de su privilegio, los efectos deberán preverse expresamente en el convenio, como sea la renuncia a la ejecución del bien, por ejemplo.

Esta última posibilidad puede plantear algunas cuestiones curiosas en el caso específico de concurso de consumidores personas físicas, en lo que respecta a la vivienda habitual. Por una parte, empíricamente, los deudores intentarán cumplir, hasta la última posibilidad, el pago del crédito para adquisición de vivienda, cuando lo detengan. El incumplimiento de este tipo de obligaciones demuestra, con mucha claridad, la existencia, normalmente, de una situación de

⁶⁸² VALPUESTA GASTAMINZA, E. «Artículo 134», CÓRDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 302.

insolvencia, al menos inminente, lo que puede poner en riesgo la conservación del bien, en virtud de tratarse de un acreedor hipotecario, con privilegio especial, como se determina en el art. 90.1.1 LC, que podrá ejecutar la garantía que pose (incluso, en virtud de lo previsto en el art. 56 LC, dichas ejecuciones no serán afectadas por la declaración de concurso)⁶⁸³. La desprotección del deudor, en estos supuestos, puede ser contornada con la obtención de la aceptación del convenio por parte del acreedor privilegiado, por lo menos en relación con su crédito, intentando obtenerse una quita o espera (mismo que encuadrada en la noción de trato especial, como indica el art. 125.1 LC, diferenciándose de la regla general en la aplicación a los acreedores privilegiados de las quitas y esperas definidas para los acreedores ordinarios).

Respecto a estos tres tipos de acreedores, aclara, finalmente, el art. 136 LC, cuales los efectos generales relativos a la aceptación del convenio, en particular la extinción de los créditos sujetos a quita, en la porcentaje indicada por el convenio.

Debe notarse, también, que la aprobación del convenio no tiene un impacto directo en las facultades de administración y disposición del deudor: como se observa de la lectura del art. 137 LC, desde la entrada en vigor del convenio, y con el cese de las funciones de la administración concursal, tanto la intervención como la suspensión (art. 40 LC) en tales facultades quedan sin efecto, recuperando el deudor sus plenos poderes de disponer y administrar.

Todavía, como se establece en dicho artículo, es posible que, en aras de promover el cumplimiento del convenio, se puedan fijar limitaciones o prohibiciones a las designadas facultades, inscribiéndose tal hecho en los registros públicos. La asistencia o representación del deudor concursado podrán corresponder a los administradores concursales o a un tercero (art. 133), igual que nos dice GUILARTE MARTÍN-CALERO.⁶⁸⁴

Se comprende que esta imposición, en el convenio, de dichas medidas limitativas o prohibitivas, cuanto mayor fuera el riesgo de incumplimiento del convenio, o sea, la mayor probabilidad del deudor de disponer indebidamente de su patrimonio, pudiendo tenerse en

⁶⁸³En lo que COLINO MEDIAVILLA designa de “una discriminación negativa de la familia respecto a la empresa”. COLINO MEDIAVILLA, J.L. «Concurso de consumidor», *Convergencias y paralelismos ...*, op. cit., p. 14.

⁶⁸⁴GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. «Artículo 137», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2504.

cuenta el comportamiento de aquél durante el concurso, pero en ninguna circunstancia, estas medidas, excepcionales, podrán suponer una sanción.

Por otro lado, a título de ejemplificación, la aprobación del plan de pagos, en Portugal, no produce ninguna afectación, en ningún momento, de las facultades del deudor, pero la aprobación de la exoneración del pasivo restante, de acuerdo con el art. 239 CIRE, impone la cesión, al fiduciario, nombrado obligatoriamente, de un conjunto de rentas afectas al pago a los acreedores, por lo que la limitación sobre las facultades de administración y disposición, sobre estos bienes, opera *ex lege*, durante el período de cesión, sin que sea necesaria una previsión de riesgo o de posibilidad de incumplimiento.

Añade el artículo que la violación de las medidas impuestas originan incumplimiento del convenio, que no opera automáticamente, debiendo ser requerida la declaración de tal ante del juez, así como se permitirá a los acreedores echar mano de una acción de reintegración a fin de recuperar los bienes afectados para la masa activa.⁶⁸⁵ Estas dos consecuencias pueden ser usadas aisladamente, o en conjunto.

Por último, teniendo en cuenta que los principales deberes impuestos al deudor derivan de las estipulaciones previstas en el convenio, la LC no indica una lista de deberes esenciales impuestos al deudor, limitándose a prever, en su art. 138, un deber especial de información que se extiende a lo largo del plazo establecido para el cumplimiento pactado. Así, con una periodicidad semestral, a contar desde la fecha de aprobación del convenio, se impone al deudor que este informe el juez acerca del cumplimiento del correspondiente convenio, indicando los elementos que considere esenciales y entregando los documentos que lo comprueben, o indicando posibles dificultades o vicisitudes. Se impone, por encima de todo, que el deudor sea verdadero acerca de la información prestada, para que los acreedores, en su conjunto, puedan evaluar la forma y el estado del cumplimiento.

⁶⁸⁵MARTÍNEZ FLORES indica que, sin embargo que de que tenga de ejercitarse tal solicitud ante los poderes judiciales o extrajudiciales, el fundamento para la acción de reintegración siempre será la ineficacia del acto, por violación de las prohibiciones o limitaciones contenidas en el convenio, no siendo necesario probar el perjuicio producido con la violación de tales limitaciones. Véase MARTÍNEZ FLORES, A. «Facultades patrimoniales del concursado convenido», (art. 137), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2254-2255.

Señala MORILLAS, este deber se añade a los deberes de colaboración e información a que el deudor continuará vinculado, de acuerdo con el art. 133 LC, y que “el informe se presentará por escrito a través del procurador que ostenta la representación personal del concursado (art. 184.2) trasladando éste con carácter previo copia de dicho informe a los procuradores de las partes personadas”.⁶⁸⁶

El incumplimiento de este deber no equivale al incumplimiento del convenio, toda vez que se trata de un deber accesorio, impuesto por ley. Es cierto, que no impide o indica, con certidumbre, algún fallo, por parte del deudor, en la concreción de los pagos a que queda obligado por el convenio (analizándose el art. 140. 1 LC, observamos que este incumplimiento puede ser un indicador de incumplimiento del convenio, pero no una causa directa que permita a los acreedores solicitar la declaración de tal)⁶⁸⁷. MARINA GARCÍA TUÑÓN indica, incluso, que el incumplimiento puede ser total, cuando no se presente cualquier información, o parcial, cuando tal información sea insuficiente.⁶⁸⁸

Por lo tanto, las consecuencias del incumplimiento serán distintas, pudiendo incidir sobre la calificación de insolvencia, en el caso de que la fecha de incumplimiento del deber se incluya en el período de evaluación de aquella (art. 165.2 LC), con base en la violación de los deberes de colaboración, y el convenio aprobado permita la apertura de la sección sexta (art. 163.1.1 LC) o, como nos indica, de nuevo, MORILLAS, podrá provocarse la entrega de la información, o su corrección, recurriendo a los expedientes de la ley procesal general, a través de los mecanismos del proceso ejecutivo de los art. 705 y 709 LEC (orden del juez para entrega, de oficio o a requerimiento de parte, así como multa), o a través de providencias cautelares.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶MORILLAS, M. J. «Información», (art. 138), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario a la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2265. En contra CORDÓN MORENO indica que tal información también podrá ser prestada oralmente, junto del Secretario Judicial, siempre que documentada, como se recoge en el art. 146 LEC, a pesar del hecho de que los acreedores deberán ser también informados. CORDÓN MORENO, F. «Artículo 138», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 325.

⁶⁸⁷ Por lo tanto no acordamos directamente con la idea plasmada por CORDÓN MORENO, que nos dice que el incumplimiento reiterado de tal deber, que ponga de manifiesto las irregularidades de cumplimiento del convenio, puede generar causa de declaración de incumplimiento del propio convenio. Véase CORDÓN MORENO, F. «Artículo 138», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 326.

⁶⁸⁸MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., «Artículo 139», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2519.

⁶⁸⁹MORILLAS, M. J., art. 138, ROJO-BÉLTRAN, *ComLC*, *op. cit.*, p. 2268.

2.5 – El cumplimiento e incumplimiento del convenio

La ley prevé, por último, las normas relativas al cumplimiento o incumplimiento del convenio, así como las consecuencias de las dos situaciones en la tramitación concursal. El principal efecto a señalar es la conclusión del proceso en virtud del cumplimiento del convenio.

El cumplimiento del convenio, sin embargo de los límites temporales legamente fijados (art. 100.1 LC), depende esencialmente del contenido fijado por acuerdo entre las partes, estando la previsión específica sobre el cumplimiento en el art. 139 LC.⁶⁹⁰

Este artículo indica que, aunque el deudor estime que el convenio se encuentra integralmente cumplido, deberá entregar el informe que materializa, justificadamente, tal cumplimiento, al juez, demandando también la declaración de cumplimiento. Ambos documentos deberán ser puestos de manifiesto en la oficina judicial, por el Secretario, para consulta de los acreedores afectados, sin que se permita, no obstante, que los acreedores puedan oponerse, cuando estimen que el convenio no estará cumplido integralmente.⁶⁹¹ El juez, desde esta última fecha, tendrá quince días (mitad, según el procedimiento abreviado), para evaluar el contenido del informe y de la solicitud, pronunciándose, a través de auto, sobre su efectivo cumplimiento o no, dándose la publicidad prevista, por remisión para el art. 134 LC (misma publicidad aplicada a la aprobación), en los art. 23 y 24 LC.

Se puede, por lo tanto, afirmar, que el único legitimado para requerir la declaración de cumplimiento del convenio, que es esencial y necesaria para que el proceso cierre (art. 141 LC), es el deudor, que, como nos dice MORILLAS, tendrá que cumplir con la totalidad de los

⁶⁹⁰ Dicho artículo dice que: “1. El deudor, una vez que estime íntegramente cumplido el convenio, presentará al Juez del concurso el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento. El secretario acordará poner de manifiesto en la Oficina judicial el informe y la solicitud. 2. Transcurridos quince días desde la puesta de manifiesto, el juez, si estimare cumplido el convenio, lo declarará mediante auto, al que dará la misma publicidad que a su aprobación.”

⁶⁹¹ CORDÓN MORENO, F. «Artículo 139», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 328.

pagos acordados, incluso a los acreedores subordinados, pudiendo, todavía, celebrar con estos nuevas reglas o estableciendo condonación de deudas, para que el proceso pueda encerrar.⁶⁹²

El juez decide sobre el cumplimiento (o incumplimiento, no le estando vedado, por ley, el rechazo de la pretensión del deudor en solicitar la conclusión del proceso), dictando auto, como hemos indicado, sin que sea necesario interrogar a los acreedores sobre el contenido de la pretensión del deudor, que deberá aportar la documentación necesaria a comprobar el completo cumplimiento del convenio. Esto porque, como indica el art. 197.3 LC, los acreedores, en caso de discordancia con la decisión, podrán recurrir del auto, a través de recurso de reposición.

Con la firmeza de esta decisión, expone el art. 141 LC, así como con el agotamiento del plazo para el ejercicio de las acciones de incumplimiento a que aludiremos enseguida (dos meses contados desde la fecha del auto que declara el cumplimiento – art. 140.1 LC), competirá al juez declarar cerrado el concurso, cesando, por lo tanto, todos los efectos del proceso de insolvencia sobre el deudor, tanto patrimoniales, como personales (art. 176.1.2 LC).⁶⁹³ Recordamos, igual que indicamos arriba que, ante el régimen portugués del plan de pagos, el proceso cierra, de inmediato, con la aprobación de aquel (art. 259.4 CIRE).

Sin embargo, como notamos, los efectos pendientes sobre el deudor no son de tal forma restrictivos sobre sus facultades patrimoniales, en regla, que puedan hacer demasiado oneroso para aquél la imposición de este doble criterio temporal, aunque con la reducción prevista para el procedimiento abreviado (que, como sabemos, desaparecerá con el proyecto de reforma de 2011). Dos meses (o un mes), como establece el art. 140.1 LC, puede, para el deudor consumidor, ser psicológicamente un plazo pesado, toda vez que este pretende, requerido el cumplimiento del plan, recuperar sus plenas capacidades patrimoniales, pero en aras de seguridad jurídica, se comprende la extensión del plazo hecha por el legislador, a fin de que la firmeza de la decisión sea incontestable.

⁶⁹²MORILLAS, M. J. «Cumplimiento», (art. 139), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2271. Acordamos que la espera a aplicarse a los acreedores subordinados solo se contará a partir del integral cumplimiento de los pagos a los acreedores ordinarios (art. 134.1 LC).

⁶⁹³Para mayor desarrollo, véase FERNÁNDEZ AGUADO, Don. J.I, «Conclusión y reapertura del concurso de deudor persona física», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIIVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 367-368.

Cuestión distinta es la prevista en el art. 140 LC⁶⁹⁴, que dice respecto al *incumplimiento del convenio*. En primer lugar, el propio deudor puede considerarse imposibilitado de cumplir el convenio pactado, debiendo, de acuerdo con el art. 142.3 LC, solicitar la apertura de la liquidación al juez. Por otra lado, este artículo establece, en su apartado 1, que los acreedores que estimen el incumplimiento de aquel, sin dependencia de cualquiera de los criterios cuantitativos (o sea, de representatividad del pasivo del deudor), o cualitativos (todos los afectados por el convenio, sean acreedores ordinarios, subordinados o privilegiados), proponer una acción de incumplimiento, junto del juez del proceso, siempre que tal incumplimiento les afecte directamente, y hasta los dos meses posteriores al auto que declare el cumplimiento del convenio. Esto significa que los acreedores afectados podrán proponer la acción cuando el deudor haya promovido la declaración de cumplimiento o, cuando aquél no lo haga, en cualquier altura del plazo fijado en el convenio, hace basándose en el incumplimiento de la obligación que les asista (o parte de aquella), como cuando se viole el art. 137.1 LC, o sea, cuando el deudor practica actos en contra las limitaciones introducidas en el convenio a sus facultades de administrar y disponer. Todavía, el incumplimiento de la obligación no puede relacionarse con elementos accesorios y no esenciales de aquella, incluso retrasos justificados por el deudor.⁶⁹⁵

La acción que aquí se introduce se aprecia en incidente procesal (art. 140.2 y 192 y ss. LC), pudiéndose, en caso de desestimación de la pretensión por parte del juez, recurrir, de acuerdo con los art. 140.3 y 197.4 LC.

⁶⁹⁴ Establece el artículo que: “1. Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento. La acción podrá ejercitarse siempre que se produzca el incumplimiento y caducará a los dos meses contados desde la publicación del auto de cumplimiento al que se refiere el [artículo anterior](#). 2. La solicitud se tramitará por el cauce del incidente concursal. 3. Contra la sentencia que resuelva el incidente cabrá recurso de apelación. 4. La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136.”

⁶⁹⁵ Véase la sentencia de la AP de Las Palmas (sección 4), de 11 de marzo de 2009, donde se establece que el principio de conservación de la empresa que es transversal a la LC impide que el juez deba considerar el convenio incumplido cuando la alegación de incumplimiento no remeta para elementos esenciales de la obligación. Tal idea, la de la conservación de la empresa, no puede obviamente ser transpuesta literalmente para la situación del deudor consumidor, pero el principio de la conservación de los convenios, indicado en la sentencia, así lo permite. El deudor consumidor, siempre que avisando concretamente sobre un eventual cumplimiento defectuoso, no debería, por lo tanto, ser sancionado con la rescisión del convenio. Disponible en <http://www.bufete-baro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal-3-art-98-a-final.pdf>, consultado por última vez el 12 de octubre de 2010.

Pero el efecto más importante a evaluar es cuando el juez considera incumplido el convenio, dándose el efecto previsto en el art. 140.4 LC, que impone dos pesadas sanciones. Por una parte, la rescisión del convenio y, por otro, la complementar eliminación de la eficacia novatoria del art. 136 LC, significando que se extinguen, con relación a los créditos indicados en el convenio, los efectos típicos de la quita o de la espera acordados, así como otros que se tengan pactado, sin perjuicio de la porcentage de pago ya cumplida por el deudor.⁶⁹⁶

La rescisión del convenio impone, explica CORDÓN MORENO, la ineficacia de un acto válido (el convenio), tratándose la acción de incumplimiento de una acción de naturaleza constitutiva, no se tratando, por lo tanto, de nulidad, con los matices que referimos arriba.⁶⁹⁷ También en este caso se permite, de acuerdo con los art. 140.3 y 197.4 LC, que el deudor pueda recurrir, a través de la apelación.

Esta decisión comporta dos efectos también importantes, relacionados entre sí. La rescisión arriba implicará la apertura *ex officio* de la liquidación del patrimonio del deudor (art. 143.5 LC), lo que, complementariamente implicará la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, como se aprecia en el art. 145.1 LC, y la reposición, en su cargo, de los administradores concursales iniciales, o el nombramiento de nuevos administradores.

Pero, sobre todo, esta consecuencia tiene asociada otra, que dice respecto a la calificación del concurso. Se puede leer en el art. 163.2 LC que la apertura de la fase de liquidación precipita la apertura de la sección de calificación. A tal se añade, en el art. 164.2.3 LC, que la apertura de la liquidación en virtud de incumplimiento del convenio constituye una presunción ineludible de dolo, por lo que la calificación de la insolvencia siempre se tendrá por culpable, con las consecuencias a tal asociadas.

⁶⁹⁶En este sentido, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., «Artículo 140», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2532.

⁶⁹⁷CORDÓN MORENO, F. «Artículo 140», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 337. Sobre esta cuestión, véase VARA DE PAZ que, citando varios autores, caracteriza el efecto derivado de la estimación de la acción de incumplimiento, no como rescisión del contrato a efectos civiles (art. 1124 C.C. español), pero como denuncia, resolución especial, o *rescisión sui generis*, toda vez que, por ejemplo, no se observan cualquiera de los efectos retroactivos. NARA DE PAZ, V. «Artículo 40», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1279-1280.

En tales circunstancias, de acuerdo con la tramitación concursal, tendrá que procederse a la apertura o reapertura de la sección sexta, impone el art. 167 LC, dependiendo si el convenio acordado se incluya en los supuestos de apertura o no de la sección de calificación (art. 163.1.1 LC).

Esto puede acompañarse de una gravosa consecuencia para el deudor que no ha conseguido cumplir su convenio por circunstancias ajenas a un comportamiento culpable o doloso, pero derivada de hechos que no dependen de su esfera de acción. Basta imaginar que, igual que el deudor no queda insolvente por motivaciones derivadas de su voluntad, que le sobreviene, en la duración del convenio, una situación de desempleo, de enfermedad u otra que le restrinja la capacidad de pago. Por ese motivo, concordamos con GARCÍA-CRUCES, que nos indica que la aplicación de esta presunción solo debería operar cuando, de acuerdo con el criterio general, tal incumplimiento derive de un comportamiento doloso o culpable del deudor.,⁶⁹⁸ que puede caracterizarse por un espectro tan gran de situaciones como el incumplimiento intencional, o la disposición intencional de bienes cuando las facultades para ella se encuentren coartadas, o cuando no se disponga a informar el juez de las dificultades de cumplimiento existentes, por ejemplo.

Las consecuencias del incumplimiento del convenio deberán, a todo costo, ser evitadas por el deudor, en virtud de si desvirtuar todo el esfuerzo hecho con el propósito de recuperar un equilibrio patrimonial perdido. Especialmente para el deudor consumidor, la pérdida, a través de la liquidación, de bienes que eventualmente tenga intentado salvaguardar de sus acreedores, constituye un retroceso, así como todo el impacto psicológico que tal puede tener en su rehabilitación.

Todavía, a pesar del deudor poder (y deber), informar sus acreedores y el juez sobre sus dificultades de cumplimiento, cualquiera de las eventuales alteraciones al pactado, o sea, una nueva negociación, siempre revestirá un carácter extraconcursal, toda vez que la LC no prevé ningún mecanismo de reapreciación de las medidas acordadas en el convenio, sin embargo de que, como hemos señalado, el deudor pueda, por ocasión de la solicitud de la declaración de cumplimiento, informar el juez sobre eventuales acuerdos modificatorios con sus acreedores.

⁶⁹⁸GARCÍA-CRUCES, J.A. *La Calificación...*, *op. cit.*, p. 53-54.

2.6 – Relevancia del convenio en el concurso de deudor consumidor

Descritos los aspectos esenciales, de carácter material, formal y procesal, relativos a la figura del convenio en el derecho concursal español, cúmplenos tejer unas breves consideraciones sobre el impacto del convenio en el concurso de consumidor.

Sabemos que el mantenimiento, sin excepciones, del principio de la unidad, en la LC, por el legislador concursal, ha conducido a la no creación de mecanismos de solución del estado de insolvencia distintos del convenio y de la liquidación, lo que significa que la conclusión del proceso, para empresas y consumidores, se opera, con las necesarias, adaptaciones, por la misma vía.

La indiferenciación de mecanismos, sin desprecio por la funcionalidad aparente del convenio con que nos ha brindado el legislador en su formulación, hace que el deudor consumidor quede menos protegido, en sus intereses, que la LC evidentemente tutela y tiene en cuenta, que en una ley que previese expresamente procedimientos de solución que, por su mayor celeridad y adaptación al caso concreto de estos deudores, evidentemente potenciaría. Y no hablamos de una ley distinta de la LC, particularmente por el hecho de que, hemos indicado en este trabajo, otros ordenamientos jurídicos, como el americano, alemán y portugués, presentan leyes concursales universales, pero con especialización en el caso de deudor consumidor.⁶⁹⁹

El convenio es, de las dos soluciones apuntadas, la que mejor encaja en un procedimiento adaptado a los deudores consumidores, por norma. Se ha observado que, existiendo liquidación, esta no opera de forma automática u obligatoria, estando su arranque rápido, incluso, dependiente de la voluntad del deudor, que pretende, objetivamente, liquidar sus bienes a fin de pagar a sus acreedores. En la mayor parte de los casos, el deudor consumidor podrá no disponer de los bienes necesarios para promover el pago total de los créditos, siendo

⁶⁹⁹ En este sentido, véase ALONSO LEDESMA, que apunta también para la introducción de un procedimiento específico en la ley concursal, especialmente, como refiere la autora, por el hecho de que la creación de una doble reglamentación “lo único que se consigue es duplicar el trabajo, incrementar los costes y alargar indebidamente la situación de crisis con resultados poco eficaces, tanto para los acreedores como para el deudor y su familia, como se ha demostrado en otros ordenamientos”. ALONSO LEDESMA, C., «Endeudamiento del consumidor...», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del Consumidor...*, *op.cit.*, p. 464.

necesario que recurra a la solución alternativa, que no es otra que el convenio. El éxito de la negociación llevada a cabo en estos supuestos dependerá del tipo de acreedores, del tipo de deudas y, esencialmente, del momento en lo cual el deudor busca la negociación con sus acreedores.

Los elementos a tener en cuenta, para considerar el impacto o relevancia del convenio, en primera instancia, en el proceso concursal de deudores consumidores, son elementos temporales y de costes, asociados al proceso. Es decir, es necesario apurar si el convenio es una solución suficientemente rápida y no costosa, lo que podrá contribuir definitivamente para que se comprenda se la LC necesita, o no, de introducción de procedimientos propios para la insolvencia de los consumidores. No olvidamos que sobre el deudor consumidor, de acuerdo con el art. 5.1 LC, pende un deber de solicitud de su propio concurso, matizado con la posibilidad de aplazar tal solicitud, sin incumplir tal deber, en aras de obtener las adhesiones para una propuesta anticipada de convenio (art. 5.3 LC).

Empezando por el elemento temporal, hay que determinar, teniendo en cuenta la previsión legal, cuánto tiempo mediará entre el inicio del proceso y la aprobación del convenio, toda vez que es el contenido de este que irá determinar su duración hasta el cierre del proceso. Para eso, es necesario distinguir entre la propuesta anticipada y la propuesta ordinaria de convenio, ya que la primera, es, sin duda, bastante más favorable al deudor consumidor, por lo que nos centraremos en el análisis de esta posibilidad, por suponer más favorable.

Esta afirmación se hará teniendo en cuenta las necesidades del deudor consumidor. Un procedimiento rápido, poco costoso y sencillo, que permita la producción de resultados, el tratamiento de la insolvencia y su recuperación económica sin que se arrastre el deterioro patrimonial demostrado por la verificación de la situación de insolvencia. Por lo tanto, como hemos valorado en las anteriores líneas, la propuesta anticipada de convenio, en el sentido que permite disminuir los plazos procesales tendentes a aprobar el convenio, pone de relieve otras omisiones o problemas promovidos por la falta de reglamentación específica de este tipo de insolvencias, en la LC.

Empezando por la primera afirmación, a través de la lectura de los plazos previstos en la LC, la propuesta anticipada de convenio, entregada con la solicitud de declaración de concurso voluntario, es aquella que presenta mayores ventajas para el deudor consumidor.

Así: entregada la solicitud de concurso conjuntamente con la propuesta, estas serán analizadas al mismo tiempo, dándose la admisión a trámite de la propuesta con la declaración de concurso – tal se encuentra plasmado en el art. 106.2 LC. Esta evaluación, según el art. 13.1 LC, se deberá hacer en el día o, no siendo posible, en el día siguiente al reparto de la solicitud, por lo que la declaración de concurso se hace de forma rápida. Posteriormente, se abre, de acuerdo con el art. 107 LC, un plazo para que la administración concursal pueda evaluar la propuesta, que tendrá la duración de diez días. En caso de que se trate de una evaluación favorable, se unirá al informe concursal (art. 74 LC), debiendo este emitirse en el plazo máximo de dos meses. Notificado dicho informe, se abrirá plazo para impugnación de la lista de acreedores y del inventario (diez días desde la notificación del informe a los acreedores – art. 96.1 LC y 95.2 LC), que corresponderá al final del plazo para adhesiones previsto en el art. 108 LC. Por último, en los cinco días siguientes al final del plazo indicado, al juez compete la aprobación judicial del convenio.

Añadiendo todos los plazos procesales, partiendo del principio que se observaran los plazos máximos, observamos que desde la entrada del proceso en tribunal, hasta la aprobación de la propuesta, tenemos un plazo sensiblemente equivalente a dos meses y medio. Además, con la reducción de los plazos impuesta por el procedimiento abreviado, de acuerdo con el art. 191.1 LC, toda vez que el concurso de consumidor siempre será integrado en los requisitos del art. 190, nos encontramos delante un plazo muy reducido de menos de dos meses.

Podremos afirmar que, teniendo en cuenta la urgencia con que el deudor buscará solucionar, junto de sus acreedores, la insolvencia que le afecte, puede parecer un plazo aceptable. Sin embargo, no olvidamos que esta propuesta anticipada ha pasado, con anterioridad, por un período de negociación extraconcursal, donde podrán obtenerse las adhesiones necesarias para admisión a trámite (dentro del previsto en el art. 5.3 LC, o no).

Por otro lado, con las modificaciones introducidas por el proyecto de reforma de 2011, se producirá una modificación en tales plazos, ya que, por la lectura del art. 191 bis, así como del

art. 190.4, se obtiene una reducción para cerca de 45 días, que no difiere en gran medida de lo que expusimos arriba, no obstante se simplifica la forma de tramitación de la propuesta.

Estas circunstancias, ahora expuestas, son las más favorables al deudor, por lo que la duración del proceso hasta la aprobación del convenio podrá ser bastante superior. Al respecto, afirmamos que una duración superior a la plasmada choca con la protección del deudor y constituye un desincentivo al recurso al proceso concursal. Esto, particularmente, será verdad cuando el deudor no tenga muchos acreedores, siendo que la tendencia podrá ser la tentativa de negociar aisladamente con cada uno de ellos, lo que podrá no producir los efectos obtenidos con el convenio concursal, pero parecerá, de todos modos, la solución más fácil y rápida a los ojos del deudor, perjudicándole. Este problema, a que se añade, como señala la doctrina, la falta de información sobre el proceso concursal y sus ventajas para el deudor, puede explicar, junto con los elementos negativos que hemos venido a señalar, la solicitud de algún modo escasa, por estos deudores.⁷⁰⁰

Por ese motivo, la propuesta anticipada de convenio deberá ser el camino trazado por el deudor, toda vez que la propuesta ordinaria podrá conducir a una duración insostenible del proceso, logrando los objetivos del mismo. Todavía, no podremos olvidarnos que la propuesta anticipada encierra un elemento fundamental que es, a semejanza de lo que vimos arriba, la negociación extra e preconcursal, pero con un propósito de negociación colectiva, tendente a la aprobación del convenio. Afirmamos que, en caso de fallo de estas negociaciones, el deudor podrá y deberá intentar, manteniendo o presentando una nueva propuesta, alcanzar una solución negociada. Verdad, sin embargo, que tal podrá conducir a un arrastre innecesario del proceso, toda vez que las condiciones económicas y financieras del deudor consumidor no tenderán a alterarse en el período que media entre la no aceptación, por los acreedores, de la propuesta anticipada, y el último plazo para presentación de una propuesta ordinaria de convenio. Pero, consideramos que la liquidación será, detectada la inexistencia de bienes, una solución indeseada.

La necesidad, como referimos, de dicha negociación extrajudicial, anterior a la solicitud de la propuesta de convenio, presenta dificultades propias. Por una parte, el poder negocial del

⁷⁰⁰ FERNANDEZ CARRON, C., *El Tratamiento...*, op. cit., p. 53.

deudor insolvente, o “casi-insolvente” (hablamos aquí, latamente, de situaciones de insolvencia inminente), quedará disminuido, lo que se presenta como la primera dificultad. Esta, difícilmente será apartada, pero puede ser sustancialmente mejorada, recurriendo el deudor a apoyo especializado.

Este apoyo especializado, a que aludimos antes, tiene dos papeles fundamentales: por una parte, la elaboración de la propuesta, adaptada al caso concreto, y fundamentada teniendo en cuenta la capacidad de pago del deudor, las condiciones de mercado, las perspectivas de mejora y, esencialmente, la previsión del resultado alternativo, para los acreedores, en el caso de que no se adhieran al convenio. Por otro lado, se requiere una capacidad de negociación adaptada al tipo de acreedores habituales en este tipo de insolvencias, particularmente entidades bancarias y financieras.

En este contexto, sabemos que el deudor será representado en el proceso, de acuerdo con el art. 184.2 LC, por un procurador, y asistido por un letrado. Competerá a este último desarrollar el papel que se refirió arriba, pero la especificidad del proceso concursal podrá dificultar el cumplimiento de tales funciones, no tratándose de un especialista en la materia. Además, como hemos indicado antes, el recurso a la asistencia jurídica por parte del deudor podrá conducir a que le sea atribuido un abogado con menor experiencia en tales cuestiones. Por otra parte, a pesar de la LC no indicar la posibilidad de reconocimiento de un pacto obtenido extraconcursalmente, entre el deudor y sus acreedores, la propuesta anticipada, o mismo la ordinaria, de convenio, derivan, o podrán derivar, de negociaciones emprendidas anteriormente.

Por eso mismo motivo, mismo sin se crear un procedimiento alternativo al concurso previsto en la LC, es de relevar el papel de las Juntas Arbitrales de Consumo en estos supuestos, pudiendo, por ejemplo, añadirse una norma en la cual se especificase que, tratándose de concurso de consumidor, estas entidades podrían intervenir, a solicitud de las partes, como mediadoras en las negociaciones tendentes a obtener las adhesiones al convenio, así como coadyuvantes en la formulación del contenido de la propia propuesta.⁷⁰¹ Esta posibilidad iría, esencialmente, promover a la aproximación de los consumidores a la solución concursal, no

⁷⁰¹ Recordamos, respectivamente, los art. 14 y 16 de las proposiciones de ley núm. 122/000295 de 9 de mayo de 2003, y. 622/000012 de 12 de noviembre de 2004, que preveían la creación de los Centros de Arbitraje del Sobreendeudamiento, a funcionar dentro de la orgánica de la Juntas Arbitrales de Consumo.

aumentando los costes del proceso, promoviéndose también una mejor prestación de información al consumidor sobre los propósitos y forma de funcionamiento del proceso, retirándose el carácter muchas veces tenido como hostil del proceso, con relación a los deudores consumidores.⁷⁰²

Por último, como expusimos, los costes con el proceso son otra de las preocupaciones que atraviesan la mente del consumidor en el momento de recurrir al proceso concursal, sin embargo de recurso a la asistencia jurídica gratuita, igual que plasmados en el art. 84 LC, especialmente cuando el proceso tiene una duración larga.⁷⁰³ En este caso, la posibilidad de disminución pasaría, no solo en la reducción de los costes procesales para los concursos de consumidores, pero especialmente, igual que ocurre en el caso portugués, por la eliminación de la administración concursal⁷⁰⁴ tratándose de tramitación de las propuestas anticipadas de convenio, basándose la masa activa y pasiva en los documentos presentados por el deudor en su escrito de solicitud, debidamente valorados y validados por el juez y por los acreedores adheridos. Claro que tal solución comporta la obligación, para el deudor, de ser riguroso en la elaboración de dichos documentos, so pena de los no indicados quedarán excluidos del convenio aprobado. Y no olvidamos, también, el importante papel que la administración concursal desarrolla en la evaluación de la propia propuesta de convenio.

Concluimos, ante el expuesto, que el convenio, particularmente la propuesta anticipada, consagra una buena opción para que el deudor pueda superar el estado de insolvencia que le afecte, pero entendemos que la LC beneficiaria de la creación de un mecanismo propio para deudores consumidores o de una adaptación de la tramitación del convenio.

⁷⁰² Como nos dice PEÑAS MOYANO, el cruzamiento de normas protectoras de los consumidores con el derecho concursal es posible, creándose el “derecho concursal del consumo”. PEÑAS MOYANO, B. «Concurso de consumidores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, La Ley, Madrid, 2008, p. 246.

⁷⁰³ Para más desarrollo, véase CASANELLAS BASSOLS, R. «Costes y Eficiencia Económica en el Concurso de Acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, La Ley, Madrid, 2008, p. 571 y ss.

⁷⁰⁴ También se puede defender la desjudicialización del proceso, creándose los órganos auxiliares del juez, cuyas funciones cabrían, por ejemplo, a las Juntas Arbitrales de Consumo. En este sentido COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor: ¿Procedimiento colectivo extrajudicial preconcursal, procedimiento colectivo preventivo, o procedimiento concursal especial?», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 454. En este sentido, véase también GUTIÉRREZ DE CABIDES, P., *El Sobreendeudamiento Doméstico...*, *op. cit.*, p. 173. Además, añade este autor que la existencia de la administración concursal en concursos de consumidores se justifica ni tanto por su carácter restrictivo o fiscalizador, pero de asistencia y orientación al deudor. El apoyo a que nos referimos arriba podría proceder, por ejemplo, de la administración concursal nombrada haber relación con las entidades de protección del consumidor.

Una de las últimas sugerencias iría, por ejemplo, en el sentido de que, a pesar de que antes de la propuesta se presentara en juicio, se incorporara en el derecho positivo una mayor flexibilidad en las negociaciones, creándose un período, anterior a la aprobación judicial del convenio, en el cual el deudor pudiera modificar su propuesta, sin necesidad, por ejemplo, en caso de rechazo de la propuesta anticipada, de presentar una nueva en la fase de convenio, materializando sugerencias de acreedores posteriores a la fase de negociación preconcursal. También se beneficiaría el concurso con la modificación de las mayorías previstas en el art. 124 LC, flexibilizándose el proceso en el sentido de que se exigiría, para aprobación del convenio, que los créditos representados por los votos a favor fueran superiores a los que votasen en contra.⁷⁰⁵

Para finalizar, la LC no prevé normas específicas, en el convenio de concursos de consumidores, sobre la afectación de los acreedores privilegiados, especialmente de los acreedores hipotecarios, ni siquiera establece cualquier norma con relación a la protección de la vivienda familiar, ya que, en relación con los primeros, su afectación se dará solo por adhesión voluntaria. Esta circunstancia, no obligando la ley a la sujeción de estos acreedores al contenido del convenio (por ejemplo, limitándose a los casos en los cuales el deudor no ha incumplido ninguna de las prestaciones, o ha comunicado con la entidad bancaria sus dificultades, sin que de aquella tenga obtenido cualquier solución), puede dificultar el cumplimiento de aquel por parte del deudor, toda vez que su principal deuda, en la mayor parte de los casos, quedará inalterada. Esto puede conducir a que este pretenda enajenar su vivienda, aunque impagada, a fin de libertarse de la deuda, obteniendo, ante la crisis inmobiliaria, un valor inferior al valor de mercado. Esta solución no es totalmente incorrecta cuando el deudor consigue alternativas de habitación; cuando tal no suceda, por el aumento de los precios en el mercado de arrendamiento, por ejemplo, se pondrá en causa un derecho básico del consumidor.⁷⁰⁶ Acordamos también la posibilidad de modificación, antes referida,

⁷⁰⁵ En este sentido, por ejemplo, ÁLVAREZ VEGA, I. «El concurso de consumidor en España», *El Futuro de la Protección...*, op. cit., p. 317.

⁷⁰⁶ Recordamos el art. 15 del RD 6/2010, que se refiere específicamente a esta cuestión, en el sentido de aumentar el porcentaje de bienes inembargables. El art. 47 CE establece que "todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.". Trazando un panorama sobre la necesidad de protección de la vivienda familiar, en el sentido de que, tradicionalmente, las familias españolas prefieren adquirir, aunque bajo elevado coste financiero a largo plazo, su vivienda, véase FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., «Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 245

el art. 105 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de la extinción de la deuda sobrante con la obtención, a través de venta del bien, de un valor inferior al garantizado.

Por otro lado, se puede también plantear la necesidad, en los casos extremos de insolvencia de los consumidores, a añadirse a la exoneración del pasivo restante, de que daremos cuenta oportunamente, de creación de mecanismos que permitan al juez, *ex officio*, imponer un plan de pagos cuando no se alcance ningún acuerdo entre las partes, igual que se establece típicamente en las fórmulas de tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores.⁷⁰⁷ Todavía, este mecanismo tendría de encararse como una modificación profunda de la sistemática concursal, estando sujeta a un principio de protección máxima del consumidor que, hasta hoy, no consta en los proyectos de reforma.

De todos modos, tal imposición judicial estaría sujeta, por parte del deudor, al cumplimiento de un conjunto de requisitos, concretamente aquel de la buena fe, no impuesto, en términos generales, por la LC, creándose, sin duda, un mayor clima de cooperación entre las partes. No manifestamos total oposición a esta introducción en la ley, pero consideramos la solución basada en la autonomía de la voluntad de las partes más satisfactoria, permitiéndose el mantenimiento del régimen existente, con las modificaciones que hemos sugerido arriba, tanto relativas a los plazos, al apoyo especializado y a las normas sobre la vivienda, especialmente la extensión de la paralización de las ejecuciones, así como la extinción de la deuda sobrante, en caso de venta por valor inferior al de la hipoteca.

El convenio, sobre todo por las dificultades de cumplimiento, presenta un importante aspecto reeducativo, evitando que, por modificación de los hábitos de consumo y ahorro, el deudor se depare con una nueva situación insolvencial. Por otro lado, el apoyo especializado que referimos, especialmente derivado de entidades públicas de protección del consumidor, permitiría controlar y evaluar el cumplimiento del convenio e implementar verdaderos aspectos reeducativos. La inexistencia de tales mecanismos hace que el convenio auto-imponga al deudor la propia reeducación pretendida.

⁷⁰⁷ Véase, a título de ejemplo, el art. 33 de las proposiciones de ley núm. 122/000295, de 2003 y 622/000012, de 2004.

3 - El plan de pagos previsto en el CIRE

El plan de pagos previsto en el art. 249 y ss. CIRE es la fórmula negocial introducida por la reforma de 2004 y, al revés de lo que ocurre con el convenio de la LC, que tiene aplicación universal (es decir, a todo el tipo de deudores), este mecanismo tiene aplicación restringida a cierto tipo de deudores. Indica el considerando 44 de la exposición de motivos del Código portugués que “la sujeción al proceso de insolvencia, de personas jurídicas y físicas, no se hace sin la previsión de regímenes e institutos diferenciados para cada categoría de entidades, que permitan el mejor tratamiento de las respectivas situaciones de insolvencia.”⁷⁰⁸ Su tramitación, como se prevé en el art. 263 CIRE, se hace a través de incidente procesal.

Esta es, por lo tanto, la piedra de toque de la diferenciación entre plan de insolvencia, previsto en el art. 192 y ss. CIRE, reservado a las empresas de mayor tamaño, y el régimen del plan de pagos que consta en el capítulo reservado a la insolvencia de no empresarios y titulares de pequeñas empresas: la constatación, por el legislador, de que el modo de tratamiento de las insolvencias de los diferentes tipos de deudores no deberá obedecer a una fórmula única, sino adaptada a los diferentes casos.

El régimen concursal anterior, contenido en el CPEREF, presentaba un conjunto de fórmulas rígidas de tratamiento alternativas a la liquidación de los bienes del deudor, denominadas providencias de recuperación: concordata (art. 66 y ss.), reconstitución empresarial (art. 78 y ss.), reestructuración financiera (art. 87 y ss.) y gestión controlada (art. 97 y ss.). Tales fórmulas serían aplicables al deudor empresario, pudiendo el deudor no empresario, según el art. 240.1 CPEREF, presentar una propuesta de concordata particular que, en virtud de la remisión operada por el art. 245, para las normas del art. 66 y ss., indicándose que la concordata consistiría en la reducción o modificación de parte o totalidad de los créditos, pudiendo limitarse a una simple moratoria. Este régimen derivaba ya del derecho anterior, previsto en el CPC/1961, previéndose en el art. 1323 que el deudor no empresario podría acordar una concordata con sus acreedores.⁷⁰⁹

⁷⁰⁸ Traducción nuestra.

⁷⁰⁹ En virtud de la redacción del art. 62.1 CPEREF, la concordata afectaría solo los créditos ordinarios y los créditos garantizados por tercero. Sobre el régimen de la concordata, véase, para mayor desarrollo, CARVALHO FERNANDES, L. A. y LABAREDA, J. *Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e Falência Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 1994, p. 181 y ss.

Observamos pues que el régimen de negociación no es extraño al derecho concursal portugués derogado. Sin embargo, el CIRE presenta el mecanismo con una nueva pañería, tanto renombrándolo, como alterando el procedimiento tendente a su aprobación, (por ejemplo, el plan se aprueba, ante el actual régimen, con anterioridad a la declaración de insolvencia, lo que no ocurría antes), o ampliando su contenido, como veremos. A esto no será ajena, hemos indicado frecuentemente, la influencia de la *InSo* alemana, que contempla un régimen de plan de pagos en su párrafo §305 y ss.⁷¹⁰, que el legislador portugués pretendió adoptar a la realidad jurídica nacional. Se origina, a nuestro entender, un perfeccionamiento del régimen anterior, que no corta con la tradición de permitir la negociación de los deudores particulares con sus acreedores, para intentar solucionar pacíficamente la insolvencia, sin necesidad, preferente, de liquidación de la totalidad del patrimonio. Pero, más importante, el régimen se aparta en negociación de los deudores personas físicas de lo previsto para las entidades empresariales, pudiendo el legislador separar, por ejemplo, el contenido, efectos y tramitación de ambas fórmulas, lo que beneficiará los distintos tipos de deudores. Un ejemplo de tal diferenciación fue la aprobación de la Portaria 1039/2004, de 13 de agosto, que establece un modelo para la solicitud del plan de pagos, idéntico para todos los deudores, que simplifica sobremanera su solicitud.

Como objetivos generales, nada como recuperar los términos del legislador, que establece, en el considerando 46 de la exposición de motivos del CIRE, que el plan de pagos pretende abrir “camino para que todas las personas que de ello puedan beneficiarse eviten toda la tramitación del proceso de insolvencia, eviten cualquiera de los perjuicios para su buen nombre o reputación y se sustraigan a las consecuencias asociadas a la calificación de la insolvencia como culpable”.⁷¹¹ Esto porque, como ya hemos señalado, la aprobación del plan de pagos evita la producción de los tradicionales efectos de la insolvencia. Por lo tanto, en el plano teórico, el plan de pagos es de inmensa importancia y utilidad para el deudor persona física que, evidentemente, solicitando la declaración de insolvencia lo más rápido posible

⁷¹⁰ Véase también el capítulo 13 del *Bankruptcy Code* americano que, en su art. 1321 y ss. establece el wage earner payment plan, que se aplica a deudores que tengan un salario regular. Para más desarrollo véase GROSS, K. *Failure...*, *op. cit.*, p. 29 y ss, LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento...*, *op. cit.*, p. 283 y ss. JACOBY, M. y WARD, G.R. «Perspectivas empíricas y de política legislativa sobre el concurso de los consumidores en Estados Unidos», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 392 y ss. SERRANO GOMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. A. y ORTEGA DÓMENECH, J. «Sistemas de tratamiento ...», *Familia y Concurso de Acreedores*, *op. cit.*, p. 25 y ss.,

⁷¹¹ Traducción nuestra.

desde su verificación, puede obtener efectos beneficiosos con el proceso concursal. Sintetiza SERRA que, recurriendo al plan de pagos, “el deudor consigue evitar el curso del proceso de insolvencia y el estigma que se asocia a la situación de insolvente.”⁷¹²

3.1. Requisitos de aplicación

El artículo 249 CIRE⁷¹³ establece claramente el ámbito de aplicación *subjetivo* del régimen del plan de pagos, indicando en el apartado 1 que se aplicará a *deudores personas físicas*. Esto no significa, sin embargo, que este régimen se reserve a los deudores consumidores. Para total comprensión del ámbito de aplicación, el legislador mezcló el ámbito subjetivo con requisitos de carácter *objetivo*. Por lo tanto, establece el apartado 2 de dicho artículo que, para acceder al régimen del plan de pagos, el deudor persona física no debió ser titular de una empresa en los tres años anteriores al inicio del proceso de insolvencia (párrafo a) o, alternativamente, siendo empresario, no debió tener deudas laborales, el número de sus acreedores no sea superior a 20 y su pasivo global no exceda los € 300.000 (párrafo b). Los deudores consumidores se encuadrarán, precisamente, en la primero de los supuestos.⁷¹⁴

Este precepto se completa con el prescrito por el art. 250, que excluye la posibilidad de aplicación del régimen del plan de insolvencia a los deudores abarcados por este capítulo.⁷¹⁵ Tal redacción significa que, tratándose de un deudor persona física, en las condiciones arriba indicadas, que desee adoptar una solución de tipo negocial, el plan de pagos se presenta como

⁷¹² SERRA, C. *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução* (4.ªEdição), Almedina, Coimbra, 2010, p. 148. Traducción nuestra. En el mismo sentido, véase MARTINS, L.M., *Recuperação de Pessoas Singulares – Volume I*, Almedina, Coimbra, 2011, p.106.

⁷¹³ Establece dicho artículo: “1 - O disposto neste capítulo é aplicável se o devedor for uma pessoa singular, e, em alternativa: a) Não tiver sido titular da exploração de qualquer empresa nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência; b) À data do início do processo: i) Não tiver dívidas laborais; ii) O número dos seus credores não for superior a 20; iii) O seu passivo global não exceder (euro) 300000. 2 - Apresentando-se marido e mulher à insolvência, ou sendo o processo instaurado contra ambos, nos termos do artigo 264.º, os requisitos previstos no número anterior devem verificar-se relativamente a cada um dos cônjuges.”

⁷¹⁴ Los requisitos aquí indicados, en lo que respecta a los deudores empresarios, con excepción del volumen del pasivo, se calcan del párrafo §304 *InSo*. En lo que respecta a los deudores no empresarios la formulación de la ley alemana es más sencilla, indicando que este régimen se aplica cuando el deudor no prosiga con ninguna actividad empresarial.

⁷¹⁵ En este sentido véase el Ac. TRC núm. 570/10.5TBMGR-A.C1, de 7 de septiembre de 2010, que en un caso de solicitud conjunta de cónyuges, confirmó la sentencia del tribunal *a quo*, que desestimó la pretensión de los solicitantes de presentar un plan de insolvencia, alegando que la existencia de un régimen propio relativo a la insolvencia de deudores no empresarios invalida el acceso al régimen del plan de insolvencia. Afirma el propio auto que “plan de insolvencia y plan de pagos tienen presupuestos y contenido no coincidente, obedeciendo a regímenes legales diferenciados”. Traducción nuestra. Auto disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 15 de noviembre de 2010.

mecanismo o fórmula única lo que, como hemos indicado, no permite afirmar que se establezca aquí una solución *pro* deudor consumidor, toda vez los deudores empresarios están también a cubierto de la previsión legal. Lo que parece mover al legislador es la menor complejidad de la insolvencia, tanto en tipo como en número de deudas, y la menor dificultad para iniciar negociaciones con los acreedores que de ello se deriva, así como la existencia de una predisposición de las partes en ese sentido. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando, en un estado primario de su insolvencia (inminente o actual), el deudor ha hecho del proceso concursal la primera aproximación a los acreedores. Situaciones en las cuales existió un abordaje previo de los acreedores, teniendo como resultado la falta de acuerdo, tanto caso a caso, como recurriendo a mecanismos de negociación extrajudiciales, pueden, de partida, comprometer la posibilidad de lograr la aprobación, con éxito, de un plan de pagos, sin perjuicio de que, tratándose de un proceso judicial, los acreedores puedan tener mayor tendencia a negociar.

Hay que señalar también, que el plan de pagos es de aplicación *exclusiva* a los deudores indicados, no estando disponibles para las personas jurídicas, patrimonios autónomos o personas físicas que no reúnan lo previsto en el art. 249. Si se encuadra en el mismo capítulo, la declaración de insolvencia de ambos cónyuges depende, de igual modo, de la verificación de las condiciones del art. 249. El legislador muestra, por ese motivo, que la declaración conjunta y el plan de pagos son, en este tipo de insolvencias más sencillas y con menor pasivo, una solución pensada como buena para el deudor persona física, simplificándose el procedimiento y haciendo más rápida la resolución de la insolvencia.

La legitimación para solicitar la apertura del incidente del plan de pagos se atribuye, fundamentalmente, al *deudor*, como se puede leer en los art. 251, 253 y 254.4.b) CIRE (en este tercer caso, los cónyuges, como hemos dicho antes, deberán solicitar un plan de pagos conjunto). A los acreedores, por lo tanto, no se permite el impulso procesal para iniciar negociaciones, que tengan como objetivo la obtención de un plan de pagos, toda vez que, el deudor no solo puede optar por una solución diferente, sino al conocimiento específico del estado de su patrimonio. Por eso, es posible afirmar que las diferentes soluciones normativas, dentro de las condicionantes del caso concreto, están pensadas, por el legislador, a favor del deudor, que podrá, dentro de un margen limitado por su capacidad patrimonial, escoger la que crea más conveniente.

3.2 - Solicitud

La solicitud del plan de pagos puede presentarse junto con la solicitud de la declaración de insolvencia, como nos indica dicho art. 251 o, en caso de concurso promovido por otro de los legitimados, puede presentarse como alternativa a la oposición, según se lee en el art. 253 CIRE. Para ello, impone la ley que, en el contenido del emplazamiento del deudor, conste tal posibilidad, manteniéndose el plazo de 10 días (por remisión para el art. 30.1 CIRE) para solicitud del plan. Nos dice, además, el art. 253 CIRE, que la presentación de un plan de pagos implica la confesión de la situación de insolvencia, inminente o actual, por parte del deudor (art. 252.4 CIRE) y que, en virtud de tal solicitud, se impide la utilización del mecanismo de la exoneración de deudas que consta de los artículos 235 y ss. CIRE, siempre que el plan de pagos sea aprobado (podrá, por lo tanto, hacerse la solicitud en simultáneo, siendo analizada la exoneración cuando no se apruebe u homologue el plan de pagos).

Ante lo previsto, hay que decir, en primer lugar, que la solicitud del plan de pagos puede, como hemos dicho, formularse *individualmente* por el deudor al inicio del proceso o realizado su emplazamiento o, en los casos de verificación de la situación de insolvencia con respecto a ambos cónyuges, siempre que estos pretendan utilizar este mecanismo legal, como nos indica el art. 264.4.b), conjuntamente, en las mismas circunstancias. Existiendo concurso conjunto de deudores casados, la tramitación del incidente y el análisis del contenido del plan de pagos deberán ser hechos también conjuntamente, no solo por una cuestión de rapidez y simplificación procesal, sino esencialmente para que se proceda a la aplicación correcta de las normas civiles relativas a la titularidad de los bienes comunes del matrimonio que, en este caso concreto, podrán afectar, en el plan de pagos, tales bienes, especialmente en lo que respecta a deudas que los obliguen conjuntamente. Recordamos también que, en caso de concurso promovido contra uno de los cónyuges, el otro solo podrá sumarse al concurso en cuestión, de acuerdo con el art. 264.2 CIRE, a través de la fórmula de la coligación activa sobrevinida, cuando el cónyuge en concurso no haya requerido el plan de pagos o, habiéndolo hecho, este no sea aprobado u homologado. Se observa, por lo tanto, la importancia de la tramitación unitaria del plan de pagos cuando existe coligación activa o pasiva de los cónyuges.

La solicitud del plan de pagos se realiza autónomamente, pero en fechas perfectamente delimitadas por la ley: al inicio del proceso, cuando el concurso sea iniciado por el deudor, o, producido el emplazamiento, en el plazo de oposición. Debido al corto espacio de tiempo que media entre la entrega del escrito de solicitud y la declaración de insolvencia (art. 27.1 CIRE, que establece un plazo hasta 3 días hábiles para que se declare la insolvencia, desde dicha entrega), así como entre la ausencia de oposición y la declaración de insolvencia (art. 30.5 CIRE, que nos indica que la insolvencia se declarará en el primer día hábil agotado el plazo de 10 días de oposición o entrega del plan de pagos), observamos que el deudor no tendrá oportunidad para solicitar el plan de pagos, antes a la declaración de insolvencia, fuera de estas fechas predeterminadas por ley. Como excepción de lo afirmado, podremos siempre decir que el deudor podrá, no habiendo requerido el plan de pagos con la solicitud de la insolvencia, hacerlo, en caso de que el juez conceda el plazo de perfeccionamiento del escrito de solicitud previsto en el art. 27.1.b) CIRE, dentro del plazo por él fijado.

De todos modos, el límite para la solicitud del plan de pagos será la fecha de declaración de insolvencia, toda vez que el tribunal deberá emitir la decisión sobre la aceptación del plan de pagos (que recordamos, se procesa por incidente procesal, quedando suspendido el proceso principal, en virtud del art. 255.1 CIRE), propuesto por los demandantes, antes incluso de emitir la sentencia sobre la insolvencia, so pena de ser declarada nula.⁷¹⁶

Con respecto a la *forma de la solicitud*, que se hace en documento autónomo, el CIRE no establece requisitos para el documento propiamente dicho, sino para sus anexos, tal como se puede comprobar en el art. 252.6 CIRE. Así, el deudor deberá entregar, junto con la solicitud de plan de pagos, cuyo contenido analizaremos enseguida, un conjunto de anexos que se indican en el art. 252.5 CIRE: una declaración de que el deudor cumple los requisitos del art. 249 CIRE; una relación de los bienes disponibles del deudor, así como de sus rentas; un sumario con el contenido esencial de tal relación, que se designa por resumen del activo; una

⁷¹⁶Ac. TRP de 6 de mayo de 2010, proceso núm. 9007/09.1TBVNG.P1, disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 27 de noviembre de 2010. En este caso concreto, el tribunal de primera instancia declaró que, de acuerdo con el art. 28 del CIRE, en el que se determina que el deudor que solicita la insolvencia reconoce aquella, y en virtud de los elementos patrimoniales indicados en el proceso (900€ de ingresos contra 1588387,78€ de deuda) la verificación de la situación de insolvencia no levanta dudas, ya que el plan de pagos sería oportunamente analizado. El Tribunal Superior declaró, sin embargo, que tal decisión es contraria al art. 201 CPC y, además, influye en el contenido de la declaración de insolvencia que, en estos casos, solamente, debería contener los elementos previstos en el art. 259.1, por lo que se declara la nulidad de la sentencia de declaración de insolvencia.

relación por orden alfabético de los acreedores, domicilios, indicación de los montantes, naturaleza y eventuales garantías de sus créditos y, por último, una declaración de que la información es verdadera y completa.

A fin de facilitar la entrega de tales documentos, el legislador ha creado, en virtud de la expresa indicación del CIRE (art. 252.6), un modelo normalizado que, solo en caso de manifiesta inadaptación al caso concreto, podrá no ser utilizado por el deudor⁷¹⁷. La Portaria 1039/2004, de 13 de agosto, establece pues la exacta forma legal según la cual el deudor presenta su activo y la lista de sus acreedores. Este modelo sirve para indicar de forma clara y sencilla los bienes con los cuales el deudor pretende concretar el plan de pagos que propone, permitiendo al juez y a los acreedores comprender de forma fácil cuál es la disponibilidad patrimonial, así como indicar la probable masa activa que se satisfará con el plan de pagos (art. 256.1 CIRE), sin embargo de que el deudor haya antes indicado cual la masa pasiva del concurso (art. 24.1.a) CIRE). La mayor rapidez con que se desarrollará la tramitación este tipo de procesos, hace que aplaudamos la solución encontrada por el legislador para facilitar la comprensión, por parte del juez y de los acreedores, del estado patrimonial del insolvente, sin perjuicio de que mucha de la información que consta estuviere presente en el escrito de solicitud del concurso, toda vez que se facilita y concentra el acceso a la información esencial, ya que no olvidamos que la evaluación del plan de pagos se hace bajola forma de incidente procesal, lo que permite la solicitud de información repetida en el proceso principal.⁷¹⁸

De acuerdo con el art. 252.7 CIRE, el deudor deberá entregar dos copias de la solicitud de plan de pagos, así como de los anexos arriba indicados (con el modelo oficial que indicamos), en caso de que lo haga en papel; cuando recurra a un soporte digital, corresponderá a la secretaria judicial la extracción de tales copias, ya que una se destina a archivo del tribunal y otra a la consulta por los interesados.

⁷¹⁷ CARVALHO FERNANDES y LABAREDA indican que esta formulación no es clara y el modelo creado por el legislador puede constituir un “*obstáculo burocrático*, con más desventajas que beneficios”. Con respecto a la decisión sobre la inadecuación del modelo, corresponderá al juez decidir, ante la utilización del modelo oficial, por tal inadecuación manifiesta, debiendo solicitar al deudor su modificación. Cfr. CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...*, *op. cit.*, p. 815.

⁷¹⁸ Comparando, por ejemplo, el art. 24.1.a) y e), relativo a la relación de acreedores y bienes del deudor, cuya entrega es obligatoria tanto con la solicitud por parte del deudor, como en concursos promovidos por otros legitimados (véase el art. 30.2 CIRE), con lo previsto en relación con la forma de descripción de los acreedores y de los bienes en la Portaria indicada, no existen diferencias de fondo o de forma.

En caso de que no se entregue dicho modelo, que materializa los anexos, nos dice el art. 252.8 CIRE que el tribunal podrá notificar al deudor para que lo haga y, agotado el plazo entonces fijado, sin que haya ninguna entrega por parte del deudor, se considere que existió renuncia por parte del deudor con respecto al plan de pagos, siguiendo el proceso concursal su normal tramitación. Observamos, por lo tanto, que la entrega de tales anexos constituye un requisito formal esencial de la aceptación a trámite del plan de pagos.

3.3 – Contenido del plan de pagos

El plan de pagos, solicitado en documento autónomo, como hemos indicado, no posee (y no debería poseer), un contenido fijado por ley. Es precisamente la posibilidad de adaptación a cada caso en concreto, gracias a la flexibilidad prevista por la ley, que permite que este instrumento constituya una opción importante para que el deudor alcance una solución ideal para la insolvencia que le pueda afectar. Sin embargo, el art. 252 CIRE, en sus párrafos 1 a 3⁷¹⁹, presenta un conjunto de indicaciones que el deudor puede o debe seguir a fin de presentar el plan más adecuado.

Antes de analizar las referencias legales, queremos afirmar que el contenido del plan de pagos está condicionado por dos elementos fundamentales: un *elemento temporal* y otro

⁷¹⁹ Establece el dicho artículo que: “1 - O plano de pagamentos deve conter uma proposta de satisfação dos direitos dos credores que acautela devidamente os interesses destes, de forma a obter a respectiva aprovação, tendo em conta a situação do devedor. 2 - O plano de pagamentos pode designadamente prever moratórias, perdões, constituições de garantias, extinções, totais ou parciais, de garantias reais ou privilégios creditórios existentes, um programa calendarizado de pagamentos ou o pagamento numa só prestação e a adopção pelo devedor de medidas concretas de qualquer natureza susceptíveis de melhorar a sua situação patrimonial. 3 - O devedor pode incluir no plano de pagamentos créditos cuja existência ou montante não reconheça, com a previsão de que os montantes destinados à sua liquidação serão objecto de depósito junto de intermediário financeiro para serem entregues aos respectivos titulares ou repartidos pelos demais credores depois de dirimida a controvérsia, na sede própria. 4 - A apresentação do plano de pagamentos envolve confissão da situação de insolvência, ao menos iminente, por parte do devedor. 5 - O plano de pagamentos é acompanhado dos seguintes anexos: a) Declaração de que o devedor preenche os requisitos exigidos pelo artigo 249.º; b) Relação dos bens disponíveis do devedor, bem como dos seus rendimentos; c) Sumário com o conteúdo essencial dessa relação, neste capítulo designado por resumo do activo; d) Relação por ordem alfabética dos credores e dos seus endereços, com indicação dos montantes, natureza e eventuais garantias dos seus créditos; e) Declaração de que as informações prestadas são verdadeiras e completas. 6 - Salvo manifesta inadequação ao caso concreto, os elementos constantes do número anterior devem constar de modelo aprovado por portaria do Ministro da Justiça. 7 - O plano de pagamentos e os seus anexos são apresentados em duas cópias, uma das quais se destina ao arquivo do tribunal, ficando a outra na secretaria judicial para consulta dos interessados; tratando-se de documentos digitalizados, são extraídas pela secretaria duas cópias, para os mesmos efeitos. 8 - Considera-se que desiste da apresentação do plano de pagamentos o devedor que, uma vez notificado pelo tribunal, não forneça no prazo fixado os elementos mencionados no n.º 5 que haja omitido inicialmente.”

patrimonial, interconectados. Con esto pretendemos afirmar que el recurso al mecanismo del plan de pagos obtendrá tanto mayor éxito entre los acreedores cuanto mayor anticipación tuviera su solicitud. Es decir, la mayor predisposición de los acreedores a la aceptación del plan de pagos surgirá en los casos concretos en los cuales se observe, por ejemplo, una situación de insolvencia inminente, y no se producirá incumplimiento generalizado de obligaciones, sino su previsión por parte del deudor. Esto no significa que, observada la insolvencia actual, actuando de inmediato el deudor, la predisposición a una solución negociada no se mantenga. Es, por lo tanto, la rapidez con que el deudor recurra al proceso que define este elemento temporal.

El elemento clave será, por lo tanto, en recurso al proceso concursal en tiempo, lo que nos permite llegar al segundo elemento, el patrimonial. Con esto pretendemos decir que la mayor anticipación temporal del deudor permitirá que la masa activa del concurso tenga menor tendencia a agotarse, por que el deudor intente su solvencia a través de la disposición de tales bienes, sin éxito o que, fraudulentamente, pueda disponer de sus bienes en perjuicio de los acreedores. Esto no invalida, sin embargo, que el deudor, en vez de recurrir al proceso de insolvencia, negocie individual o colectivamente con sus acreedores un plan de pagos, a través de mecanismos extrajudiciales, lo que puede retrasar o evitar la solicitud de la declaración concursal, lo que no podrá, o no debería, condicionar la opción por este tipo de solución negociada, dentro de la posible capacidad patrimonial del deudor, por parte de los acreedores.⁷²⁰

Una de las críticas que se puede apuntar a la legislación concursal es, precisamente, la no existencia, en el derecho positivo, de un mecanismo legal que permita convalidar en el proceso concursal, un plan de pagos obtenido extrajudicialmente, a fin de que este pueda abarcar un mayor número de acreedores, por ejemplo. Por otro lado, el deudor que haya logrado obtener un plan de pagos extrajudicial podrá evitar recurrir al proceso concursal para no perjudicar el plan inicialmente obtenido. Esta consideración no implica, sin embargo, que el deudor no pueda entregar la información relativa a dicho plan, dando conocer al juez y a los

⁷²⁰ Obsérvese, por ejemplo, la solución de la ley alemana, que impone como requisito previo, en el proceso concursal, en su párrafo §305, para acceder al plan de pagos, que el deudor haya con anterioridad buscado un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, sin lograrlo. Se da clara preferencia al mecanismo extra concursal, pero continuándose con la tónica en la antelación del deudor, que intente solucionar su problema financiero lo más pronto posible.

restantes acreedores sus esfuerzos para evitar la verificación de la situación de insolvencia o para obtener una solución para ella.

Otro de los problemas que podrá plantearse es la discusión sobre la necesidad de un *apoyo especializado* al deudor consumidor en lo que respecta a la formulación del plan de pagos. Hemos observado que, ante las reglas procesales generales vigentes en Portugal, el deudor, normalmente, es representado por un abogado en el proceso concursal.⁷²¹ Sin embargo, la elaboración del plan de pagos podrá no estar encomendada de forma ideal a este profesional o, cuando el deudor no actúe representado por abogado, podrán ser mayores las dificultades para obtención de un plan adecuado. HULS defiende la idea de encontrar profesionales adecuados para desarrollo de tales funciones de elaboración del plan y su presentación a los acreedores. Señala el autor que “la especialización y profesionalización son las palabras claves (...) [estos profesionales] deberán tener conocimientos sobre economía doméstica, desarrollar competencias de negociación y poseer las capacidades sociales necesarias para comprender los problemas de sus clientes”.⁷²² Incluso tratándose el proceso concursal de un proceso judicial, esto no impide la introducción de mecanismos que, procedentes del campo de la resolución alternativa de litigios, puedan mejorar el desarrollo de aquel.

Tomemos como ejemplo lo dicho el art. 592.1 del Anteproyecto del Código del Consumidor de 2006, donde se preveía que, en la elaboración del plan de pagos, el Tribunal fuera coadyuvado por los técnicos del GAPS, cuya creación, como hemos indicado, salía al encuentro de una mayor especialización técnica de los intervinientes en el proceso de insolvencia y se inspiraría en el modelo francés de insolvencia.⁷²³ Dicho proyecto preveía la

⁷²¹Véase el punto 2.1.2 del Capítulo II de este estudio. Recordamos que el valor de la causa que implica la constitución de abogado son 30 000€ El art. 301 CIRE nos dice, además, que en los procesos que se cierran sin que se haga el inventario de bienes, como es el caso de aquellos donde se recurre al plan de pagos, por regla se aplicará el valor arriba indicado, salvo si el activo del deudor fuera inferior (art. 15 CIRE).

⁷²²HULS, N. «Overindebtedness and overlegalization: Consumer Bankruptcy as a Field for Alternative Dispute Resolution», *Journal of Consumer Policy*, núm. 20, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1997, p. 151. Traducción nuestra. El autor añade aun, como competencias fundamentales, el conocimiento sobre el sistema bancario y financiero, a fin de comprender verdaderamente los intereses de los acreedores y la forma como pretenden, habitualmente, satisfacer sus intereses.

⁷²³ Las *comissions de surendettement*, previstas en el art. L-331-6 el Códice de la Consommation francés, tenían como función fundamental la conciliación de las partes teniendo en vista la obtención del plan de pagos. El juez, de acuerdo con el art. L-332-1, caso no existiese oposición, otorgaría fuerza ejecutiva al acuerdo, decidiendo, en caso contrario, de acuerdo con el art. L-332-2. Para mayor desarrollo, véase PICOD, Y. *Code...op. cit.*, p. 437 y ss. Cabe destacar que también en la proposición de ley española de 2003, a que aludimos anteriormente, la competencia para elaboración del plan de pagos no sería repartida entre el Tribunal y los Centros de Arbitraje de Sobreendeudamiento, pero estaría encomendada, según el art. 16.2 de la referida proposición, en exclusivo a

celebración de un proceso judicial, reconociendo además la necesidad de introducir técnicos administrativos especializados que, por abandono de la tramitación legal, no llegaran a ser creados. Cabe añadir, también, que el art. 594 del Anteproyecto permitía además la asistencia al deudor por parte de asociaciones de consumidores legalmente constituidas, o por persona por aquella indicada, solución que fue, a pesar de haber sido introducida para rellenar el lugar de los técnicos administrativos que no fueran creados, adoptada por la Portaria núm. 312/2009.

Dicha Portaria establece que las entidades reconocidas por el Ministerio de Justicia portugués podrán intervenir como mediadoras en la negociación y elaboración de un plan de pagos, pero solo en los casos de existencia de una acción ejecutiva, que permita o su paralización, tratándose de proceso ejecutivo arbitral, o la retirada de la lista pública de ejecuciones, cuando el proceso siga su habitual tramitación judicial. No se comprende, sin embargo, el motivo por el cual el legislador no ha sentido necesidad de ampliar, al proceso de insolvencia, la intervención de tales técnicos que, aun no siendo funcionarios públicos, comportan la experiencia y el *know how* necesarios, en virtud de su trabajo en organismos de apoyo al consumidor sobreendeudado. La específica previsión del plan de pagos en el proceso de insolvencia, sin perjuicio, como vimos, de la necesidad de constitución de un mandatario judicial, sería el campo ideal para la actuación de estas entidades, siempre que el deudor optase por recurrir al proceso concursal en vez de otras formas de solución. Se trata, a nuestro entender, ante la existencia de consagración legal de este mecanismo de apoyo en otras áreas del derecho procesal, de una laguna innecesaria en el proceso concursal, que el legislador podría fácilmente rellenar, contribuyendo a un mejor funcionamiento de esta solución legal.⁷²⁴ Señalamos también que esta solución, aunque evidente, podría, a largo plazo, resultar insuficiente, en virtud de la falta de técnicos o financiación de tales entidades, así como por la localización concreta de aquellas, que no abarca la totalidad del territorio portugués.

Hechas las consideraciones anteriores, hay que mirar convenientemente la previsión legal sobre el contenido, sugerido por la ley, en relación con el plan de pagos.

estos últimos. Esto porque la proposición española se basaría en una primera fase extrajudicial. No siendo posible la obtención de acuerdo, correspondería al tribunal decidir, pudiendo, sin embargo, basarse en el plan de pagos propuesto por la Junta Arbitral (art. 31.1). FRADE, sobre este punto, cuestionaba también el modelo que se pretendería adoptar para la estructura del GAPS, toda vez que, en vez de lo que ocurre en Francia, estos gabinetes no tendrían la función de recibir la propuesta de insolvencia, aconsejar o negociar directamente con los acreedores, sino coadyuvar el juez. Véase FRADE, C. A *Regulação...*, *op. cit.*, p. 600.

⁷²⁴ Véase, para mayor desarrollo sobre las figuras existentes a nivel europeo, LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento...*, *op. cit.*, p. 224 y 225.

El art. 252.1 CIRE establece, bajo una previsión general, que “*el plan de pagos deberá contener una propuesta de satisfacción de los derechos de los acreedores que cautele debidamente los intereses de aquellos, de forma que se alcance la correspondiente aprobación, teniendo en cuenta la situación del deudor*”⁷²⁵. Con esta formulación, el legislador pone de relieve los elementos esenciales del contenido del plan de pagos: una propuesta financiera, concreta, adecuada a las capacidades patrimoniales del deudor y que, fundamentalmente, tenga como objeto satisfacer los intereses de los acreedores, para que estos, si satisfechos, puedan aprobarla. Nos dice MENEZES LEITÃO, que el plan de pagos corresponderá a “una propuesta contractual escrita, debiendo ser formulada por el deudor en términos que permitan obtener el consenso con sus acreedores”⁷²⁶.

Como señalan CARVALHO FERNANDES y LABAREDA, el legislador ha echado mano de dos requisitos fundamentales, uno absoluto y otro relativo. El primero se concreta, según los autores, en la idea de que “las medidas del plan deberán ser tales que aseguren a los acreedores la satisfacción de sus intereses en la medida que los lleve a aceptarlo, por ser, por lo menos, correspondiente a la satisfacción que el seguimiento del proceso de insolvencia, en sus diferentes fases, razonablemente comportaría.”⁷²⁷ Esto significa que el plan de pagos no servirá para satisfacer la totalidad o integridad de las deudas exhibidas por el insolvente en su masa pasiva, sino aquellas que teniendo en cuenta el caso concreto, consigue satisfacer. Este aspecto determinará lo que razonablemente los acreedores pueden esperar, sea cual sea la opción que se tome en el proceso, objetivamente evaluado el estado patrimonial del insolvente, lo que corresponderá, según dichos autores, a un requisito relativo de proporcionalidad.

Así, el deudor no debe proponer un plan irrealizable, materialmente hablando, o desproporcionado a su capacidad patrimonial, que no prevea la satisfacción de los acreedores de forma irreal, so pena no solo de no estar protegiendo sus intereses legalmente garantizados, sino esencialmente arriesgándose al rechazo de su pretensión.

⁷²⁵ Traducción nuestra.

⁷²⁶ MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito...*, op. cit., p. 323.

⁷²⁷ CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op. cit.*, p. 812.

El apartado 2 del art. 252 CIRE señala algunos ejemplos de propuestas que el plan de pagos podrá contener, como *moratorias, perdón de deudas, constitución de garantías, extinción, total o parcial, de garantías reales o privilegios existentes*, así como la indicación temporal de las prestaciones que se propone realizar (o el pago en una única prestación), añadiéndose aun la indicación de las medidas concretas que el deudor pretenda adoptar y que sean susceptibles de mejorar su situación patrimonial, como son, por ejemplo, la alienación de bienes a fin de obtener la liquidez necesaria para el cumplimiento de las obligaciones que se comprometerá a cumplir, a pesar de que la opción por el sistema de plan de pagos pretende, en primera instancia, evitar la liquidación del patrimonio del deudor.⁷²⁸

Observamos, en este caso, que la ley define medidas con incidencia en el pasivo y activo del deudor que podrán ser descritas, evaluadas y moldeadas para que el deudor logre obtener, sin olvidar sus necesidades esenciales (así como las de su familia), un plan que satisfaga, esencialmente, los intereses de sus acreedores. El deudor debe comprender cuáles son las principales dificultades que, en primer lugar, le han llevado al incumplimiento de determinadas obligaciones ante determinados acreedores, pudiendo intentar negociar, aquellas en las cuales tenga mayores dificultades para cumplir, para que los acreedores puedan beneficiarse de un cumplimiento al menos parcial.

Por otro lado, no podremos tampoco olvidar que, en caso de concurso conjunto de deudores casados, el plan de pagos debe contener las medidas que se adecuen al cumplimiento de las deudas que responsabilizan, primariamente, ambos cónyuges, toda vez que hemos señalado que uno de los requisitos del concurso conjunto será la solicitud de evaluación de los acreedores, del propio plan de pagos. Además, se comprende esta previsión legal, toda vez que la propuesta siempre podrá contener, sin crear problemas legales, la utilización de recursos o bienes comunes del matrimonio a fin de poder cumplirse el plan estipulado. Esto es así porque, como sabemos, la insolvencia de uno de los cónyuges no implica la separación automática de bienes, sino que permite al cónyuge no concursado solicitarlo, según el art. 141.1.b) CIRE, lo que podrá plantear dificultades al juez, en relación a la evaluación de un

⁷²⁸ Hay que señalar que uno de los acreedores que puede tener importancia en el particular caso de los deudores consumidores es el Estado, caso estos hayan obtenido ayuda financiera a través de la llamada moratoria de crédito para adquisición de vivienda, como se prevé en el DL 103/2009, de 12 de junio, cuyos efectos se han prolongado hasta el final de 2010, por el DL 14/2010 de 9 de marzo. Esta ley prevé una línea de crédito especial creada por el Estado, que permite la financiación hasta 50% del crédito, siempre que uno de los miembros del agregado familiar esté desempleado desde al menos tres meses, por un período de 24 meses. El régimen de pago, que empezará en el mes siguiente al término del crédito concedido, se encuentra previsto en el art. 5, debe ser tenido en cuenta en cualquier plan de pagos futuro.

plan de pagos propuesto por uno de los cónyuges donde uno de ellos se proponga alienar, por ejemplo, un bien común sin que conste la autorización o la solicitud de separación de bienes del otro.⁷²⁹

Se concluye, por lo tanto, que el deudor debe beneficiarse de un asesoramiento técnico, así como reunir esfuerzos para comprender las posibilidades de aceptación de los acreedores de determinadas medidas, para elaborar un plan que le permita, durante un período de tiempo negociado, lograr obtener éxito en su pretensión. No olvidamos, como afirma MENEZES LEITÃO, que “el deudor solo tendrá que cumplir las obligaciones resultantes del plan de pagos, liberándose de las anteriores”.⁷³⁰

Por otra parte, el deudor podrá, de acuerdo con el art. 252.3, incluir en el plan, créditos controvertidos, reservándose una parte para su eventual cumplimiento, en el caso de que sean reconocidos judicialmente tales créditos, que se añaden a los acreedores reconocidos e indicados en el anexo previsto en el art. 252.5.b) CIRE.

3.4– Tramitación procesal

Una vez entregada la solicitud del plan de pagos en el tribunal competente, la tramitación procesal del incidente incluye una *evaluación inicial del juez*, como se recoge en el art. 255.1 CIRE, *la suspensión de los trámites generales del proceso concursal* (art. 255.1 CIRE), *el emplazamiento de los acreedores* (art. 256 CIRE), *la aceptación del plan de pagos* (art. 257 CIRE) o *la sustitución de tal aceptación por el juez* (art. 258 CIRE) y, finalmente, la *homologación* (art. 259 CIRE). Como veremos, se trata de una tramitación relativamente sencilla y breve, resaltando como elementos beneficiosos fundamentales la suspensión del

⁷²⁹ Esto porque, según la redacción del art. 255.1 CIRE, el juez puede cerrar el incidente de evaluación del plan de pagos si la aprobación del plan de pagos fuera altamente improbable. Imaginando una situación en la cual el deudor concursado propone la alienación o la constitución de garantías sobre un bien común, inmueble, que dependerá de la autorización del otro cónyuge, en virtud del art. 1682-A.1.a) CC portugués, sin que conste tal autorización, se observa la falta de un presupuesto legal que legitime tal proposición. Sin embargo de tratarse de una situación de falta de probabilidad de aprobación, el juez no podrá permitir el análisis del plan, con falta de este requisito legal, ni, de acuerdo con el CIRE, llamar al cónyuge para que requiera la separación de bienes o incluso proponer a los acreedores la demanda al cónyuge sobrante si sobre él también pende una situación de insolvencia y una responsabilidad ante tales acreedores. Se evita tal situación con la declaración conjunta de insolvencia y con la proposición del mismo plan de pagos. Hay que recordar que el Anteproyecto del Código de Consumidor preveía, a fin de resolver este problema, en su art. 600.3, que el cónyuge o la pareja de hecho del deudor debería ser llamada en caso de tramitación de un plan de pagos.

⁷³⁰ MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito...*, op. cit., p. 321.

proceso principal y la posibilidad de que el juez sustituya a la voluntad de parte de los acreedores, a fin de que el plan de pagos pueda ser aprobado.⁷³¹

⁷³¹ Establece el art. 256 CIRE que:

1 - Havendo lugar à suspensão do processo de insolvência, a secretaria extrai ou notifica o devedor para juntar, no prazo de cinco dias, o número de cópias do plano de pagamentos e do resumo do activo necessários para entrega aos credores mencionados em anexo ao plano, consoante tais documentos tenham sido ou não apresentados em suporte digital.

2 - A notificação ao credor requerente da insolvência, se for o caso, e a citação dos demais credores são feitas por carta registada, acompanhada dos documentos referidos no n.º 1, devendo do acto constar a indicação de que:

- a) Dispõem de 10 dias para se pronunciarem, sob pena de se ter por conferida a sua adesão ao plano;
- b) Devem, no mesmo prazo, corrigir as informações relativas aos seus créditos constantes da relação apresentada pelo devedor, sob pena de, em caso de aprovação do plano, se haverem como aceites tais informações e perdoadas quaisquer outras dívidas cuja omissão não seja por esse credor devidamente reportada;

c) Os demais anexos ao plano estão disponíveis para consulta na secretaria do tribunal.

3 - Quando haja sido contestada por algum credor a natureza, montante ou outros elementos do seu crédito tal como configurados pelo devedor, ou aducida a existência de outros créditos de que seja titular, é o devedor notificado para, no prazo máximo de 10 dias, declarar se modifica ou não a relação dos créditos, só ficando abrangidos pelo plano de pagamentos os créditos cuja existência seja reconhecida pelo devedor, e apenas:

- a) Na parte aceite pelo devedor, caso subsista divergência quanto ao montante;
- b) Se for exacta a indicação feita pelo devedor, caso subsista divergência quanto a outros elementos.

4 - Pode ainda ser dada oportunidade ao devedor para modificar o plano de pagamentos, no prazo de cinco dias, quando tal for tido por conveniente em face das observações dos credores ou com vista à obtenção de acordo quanto ao pagamento das dívidas.

5 - As eventuais modificações ou acrescentos a que o devedor proceda nos termos dos n.os 3 e 4 serão notificadas, quando necessário, aos credores para novo pronunciamento quanto à adesão ao plano, entendendo-se que mantêm a sua posição os credores que nada disserem no prazo de 10 dias

Establece el art. 257 CIRE que:

“1 - Se nenhum credor tiver recusado o plano de pagamentos, ou se a aprovação de todos os que se oponham for objecto de suprimento, nos termos do artigo seguinte, o plano é tido por aprovado.

2 - Entende-se que se opõem ao plano de pagamentos:

- a) Os credores que o tenham recusado expressamente;
- b) Os credores que, por forma não aceite pelo devedor, tenham contestado a natureza, montante ou outros elementos dos seus créditos relacionados pelo devedor, ou aducido a existência de outros créditos.

3 - Não são abrangidos pelo plano de pagamentos os créditos que não hajam sido relacionados pelo devedor, ou em relação aos quais não tenha sido possível ouvir os respectivos titulares, por acto que não lhes seja imputável.”

Recibido el plan de pagos y sus anexos por el juez, indica el art. 255.1 y 2 CIRE que el primer juicio que este debe realizar, además de comprobar si se cumplen los requisitos legales (no cumpliéndose, puede el tribunal, de acuerdo con el art. 254.8 conceder un plazo para entrega de los elementos en falta), será sobre la posibilidad o no de aprobación del plan por parte de los acreedores.

En caso de que se considere, objetivamente, que es, en los términos de la ley, *altamente improbable*, que el plan vaya a merecer la aprobación de los acreedores, el juez declara cerrado el incidente del plan de pagos, sin posibilidad de recurso por parte del deudor, reiniciando el proceso de insolvencia su tramitación normal, siendo de inmediato declarada la insolvencia (art. 255.2 CIRE).

Establece el art. 258 CIRE que:

“1 - Se o plano de pagamentos tiver sido aceite por credores cujos créditos representem mais de dois terços do valor total dos créditos relacionados pelo devedor, pode o tribunal, a requerimento de algum desses credores ou do devedor, suprir a aprovação dos demais credores, sempre que:

a) Para nenhum dos oponentes decorra do plano uma desvantagem económica superior à que, mantendo-se idênticas as circunstâncias do devedor, resultaria do prosseguimento do processo de insolvência, com liquidação da massa insolvente e exoneração do passivo restante, caso esta tenha sido solicitada pelo devedor em condições de ser concedida;

b) Os oponentes não sejam objecto de um tratamento discriminatório injustificado;

c) Os oponentes não suscitem dúvidas legítimas quanto à veracidade ou completude da relação de créditos apresentada pelo devedor, com reflexos na adequação do tratamento que lhes é dispensado.

2 - A apreciação da oposição fundada na alínea c) do número anterior não envolve decisão sobre a efectiva existência, natureza, montante e demais características dos créditos controvertidos.

3 - Pode ser sempre suprida pelo tribunal a aprovação do credor que se haja limitado a impugnar a identificação do crédito, sem adiantar quaisquer elementos respeitantes à sua configuração.

4 - Não cabe recurso da decisão que indefira o pedido de suprimento da aprovação de qualquer credor.”

Establece el art. 259 CIRE que:

“1 - O juiz homologa o plano de pagamentos aprovado nos termos dos artigos anteriores por meio de sentença, e, após o seu trânsito em julgado, declara igualmente a insolvência do devedor no processo principal; da sentença de declaração de insolvência constam apenas as menções referidas nas alíneas a) e b) do artigo 36.º, sendo aplicável o disposto na alínea a) do n.º 7 do artigo 39.º

2 - Ambas as sentenças são notificadas apenas aos credores constantes da relação fornecida pelo devedor.

3 - Só podem recorrer da sentença de homologação do plano de pagamentos ou reagir contra a sentença de declaração de insolvência proferida nos termos do n.º 1, por via de recurso ou da oposição de embargos, os credores cuja aprovação haja sido suprida; a revogação desta última sentença implica também a ineficácia do plano.

4 - O trânsito em julgado das sentenças de homologação do plano de pagamentos e de declaração da insolvência determina o encerramento do processo de insolvência.

5 - As referidas sentenças e a decisão de encerramento do processo proferida nos termos do número anterior não são objecto de qualquer publicidade ou registo.”

A fin de concretar la vaguedad de los términos del legislador, CARVALHO FERNANDES y LABAREDA afirman que

El juez deberá ponerse en el lugar de los acreedores y evaluar los términos según los cuales el plan tutela los intereses de aquellos. Sin embargo, como se trata de un juicio intermedio, no basta, para determinar el cierre del incidente, que tal interés *no sea debidamente cautelado*; es necesario que la satisfacción de tal interés sea poco significativa, o tan escasa, que un deudor *normal*, medianamente celoso de su interés, en las circunstancias del caso (...) prefiera correr los riesgos del proceso de insolvencia a aprobar el plan”.⁷³²

Basándose en tales consideraciones, valoradas en conjunto según la información sobre el patrimonio disponible del deudor, así como en las eventuales contrapropuestas de los acreedores (art. 256.2.a) CIRE), el juez deberá tomar su decisión sobre la recuperación de los trámites normales del proceso, que podrá continuar con la liquidación del patrimonio o la opción por la exoneración del pasivo restante. Los intereses que, en primera instancia, deberán ser considerados son, como sabemos, los de los acreedores.

Si el juez decide la continuación del incidente del plan de pagos, se determina de inmediato la *suspensión* del proceso principal, como nos dice el art. 255.1 CIRE, *in fine*, sin perjuicio de la adopción de medidas cautelares (art. 255.3 y 31 CIRE. Este es precisamente uno de los puntos positivos de la opción por el plan de pagos, a saber, la suspensión y el eventual éxito de la obtención de la aprobación del plan permiten al deudor obtener una solución bastante rápida para su insolvencia, evitando además los costes del nombramiento del administrador concursal, y los efectos necesarios provocados por la declaración de insolvencia.

El juez deberá, a continuación, proceder al emplazamiento de los acreedores (o notificación de aquél que ha demandado el deudor), de acuerdo con lo descrito en el art. 256 CIRE. Con tal emplazamiento se inicia verdaderamente la fase de negociación que caracteriza el plan de pagos, toda vez que los acreedores podrán pronunciarse sobre el contenido del plan, así como el deudor readaptar el mismo a tales sugerencias.

Compete a la secretaria del tribunal, de acuerdo con el art. 256.1 CIRE, extraer (en caso de entrega en soporte digital – art. 252.7 CIRE), o notificar al deudor para que, en el plazo de cinco días, entregue las copias del plan de pagos y del resumen de su activo necesarias para proceder al emplazamiento de la totalidad de los acreedores mencionados. Tal emplazamiento

⁷³² CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...op. cit.*, p. 819.

se hace por correo certificado, como se indica en el apartado 2 del art. 256 CIRE, y se acompaña de los documentos arriba indicados, conteniendo además las indicaciones previstas en los párrafos a), b) y c) del mismo apartado, que imponen que se comunique a los acreedores que disponen de *10 días para que puedan pronunciarse sobre el contenido del plan, so pena de, valiendo su silencio, considerarse que se suman a la propuesta del deudor*; los acreedores deberán también, so pena de tomarse como verdadera la información aportada por el deudor y, consecuentemente, pudiera ser reducido el *quantum* debido, corregir cualquiera de los errores en sus créditos⁷³³. Por último, se informa que todos los anexos al plan de pagos están disponibles para consulta en el tribunal. Además, VIEIRA señala que los acreedores emplazados deberán, cuando sus créditos no consten en la relación añadida por el deudor, reclamarlos en un plazo de 10 días, so pena de verdadera extinción de la obligación.⁷³⁴

Sin embargo, se prevé la posibilidad de oposición en el art. 257.2, ya que tal se manifiesta siempre que el acreedor rechace expresamente el plan (párrafo a), o cuando, en la parte no aceptada por el deudor, haya rebatido las características por aquel indicadas sobre su crédito o indicado nuevos créditos. El rechazo, puede fundamentarse, pero la ley no lo exige expresamente. En caso de oposición total, o sea, cuando todos los acreedores lo hayan rechazado, se considera, sin perjuicio de la posibilidad de modificación dada al deudor (art. 256.4 CIRE, con la primera propuesta), que el plan fue rechazado definitivamente.

Se pretende, así, agilizar la tramitación de plan de pagos, siempre buscando, mediante la evaluación de la solicitud del deudor (art. 27.1.a) CIRE), que la situación de insolvencia se verifique efectivamente. De esta forma, se informa a los acreedores sobre la existencia, montante y características de sus créditos, para presentar contrapropuestas o modificaciones al plan de pagos, rechazar el plan o, si no se han pronunciado en el plazo arriba indicado, aprobar tácitamente el plan de pagos presentado.

⁷³³Si los acreedores rebaten los datos presentados por el deudor, o incluyen nuevos créditos, nos dice el art. 256.3 que se notifica al deudor para que, en un plazo máximo de diez días, declare si modifica o mantiene la relación de los créditos, quedando abarcados por el plan de pagos solo los créditos indicados por el deudor y solamente, en la parte aceptada por el deudor, caso persistan diferencias sobre el montante del crédito (párrafo a) y, en relación con otros elementos, si la indicación del deudor se toma como exacta (párrafo b).

⁷³⁴VIEIRA, J.A. «Insolvência ...», *Estudos em Memória ...*, op. cit., p. 260.

El deudor podrá, ante las propuestas presentadas por los acreedores, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 256.4 CIRE, modificar el plan inicialmente presentado, en un plazo de cinco días, tanto para adecuarlo a las propuestas presentadas por los acreedores, como, existiendo rechazos, para intentar llegar a un acuerdo con aquellos.⁷³⁵ En este caso, el tribunal notifica a los acreedores, de acuerdo con el apartado 5 del art. 256, las modificaciones (y el pronunciamiento del deudor sobre los montantes o existencia de nuevos créditos), para que se pronuncien sobre el nuevo plan, considerándose aquel aprobado si nada se manifiesta en diez días. Esta modificación, como se observa, se concede por una única vez.

De acuerdo con el art. 257.3 CIRE, quedan excluidos del plan de pagos que se apruebe, los acreedores no indicados por el deudor o en relación a los cuales no haya sido posible confrontar a los correspondientes titulares, por acto que no les sea imputable,⁷³⁶ por lo que podrán demandar al deudor por separado.

Observamos pues, que no existe una junta de acreedores convocada para debatir el plan de pagos, al revés de lo que ocurre con la exoneración del pasivo restante (art. 309 CIRE). Este hecho, que puede pesar contra el deudor, que no se beneficiará de la capacidad de negociación de su representante legal, en sesión presencial convocada para efectos de conclusión del plan, hace que sea más acuciante la necesidad de un buen apoyo jurídico/financiero para la elaboración del plan de pagos que, como hemos observado, no será la ideal, dado lo previsto por el CIRE.

El rechazo del plan de pagos, que se producirá cuando todos los acreedores lo hagan expresamente, o por lo menos un número que represente menos del 2/3 del valor total de los créditos relacionados por el deudor (art. 257 y 258 CIRE, *a contrario*), lo que no permitirá operar la sustitución que analizaremos enseguida, llevará a que termine la suspensión indicada en el art. 255.1 CIRE y, de acuerdo con los artículos 262, 36 o 39 CIRE, el proceso de insolvencia continúe inmediatamente, con el reinicio de sus normales trámites, declarándose inmediatamente la insolvencia. En este caso, el deudor puede valerse, como se prevé en el art. 254 CIRE, del mecanismo de la exoneración del pasivo restante, o procederse a la liquidación

⁷³⁵En el silencio de la ley, competirá al juez, de acuerdo con los poderes establecidos en el art. 258, notificar a tal acreedor. Véase, CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...*, *op. cit.*, p. 823.

⁷³⁶Si la falta de audición se debe a hecho imputable al deudor, los correspondientes créditos quedan fuera del plan de pagos. En caso de que no sean los acreedores oídos por hecho que se les imputa, considerase que hubo adhesión, de acuerdo con el art. 256.2.a). Véase CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...*, *op. cit.*, p. 825.

de sus bienes, cuando el proceso haya de continuar (lo que no ocurre en el ámbito del art. 39, donde se concluye por la insuficiencia de la masa pasiva – que se presume cuando inferior a 5000€ como se observa en apartado 9 del dicho artículo).

3.5. – Aceptación y sustitución de la aceptación de los acreedores

El art. 257.1 CIRE establece dos formas de *aprobación/aceptación* del plan de pagos. La primera se produce cuando ningún acreedor ha rechazado el plan de pagos. La segunda tiene lugar cuando el juez, echando mano del mecanismo contenido en el art. 258, sustituyendo los acreedores que hayan manifestado su oposición, en determinadas circunstancias, da paso tal aceptación.

Observamos, a través de la lectura del art. 257.1 CIRE, que el plan de pagos debe ser aprobado por *unanimidad*, por todos los acreedores afectados, a fin de que proceda, lo que cumple el primer supuesto. Sin embargo, el legislador ha contemplado, para premiar los esfuerzos del deudor y garantizar el éxito del proceso de insolvencia que se ha desarrollado, un mecanismo que permite al juez sustituir a una parte de los acreedores que se han opuesto, logrando el deudor la aprobación de su plan.

Como nos dice SERRA, “aquí, el juez es titular del *cram down power*, o sea, el poder de imponer una solución alternativa al proceso de insolvencia cuando una o más clases de acreedores se le opongan”.⁷³⁷ Opera, por lo tanto, la sustitución a que alude el epígrafe de dicho artículo. Esta sustitución no es, sin embargo, libre, pues está sujeta a criterios o requisitos legales previos, tanto de orden formal, como material.

Los *requisitos formales* se encuentran plasmados en el art. 258.1 CIRE, que nos dice que la utilización de este mecanismo se encuentra pendiente de un impulso procesal, o sea, el juez no posee oficiosamente el poder de sustituir los acreedores que se opongan al plan. Tal impulso corresponderá a cualquier acreedor que haya aprobado el plan (expresa o tácitamente), así como al deudor, siempre que el referido plan de pagos haya sido aprobado por 2/3 de los

⁷³⁷SERRA, C. *O Novo Regime...*, *op. cit.*, p. 148. Como indica la autora, este mecanismo deriva del derecho estadounidense, en primera instancia (véase, por ejemplo, el art. §1325 del *Bankruptcy Act* sobre confirmación por el juez del plan de pagos) habiendo el legislador portugués buscado su inspiración en el párrafo §309 de la *InSo*.

acreedores, ante el total de créditos reconocido por el deudor. La aprobación por valores inferiores equivale a un rechazo de lo propuesto.

Cumplíendose los dos presupuestos arriba, hay que prestar atención a los párrafos de dicho artículo, que establecen los *requisitos materiales*, que se envían a la consideración, requerida por el impulso procesal antedicho, del juez. Tales requisitos son, por lo tanto, acumulativos.

El primero nos dice que la sustitución de la manifestación de voluntad de los acreedores, que se han pronunciado sobre el plan, en sentido negativo, puede producirse cuando se considere que, para ninguno de ellos se observa una desventaja económica superior a la que, manteniéndose las circunstancias del deudor, resultaría del seguimiento del proceso de insolvencia, recurriendo a cualquier otra de las soluciones posibles, la liquidación o la exoneración del pasivo restante (art. 156 y ss. y art. 235 y ss. CIRE).

De acuerdo con este primer requisito, el juez deberá analizar el patrimonio del deudor tal como se recoge en los documentos anexos al escrito de solicitud (art. 24 CIRE), cuando el concurso sea iniciado por el deudor, pero esencialmente en los anexos al plan de pagos (art. 252.5.b) CIRE), para determinar, con algún grado de incertidumbre, es cierto, si existe previsión de modificación de las circunstancias del deudor. Manteniéndose estas, el juez deberá evaluar si la aceptación forzosa del plan de pagos impuesta a estos acreedores les conllevaría una desventaja económica relativamente al seguimiento del proceso de insolvencia, apuradas, como vimos arriba, las posibilidades de venta de bienes (así como su valor estimado) y siendo constantes las capacidades de pago del deudor. En el caso de que el plan de pagos sea la mejor opción, por observarse ventajas económicas, o sea una opción al menos equivalente, podrá el tribunal optar por la sustitución. Esta segunda hipótesis deriva del hecho de que el plan de pagos deja sin tocar al patrimonio del deudor, e implica un menor constreñimiento, en virtud de no observarse los efectos de la declaración de insolvencia que derivarían de cualquier otra de las soluciones. Por otro lado, el plan de pagos es una respuesta más rápida y con menores costes, como hemos señalado antes.

Sin embargo, este criterio no está exento de críticas y, como afirman CARVALHO FERNANDES y LABAREDA “el CIRE reserva una tarea bien espinosa al juez, no solo por

conllevar un juicio de prognosis siempre complejo, sino sobre todo por la falibilidad de los elementos de que para ello dispone”.⁷³⁸

El segundo criterio, hecha la contraposición entre las diferentes soluciones posibles en el proceso concreto, respecta al contenido de la propuesta relativo a los acreedores, diciendo la ley que los acreedores que se han opuesto al plan no podrán ser objeto de un tratamiento discriminatorio injustificado, en lo que respecta a moratorias, perdones, formas y plazos de pago, u otros, en comparación con idénticos créditos, o sea, teniendo en cuenta la clasificación del art. 47.4 CIRE, dentro de la misma categoría. Eso, probablemente, sería incluso el motivo que los condujo al rechazo del plan, por lo que el juez no puede imponerles un resultado que no obtendrían con el seguimiento del proceso.

Por último, el párrafo c) del art. 258.1 CIRE conlleva que no podrá darse la sustitución judicial de la aprobación de los acreedores oponentes cuando estos hayan suscitado dudas legítimas sobre la veracidad de la relación de créditos presentada por el deudor y que tal se refleje en la forma como son tratados por el contenido de la propuesta de plan de pagos. Este criterio, al contrario de lo que ocurría con el primero, que protegía ambas partes en confrontación, está pensado para proteger el interés de los acreedores, correspondiendo al juez, ante los elementos de que disponga, evaluar la legitimidad de tales dudas. Por ese motivo, los apartados 2 y 3 del dicho artículo indican que la evaluación sobre la veracidad no debe, por un lado, relacionarse exclusivamente con cuestiones sobre la existencia, naturaleza o características de los créditos alegados, que no competirá discutir aquí (véase art. 256 CIRE); por otro lado, cuando el acreedor se limite a impugnar la identificación de su crédito, el juez podrá siempre sustituirse a su voluntad.⁷³⁹

Por último, queda claro, según el art. 258.4 CIRE, que no se permite la impugnación de la decisión que rechace la solicitud de sustitución, toda vez que el juicio de prognosis del juez siempre será soberano, ya que se fundamentará en los requisitos que acabamos de exponer. La

⁷³⁸ CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...*, *op. cit.*, p. 827.

⁷³⁹ A pesar de la inspiración del CIRE en el párrafo §309 *InSo*, se hicieran algunas modificaciones sustanciales, particularmente en lo relativo al requisito del número de acreedores, que en Alemania se cifra en mitad de los acreedores, siempre que representen más de mitad del valor total de los créditos indicados por el deudor (doble criterio). Pero la principal diferencia, que entendemos que debería haber sido también traducida a la realidad de la ley portuguesa es la necesidad de que el juez escuche al acreedor, antes de tomar una decisión. Se permite también el inmediato recurso de la parte que ha requerido el suplimento y del acreedor cuya declaración puede ser suplida.

rápida tramitación del proceso de insolvencia que se pretende con esta solución no se compaginaría, por este motivo, con la eventual posibilidad de recurso, toda que la fundamentación de tal rechazo se deberá dejar clara.

Se concluye por lo tanto que, no habiendo pérdidas patrimoniales relevantes para los acreedores, este mecanismo de desbloqueo es una medida esencial para permitir al deudor obtener una solución rápida de la situación de insolvencia que le afecta (toda vez que no tendrá que negociar individualmente con cada acreedor, no beneficiando los acreedores más flexibles del resultado, en detrimento de los restantes, así como conservando, caso exista o no pretenda disponer de ello, su patrimonio).

3.6 - Homologación del plan y declaración de insolvencia del deudor

Aprobado el plan de pagos, por alguna de las vías indicadas, compete al juez su *homologación*, tal como indica el art. 259.1 CIRE, que otorgará fuerza judicial a su ejecución. La homologación será notificada solo a los acreedores afectados, indica el art. 259.2 CIRE.

La homologación del plan permite al deudor esforzarse en el cumplimiento de un conjunto de obligaciones que vienen a sustituir las antes existentes, como nos dice MENEZES LEITÃO que indica además un efecto positivo de este mecanismo. Defendiendo la aplicación analógica del art. 88.1 CIRE, el autor señala que se suspenderán todas las ejecuciones pendientes relacionadas con deudas incluidas en el plan de pagos, a pesar de lo que se prevé en el art. 261 CIRE.⁷⁴⁰ Tal contribuye para la tranquilidad del deudor, que deberá preocuparse por el cumplimiento riguroso del plan acordado.

La segunda consecuencia de la homologación del plan será la declaración de insolvencia del deudor, como señala el art. 259.1 2.ª parte CIRE. Hemos dicho que, con la aprobación de un plan de pagos, el deudor evita los efectos nefastos de la declaración de insolvencia (art. 39.7.a) CIRE, por remisión del art. 259.1 2.ª parte CIRE), pero no la declaración en sí misma. Sin embargo, tal como indica dicho artículo, la sentencia, que se recoge en el art. 36 CIRE, solo contendrá la fecha y hora de la lectura, así como la identificación del deudor, con

⁷⁴⁰ MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito...*, op. cit., p. 331-332.

indicación de su residencia. Tal sentencia se notifica, de acuerdo con el art. 259.2 CIRE, solo a los acreedores incluidos en el plan de pagos, como sucede con la homologación. Hay que añadir, también, que la sentencia no se publica ni registra, de acuerdo el apartado 6 del art. 259 CIRE lo que no solo está de acuerdo con la no producción de efectos que deriva de la ley, como reduce el impacto psicológico y social que el conocimiento público de la situación de insolvencia conllevaría al deudor.

En conclusión, no habrá suspensión de las facultades de administración y disposición (ni consecuente nombramiento de la administración concursal), y no se calificará la insolvencia, consecuencias positivas de la adopción del plan de pagos, que no existen en cualquier otra de las soluciones legales presentes en la ley portuguesa. Esto porque el proceso principal, que se encontraba suspenso, culminará con este tipo de sentencia.

Con respecto a los efectos posteriores a estos dos momentos procesales, nos dice el art. 259.3 CIRE que los acreedores cuya aprobación haya sido sustituida (si los hubiera), podrán impugnar tanto la homologación del plan, como la declaración de insolvencia. En el segundo caso, la revocación de la sentencia que declare la insolvencia implica además la ineficacia del plan. Sobre esta solución se pronuncian en sentido negativo CARVALHO FERNANDES y LABAREDA toda vez que, según estos autores, no tiene sentido que los acreedores puedan, por ejemplo, recurrir la homologación, ser derrotados y recurrir de nuevo la sentencia de declaración, siendo preferible que se mantuviese solo la posibilidad de recurso con la consecuente ineficacia del plan en caso de procedencia.⁷⁴¹

Por último, como nos indica el art. 259.4 CIRE, el tránsito en juzgado de ambas sentencias, la de homologación del plan y de declaración de insolvencia, implica la conclusión del proceso (causa que no consta en la previsión de conclusión del proceso de insolvencia regular del art. 230 CIRE). El deudor queda obligado al cumplimiento integral de lo acordado, so pena de aplicación de lo previsto en los artículos 260 y 261 CIRE, como veremos enseguida, o sea, la proposición, contra él, de un nuevo proceso de insolvencia, por los mismos acreedores.

⁷⁴¹ CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código...*, *op. cit.*, p. 831. Los autores señalan, sin embargo, que estará vedado el segundo recurso si los fundamentos son los mismos, toda vez que se considerará caso juzgado sustantivo.

Recordamos que todos los acreedores que queden fuera de la relación utilizada para delimitar las responsabilidades por medio del plan de pagos podrán, sin limitaciones impuestas por este accidente, recurrir a cualquier modo de depurar la responsabilidad del deudor, sea a través de demanda insolvencial o ejecutiva (art. 261.1.c) CIRE). Con idéntico propósito, según los apartados 2 y 3 del art. 261 CIRE, prevé la ley que, no se suspenda el proceso de insolvencia instaurado por acreedores cuyos créditos no estén incluidos en la relación arriba indicada, así como que no se prohíba la instauración de un nuevo proceso por acreedores indicados por el deudor, manteniéndose la contienda, referida en el art. 256.3 CIRE, sobre la naturaleza y montante de tal crédito pero, en este último caso, no se declarará la insolvencia cuando el acreedor no logre probar la incorrección alegada. Los acreedores que comprueben que su crédito tendría características más favorables que las referenciadas por el deudor podrán instaurar nuevo proceso de insolvencia, como se indica en el art. 261.1.b), así como los que, como señalamos más arriba, posean otros créditos que excedan los relacionados y que no se tengan por perdonados.

En relación con este último aspecto, a fin de no quedar desprotegido, conviene al deudor que su relación de créditos sea rigurosa, para que no haya de enfrentar nuevos procesos relativos a deudas pendientes y ajenas a la negociación del plan de pagos. Por otro lado, también nos dice VIEIRA que, a pesar de no quedar claro por la redacción del CIRE, las dificultades para compatibilización de varios procesos de insolvencia podrán significar, en la práctica, que el plan de pagos homologado en uno de ellos pueda cesar su eficacia se a ello se opone el resultado de otro de los procesos abiertos contra el mismo deudor.⁷⁴²

Por último, el incumplimiento del plan de pagos acordado está expresamente previsto en el art. 261.1.a) CIRE, que nos dice que los acreedores, podrán iniciar un nuevo proceso de insolvencia contra el deudor.

3.7 – Relevancia del plan de pagos en el proceso concursal

Hemos presentado, en las últimas páginas, un breve análisis de una de las soluciones normativas dibujadas por el legislador portugués para la conclusión del proceso, reservada a la insolvencia de consumidores o pequeños empresarios que, como sabemos, pretende ser esencialmente sencilla y menos costosa, tanto en términos de tiempo, como monetarios. Estos

⁷⁴² VIEIRA, J.A. «Insolvência...», *Estudos em Memória...*, op. cit., p. 272.

son, por lo tanto, motivos que han llevado al legislador a derogar el principio de unidad del sistema, haciéndolo más accesible a este tipo de deudores y permitiéndoles, por esta vía, considerar la insolvencia como una opción válida para solucionar el estado patrimonial negativo que les afecta. Es, precisamente esta “especialización” del proceso, que permite tornar el proceso concursal verdaderamente accesible a todo tipo de deudores.

Por otra parte, el legislador portugués que, como sabemos, se inspira en gran medida en la *InSo*, ha optado por distinguir, dentro de las soluciones de negociación, el tratamiento a dar a los diferentes tipos de deudores, o sea, separándolos en empresarios y no empresarios. Esto porque, como hemos también indicado, el plan de pagos es distinto del plan de insolvencia, ya que a los deudores consumidores se impide incluso al acceso a esta solución. La distinción aludida pretende afectar no solo a la diferente forma de tramitación, toda vez que el plan de pagos se tramita por incidente procesal, suspendiéndose el proceso de insolvencia principal, mientras que eso no ocurre con el plan de insolvencia, sino esencialmente a los propósitos del legislador que, a pesar de prever para el plan variados propósitos, basados en la primacía de la voluntad de los acreedores (véase el considerando 6 del preámbulo del CIRE y el propio art. 192 CIRE, que enumera los objetivos del plan de insolvencia), permite que la empresa sea recuperada con base en este mecanismo.

Así, a pesar de la flexibilidad que se observaría en el plan de insolvencia, pudiendo este aplicarse también a los deudores no empresarios, la creación de un mecanismo propio, que se basa principalmente en la fórmula de pagos que el deudor consumidor debe emplear para cumplir las obligaciones contraídas, y con providencias que pueden reducir o alterar su pasivo, es de aplaudir, por los distintos objetivos marcados por el legislador para estas dos soluciones normativas.

Por otra parte, dentro del esquema procesal creado para acudir a la insolvencia de los consumidores, el plan de pagos tiene, en la práctica, una menor relevancia que la exoneración del pasivo restante. Buscando en la jurisprudencia de los tribunales judiciales⁷⁴³, observamos que los insolventes consumidores optan, mayoritariamente, por la exoneración del pasivo restante, convirtiendo el plan de pagos en residual e irrelevante.

⁷⁴³Véase la publicidad de la insolvencia en <http://www.citius.mj.pt/Portal/consultas/ConsultasCire.aspx>, consultado por la última vez el 20 de marzo de 2011.

Hemos puesto de relieve, en nuestro análisis, las ventajas que el plan de pagos puede conllevar para el deudor, pero comprendemos que pueda no parecer la mejor solución para quien recurre al proceso de insolvencia, que preferirá, por ejemplo, quedar exento de cumplir sus deudas restantes superado el periodo, como veremos, de cesión de rentas. Pero, como hemos visto, si el plan de pagos obtuviera buenos resultados, existiendo el perdón de deudas y las moratorias, eso podría conducir al mismo resultado, sin que se observasen los efectos nefastos de la declaración de insolvencia o permitir, en el caso de que el plan de pagos tuviera menor duración, una solución más rápida para la insolvencia del deudor. Sin embargo, comprendemos que, la falta de información a que hicimos referencia, la falta de preparación técnica de los intervinientes, y el mayor impacto psicológico que la exoneración del pasivo restante puede provocar en el deudor (la obtención del “perdón” como propósito de aquella), harán que la solución más buscada sea precisamente aquella. Por otro lado, no será posible determinar, en los casos en los que se apruebe la exoneración, si el deudor llegó a solicitar el plan de pagos, pero no le fue concedido, visto que la publicidad de la insolvencia tampoco lo indica.

No podemos olvidar otros dos factores: por una parte, el momento en el cual el deudor recurre al proceso de insolvencia. En segundo, la concurrencia que presenta el plan de pagos con soluciones extrajudiciales.

Sobre el primer factor, el deudor puede llegar al proceso de insolvencia con una incapacidad de negociar en virtud del avanzado déficit de su activo, de cual no pretende, por ejemplo, disponer, o debilitado en términos de ingresos ordinarios (en virtud de desempleo, por ejemplo), lo que podrá dificultar la aceptación de los acreedores – la falta de un apoyo especializado como hemos indicado, puede también contribuir a una mayor facilidad de su representante legal en aconsejarle la solicitud de exoneración.

El segundo factor tiene que ver con, en primer lugar, el hecho de que el deudor pueda haber recurrido con anterioridad a una solución de negociación extrajudicial con parte o totalidad de sus acreedores, tanto por negociación particular y directa, como recurriendo a un servicio de apoyo al consumidor. El incumplimiento de tal plan de pagos acordado extrajudicialmente y el consecuente recurso al proceso de insolvencia podrá eclipsar la posibilidad del deudor de optar por esta solución específica. Otra de las dificultades, como hemos indicado, es el hecho

de que la ley concursal no permite el traslado del contenido de estos planes de pago aprobados extrajudicialmente al propio proceso, lo que podría ser ventajoso en caso de que no fuera necesaria la aprobación de los acreedores en él presentes, lo que podría facilitar la adhesión de los restantes, cuando se observen los requisitos legales. Como indicamos, la propia *InSo* prevé que la utilización del plan de pagos solo se permitirá cuando no se logre la aprobación de un plan de pagos extrajudicial (párrafo §308).⁷⁴⁴

En segundo lugar, la existencia de la posibilidad de negociación en el proceso ejecutivo, con base en la Portaria núm. 312/2009, podrá tener los mismos efectos que hemos descrito más arriba, haciendo que el deudor, cuando recurra al proceso de insolvencia, no opte por la solución del plan de pagos.

Además, afirmamos que, independientemente de estos mecanismos previos, que siempre deberán tomarse en consideración cuando el deudor a ellos haya recurrido, el plan de pagos mantiene su importancia, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de sustitución de la voluntad de los acreedores por el juez (art. 258 CIRE), que, como hemos indicado, refuerza la seguridad del deudor de encontrar un plan de pagos ventajoso para ambas partes, sin permitir que parte de los acreedores bloquee, sin razón económica atendible, el plan presentado.

A pesar de lo expuesto, consideramos el plan de pagos y, especialmente el plan de pagos específico, nacido de un mecanismo específico previsto en la ley y no derivado de un mecanismo general, como es el convenio de la LC, importante en cuanto fórmula resolutoria de la insolvencia de los consumidores. Incluso con las deficiencias apuntadas antes (de las cuales destaca, en primera instancia, por ejemplo, el Anteproyecto del Código del Consumidor, la falta de apoyo técnico especializado), creemos que los beneficios del plan de pagos, si el proceso de insolvencia fuera utilizado con brevedad desde la verificación de aquella, justifican su presencia en la LC.

Añadimos también que el plan de pagos contenido en la ley portuguesa, una vez abandonado el Anteproyecto del Código del Consumidor y no existiendo previsión de otras normas con idéntico contenido, beneficiaría de la introducción de la posibilidad de recurrir gratuitamente

⁷⁴⁴Recordamos la posibilidad, ante la LC, de este tipo de acuerdos se contemplen como contenido de la propuesta anticipada de convenio.

al apoyo de técnicos especializados en la elaboración del plan de pagos, a semejanza de lo que se ha previsto para las acciones ejecutivas. La unión de elementos típicamente relacionados con la defensa del derecho al consumo, al proceso insolvencial, solo mejoraría las condiciones de acceso de los consumidores a aquel, toda vez que no choca con el principio básico de la protección de los intereses de los acreedores.

Por otro lado, pensamos habría que ponderar la introducción, en la ley vigente, de un precepto cuyo contenido tradujese el contenido del art. 646 de dicho Anteproyecto, que indica que, cuando la vivienda familiar sea vendida, como medida contenida en el plan de pagos, para resarcir al correspondiente acreedor hipotecario, el tribunal podría decidir la reducción o perdón del remanente de la deuda, si el valor obtenido no fuese suficiente para extinguir la obligación, siempre que ese valor sea inferior al precio practicado en el mercado (apartado 1). Esta medida se aplicaría, incluso, en los casos en los cuales dicha vivienda hubiese sido vendida en el año anterior al inicio del proceso (y también cuando la venta hubiera sido acordada entre deudor y acreedor – apartados 3 y 4).

Esta solución obviaría sin duda, en la coyuntura económica actual, el grave problema que afecta los deudores consumidores, causado por una acentuada caída de los precios de las viviendas, a lo que se añade las dificultades para obtención de crédito hipotecario (lo que paraliza el mercado inmobiliario), que consiste en que el valor de su bien no es suficiente para cubrir la deuda bancaria. Esta solución legal permitiría al deudor un respiro con respecto a las cuantías aun en deuda, permitiéndole encaminar las cuantías así disponibles al pago de otras deudas o, especialmente, para reiniciar el camino hacia el equilibrio económico. Se trata de una importante medida, de cariz protector del deudor, que podría constar en el marco legal de la ley de insolvencia, ya que la decisión sobre tal reducción recae en el juez, sin que sea necesaria la aceptación de los acreedores.

Nos inclinamos, pues, por la defensa de la importancia del plan de pagos en el proceso de insolvencia, por su mayor adaptabilidad a la insolvencia de los consumidores, debido a dos factores esenciales: en primer lugar, el plan de pagos se adapta al concurso de consumidores por permitir que el proceso sea rápido, sencillo y que no se produzcan los efectos nefastos de la normal declaración de insolvencia.

El hecho de que el plan de pagos sea accesible también a los deudores casados, siendo trazado en conjunto, refuerza aún más su importancia (art. 264.4.b) CIRE).

Por otra parte, la posibilidad de introducir en la ley elementos que permitan tornar efectivo el apoyo especializado a que aludimos, permitiría también poner de relieve el aspecto reeducativo del plan de pagos, toda vez que permitiría no solo un constante acompañamiento sino, particularmente, el asesoramiento financiero para que a través del cumplimiento del plan de pagos, se potenciase la prevención para que una nueva situación de endeudamiento no volviera a ocurrir. Dejando el plan de pagos solo como un instrumento concursal, huérfano de matices procedentes del Derecho de Consumo, no se alcanza el propósito de proteger equilibradamente tanto los intereses de los acreedores, como del consumidor.⁷⁴⁵

⁷⁴⁵ Señala SOARES GOMES que la existencia del órgano de apoyo extrajudicial no solo permite concretizar la efectiva reeducación financiera del deudor, sino tratar globalmente el problema, diferenciando entre los varios tipos de deudores (informados, relapsos, incautos), así como obtener la llamada socialización del riesgo. SOARES GOMES, M T. «Do Sobreendividamento...», *Sub Judice*, núm. 24, *op. cit.*, pp. 37-38.

II – La liquidación

1- Consideraciones generales

El concurso de acreedores puede tener, como final, la liquidación del patrimonio del deudor. En estos casos, la opción de las partes es sencilla, toda vez que se pone al servicio del pago de las deudas calculadas en la masa pasiva, la venta de los bienes del deudor, que integran aquello que se designa por masa activa. Como nos dice TIRADO, la masa activa surge cuando una “masa de bienes perteneciente al patrimonio personal de un sujeto se «independiza» por quedar jurídicamente vinculada a una finalidad específica”.⁷⁴⁶

Esta situación ocurre con la declaración de concurso del deudor, tal como se recoge en los art. 21.2 y 3 LC (con remisión al art. 183.3 LC, o sea, para la formación de la sección tercera del concurso), y 36 g) CIRE, y se relaciona íntimamente con las facultades de administración y disposición del deudor que, recordamos, podrán ser objeto de intervención o suspensión en la fase común (art. 40), y de suspensión en el CIRE, en todo el proceso (art. 81), quedando en todo caso suspendidas cuando se abra el procedimiento de liquidación (art. 145.1 CIRE). La conservación y fructificación de la masa activa imponen, tanto autorizando, como sustituyéndose al deudor en ciertos actos, la actuación de la administración concursal.

La definición de masa activa puede encontrarse en los art. 76.1 LC y 46.1 CIRE, estando las dos leyes en sintonía al prever el llamado *principio de universalidad*, como veremos enseguida, o sea, incluyen, en este acervo de bienes disponibles para pago a los acreedores, todos los bienes y derechos embargables en la fecha de la declaración del concurso, así como todos los bienes y derechos adquiridos a lo largo del concurso, incluyéndose los procedentes de las acciones de reintegración.

La liquidación correrá a cargo de la administración concursal, tal como se prevé en los art. 148 LC y 158 CIRE, así como la constitución de la masa activa, que gana cuerpo en el inventario, de acuerdo con en el art. 82 LC y 153 CIRE.

⁷⁴⁶TIRADO, I. «Principio de universalidad», (art. 76), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 1368.

Pero podemos encarar la liquidación del patrimonio (casi) integral del deudor (excluidos los bienes inembargables), en tres vertientes diferentes: por una parte, la liquidación es una opción del deudor (art. 142 y 142 bis LC) ya que, en estos casos, este dispondrá, por norma, de una masa pasiva adecuada para satisfacción de sus acreedores.⁷⁴⁷ Recordamos que, tanto para la ley española, como portuguesa, la determinación de la situación de insolvencia no se basa directamente en una confrontación entre el activo y pasivo del deudor, sino en incapacidad de pago derivada de la falta de liquidez estructural. Por ese motivo, el deudor podrá disponer de un conjunto de bienes de que estará dispuesto a prescindir, no interesándole la obtención de un convenio. Los acreedores, incluso considerando los beneficios de un convenio, no podrán forzar al deudor que opte por la liquidación, a negociaciones (art. 113.1 LC). Ante la ley portuguesa, no se prevé directamente que el deudor pida la liquidación.

Esta última idea pone de relieve la segunda perspectiva sobre la liquidación, o sea, esta será un modo de conclusión del proceso *residual*. Esto porque la liquidación surgirá, *ex officio*, en los casos de inactividad del deudor, o sea, cuando este no propone ninguna forma de tratamiento distinta, o en los casos en que sus solicitudes no sean atendidas en el proceso o, siéndolo, el deudor incumple lo pactado. La apertura residual de la insolvencia se prevé en el art. 143 LC y en el art. 158.1 CIRE (art. 262 CIRE, en caso de no aprobación del plan de pagos).⁷⁴⁸

Por último, la liquidación puede encararse como un medio para alcanzar un fin o, planteado de otra forma, la base de un segundo mecanismo de tratamiento de la insolvencia, que será la exoneración del pasivo restante. Esta fórmula, establecida primariamente en el *Chapter 7 del Bankruptcy Code* americano, implicará la liquidación de los bienes del deudor, siéndole concedido un perdón con respecto a las deudas no impagadas después de tal operación.⁷⁴⁹ Esto propicia lo que, en la jerga anglosajona, se conoce como *fresh start*. Sin embargo, tanto la ley

⁷⁴⁷ Para mayor desarrollo, véase GARCÍA MARRERO, J., «Apertura y publicidad de la liquidación concursal», GARCÍA-CRUCES, J.A. (coord.), *La Liquidación Concursal*, Civitas, Navarra, 2011, p. 27 y ss.

⁷⁴⁸ Hay que destacar que el art. 262 solo indica que el proceso debe reiniciar sus trámites generales. En este caso, siempre se podría alegar que, rechazado el plan de pagos o derogada, en recurso, su homologación, el reinicio del proceso concursal a partir de la sentencia permitiría requerir la exoneración del pasivo restante, tal como prevé el art. 254 CIRE. En los casos en los cuales el deudor no declare que, en caso de no aprobación del plan, pretende, alternativa, tal solución, solo resta, al concurso, la liquidación de su patrimonio.

⁷⁴⁹ Véase SERRANO GOMEZ, E., ANGUIITA VILLANUEVA, L. A. y ORTEGA DÓMENECH, J. «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física», *Familia y Concurso ...*, op. cit., p. 26 y GROSS, K., *Failure...*, op. cit., p. 26.

portuguesa, como la alemana, no adoptan este mecanismo, no se perdonan directamente todas las deudas realizada la venta de los bienes, sino que imponen la cesión de sus rentas por un período determinado (art. 238 CIRE y párrafo § 287.II *InSo*), agotado el cual, se concederá la exoneración.⁷⁵⁰

Realizada la liquidación y efectuado el pago a los acreedores (tal como presentan los art. 154 y ss. LC y 172 y ss. CIRE), el proceso de insolvencia llegará al final, siendo declarado su conclusión – el art. 230.1.a) CIRE prevé que, en caso de liquidación, tal ocurrirá realizado el prorrateo final – art. 182.1 CIRE), estando o no satisfechos todos los créditos. La LC establece dos presupuestos más generalistas, que podrán encuadrarse en los casos de liquidación – si el deudor logra pagar la totalidad de sus deudas, el proceso cierra con base en el art. 176.1.3 LC; si se observa, en cualquier altura del proceso, la insuficiencia de la masa activa, así como la inexistencia de terceros responsables, el proceso también se declarará concluído – art. 176.1.4 LC, considerándose reabierto cuando, transcurridos cinco años desde el cierre del proceso por insuficiencia de bienes, se declare nuevamente el deudor como concursado – art. 179.1 LC.

En las próximas líneas, analizaremos los aspectos más importantes relacionados con estos dos modelos de solución del proceso concursal, empezando por la constitución de la masa activa, concretamente sobre los bienes que la componen, así como las especificaciones relativas al concurso de cónyuges, terminando con el análisis del mecanismo de la exoneración del pasivo restante que representa, dentro de la dinámica concursal portuguesa, la fórmula más requerida por los deudores personas físicas, y que representa una aspiración de la doctrina y jurisprudencia españolas, en caso de reforma tendente a tornar la LC más adecuada a los concursos de consumidores.

⁷⁵⁰ La ley alemana es más generosa que la ley portuguesa, toda vez que en la primera que la exoneración se conceda en caso de utilización del plan de pagos, lo que ocurre en la ley portuguesa, como se constata por tras la lectura del art. 254 CIRE. Sobre este punto, véase GUTIÉRREZ DE CABIDES, P., *El sobreendeudamiento...*, *op. cit.*, p. 99; FRADE, C., *A Regulação...*, *op. cit.*, p. 559 y ss.

2- Constitución de la masa activa

Tal como hemos indicado más arriba, la constitución de la masa activa del concurso está prevista en los art. 76 LC y 46.1 CIRE.⁷⁵¹ El primer artículo señala que forman parte en la masa activa todos los bienes y derechos existentes en el patrimonio del deudor en la fecha de declaración de concurso, así como todos aquellos que se reintegren o sean adquiridos por el deudor durante el proceso. El segundo reproduce casi por palabra lo expuesto, sin referencia a la reintegración, y explicitando la función de la masa activa, que será aquella destinada al pago de los acreedores concursales, después de abonados los créditos contra la masa.

De la lectura de estos preceptos se extrae el principio básico que media la construcción de la masa activa, el principio de universalidad. CORDÓN MORENO desdobra tal principio, indicando que “el entero patrimonio del concursado, sea cual fuere su emplazamiento, en el país donde se siga el juicio o en el extranjero, queda afectado al concurso y, dentro de él, a la satisfacción de todos los acreedores, con independencia de cuál sea la naturaleza de su crédito”.⁷⁵² Tal como esta formulación indica, deberá ser patrimonio perteneciente al deudor, ya que los bienes con respecto a los cuales sea un mero detentor, no constituirán la masa activa, como se plasma en los art. 80 LC y 141 CIRE, en los cuales se prevé el derecho de separación concedido a terceros propietarios.

Así, cabrán en la masa activa bienes muebles⁷⁵³, inmuebles, inmateriales, así como derechos, presentes o futuros. Con respecto a los bienes futuros, hasta la conclusión del proceso, se tratarán de bienes procedentes de los más variados orígenes, como sean frutos de los bienes presentes, bienes obtenidos con las acciones de reintegración o en virtud de presunción muciana (art. 71 y 78.2 LC y 120 y 121 CIRE, estos dos últimos artículos referentes a las acciones de reintegración), bienes recibidos a título gratuito (*inter vivos* u *mortis causa*), o procedentes de la actuación del deudor (rentas del trabajo, premios de juego, frutos de propiedad intelectual, entre otros). Todos estos, así expuestos, presentan un trazo común que

⁷⁵¹ No obstante el hecho de si tratar la temática en sede de liquidación, las reglas que analizaremos enseguida funcionan como reglas de constitución de la masa activa aplicables transversalmente en todas las soluciones concursales.

⁷⁵² CORDÓN MORENO, F., «Artículo 76», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 874.

⁷⁵³ Quedan fuera de la masa los bienes protegidos por “la regulación protectora de la esfera íntima”. TIRADO, I., Art. 76, *ComLc*, Volume I *op. cit.*, p. 1371.

es su *valor económico*. Por lo tanto, se completa el principio de la universalidad con este segundo requisito, es decir, los bienes y derechos existentes en la masa activa son evaluables en dinero, por lo que se excluirán los derechos de personalidad.⁷⁵⁴

La inserción en la masa activa del concurso no se basta, sin embargo, con los criterios temporales, sustanciales y patrimoniales que hemos apuntado, toda vez que la propia ley establece excepciones a la incorporación de ciertos bienes. Hablamos, en este caso, de los bienes inembargables, que no serán retirados de la esfera jurídica del deudor concursado, no integrando el patrimonio separado que constituye la masa activa, ni siendo afectados por las eventuales restricciones a sus facultades de administración y disposición, tanto durante el concurso, como durante la propia liquidación. Por este motivo, añade TIRADO, al principio de la universalidad, el principio de la ejecutabilidad de los bienes.⁷⁵⁵

2.1 - Los bienes inembargables

La LC, igual que el CIRE, establece, en consonancia con la ley procesal general, en términos de proceso ejecutivo, la inembargabilidad de determinados bienes, lo que corresponderá, respectivamente, a la lista de bienes inembargables contenida en la LEC y en el CPC.

Establece el apartado 2 del art. 76 que se excluyen de la masa activa todos los bienes que, aunque tengan carácter patrimonial, sean legalmente inembargables. Esto nos remite a los art. 605 y ss. LEC. Por otro lado, el apartado 2 del art. 46 CIRE apunta en el sentido de que los bienes absolutamente inembargables no pueden integrar la masa activa del concurso, pero los bienes relativamente inembargables la integrarán, cuando el deudor los presente voluntariamente. Esto nos remite, también, a la ley procesal, especialmente para los art. 822 y ss. CPC.

En lo respecta al régimen jurídico español, los bienes absolutamente inembargables están previstos en el art. 605 LEC, y en ellos se incluyen los bienes declarados inalienables⁷⁵⁶, los bienes accesorios, no alienables con independencia del principal, los bienes desprovistos de

⁷⁵⁴ MARTINS, L.M., *Processo...*, *op. cit.*, p. 166.

⁷⁵⁵ TIRADO, I., Art. 76, *ComLc*, Volume I *op. cit.*, p. 1369.

⁷⁵⁶ Aquí se incluyen, con impacto directo en los concursos de consumidor, los derechos de uso y habitación, así como el derecho a alimentos debido al deudor (art. 151 CC español), como señala CORDÓN MORENO, F. «Artículo 76», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 878. TIRADO señala también el derecho de arrendamiento de vivienda para uso personal, pero se puede incluir tal derecho en la masa activa, siempre que el arrendador consienta. TIRADO, I., Art. 76, *ComLc*, Volume I *op. cit.*, p. 1393.

valor patrimonial y los declarados legalmente inembargables. Este último precepto nos remite all art. 606 LEC, donde se establece una lista de bienes legalmente inembargables, que lo serán, también, a efectos de aplicación de la LC. De estos, destacamos los previstos en los apartados 1, 2 y 4, que prevén como inembargables el mobiliario y el menaje del hogar, las ropas del ejecutado y su familia (no superfluas), alimentos, combustible y otros bienes que, determinados por el tribunal, revistan las características de esencialidad para que el concursado pueda atender, con razonable dignidad, a su subsistencia⁷⁵⁷; los libros e instrumentos necesarios al desarrollo de una profesión, arte u oficio, por parte del concursado (siempre que sean de valor bastante inferior al de la deuda exigida); por último, las cantidades expresamente consideradas inembargables por ley, donde se incluyen los salarios, con las limitaciones previstas en el art. 607 LEC.⁷⁵⁸

En lo que respecta al régimen jurídico portugués, son absolutamente inembargables y, por lo tanto, quedan fuera de la masa activa del concurso, los bienes previstos en el art. 822 CPC, donde se puede extraer, en relación al deudor consumidor, también las cosas o derechos inalienables, los objetos cuya aprehensión sea ofensiva a las buenas costumbres o carezca de justificación económica, por su diminuto valor, los tómulos y, esencialmente, los bienes imprescindibles para cualquier economía doméstica que se encuentren en la residencia permanente del deudor⁷⁵⁹, así como los instrumentos de apoyo de minusválidos, o los bienes al servicio del tratamiento de enfermos (párrafos a, c, e, f y g).

El CPC establece además, en sus art. 823 y 824, dos tipos de inembargabilidad: relativa y parcial. La primera está relacionada (apartado 2), con los bienes utilizados por el deudor en su actividad profesional o de formación profesional; la segunda, a los salarios. Recordamos que,

⁷⁵⁷La inembargabilidad de tales bienes deriva incluso de razones de economía procesal, debido al hecho de que su nulo o escaso valor no atraen los interesados. Por otro lado, los bienes, de este tipo, pertenecientes a una segunda residencia, son embargables. Para mayor desarrollo, véase VÁZQUEZ BARROS, S., *Las Tercerías. Bienes embargables, bienes inembargables*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 698-699.

⁷⁵⁸ Con las recientes alteraciones del art. 1 del RD 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

⁷⁵⁹ Dice la ley que podrán embargarse dichos bienes cuando la ejecución haya sido promovida con vistas al pago del precio de adquisición o reparación. Creemos que tal excepción no puede ser admitida en la aplicación del derecho concursal, toda vez que los acreedores son llamados universalmente, pudiendo incluso la acción ser propuesta por el propio deudor.

ante la redacción del apartado 2 del art. 46, el deudor puede incorporar voluntariamente estos bienes en la masa activa.

La inembargabilidad así expuesta busca, en primera instancia, un propósito humanitario o social, tal como buscaba también el derecho a alimentos previsto en los art. 47 LC y 84 CIRE. Los bienes aquí indicados, que no integrarán el núcleo patrimonial a utilizar para pago a los acreedores, tienen como propósito la conservación de un *standard* de vida modesto, basado en la indispensabilidad que ciertos bienes, derechos o cuantías pecuniarias desarrollan en la vida cotidiana del concursado y su familia, no pudiendo, salvo las excepciones apuntadas, ser presentados para liquidación (o para inserción en el contenido del convenio), ni retirados en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del concurso. Hay que indicar, sin embargo, que el criterio para la atribución de la condición de inembargabilidad, especialmente en lo que respecta a los bienes pertenecientes a la economía doméstica (muebles, ropas, electrodomésticos) deberán estar al servicio de la residencia principal del concursado, y superar las características de esencialidad para desarrollo de aquella, ya que los bienes de lujo o de elevado valor pecuniario podrán integrarse en la masa activa del concurso.

Una nota final se refiere a la no previsión específica, en ninguno de los regímenes jurídicos, de la inembargabilidad de la vivienda familiar. Esto significa que, tratándose de un bien inmueble, será aprehendida para la masa activa del deudor, sin que este pueda oponerse. La protección de la vivienda familiar se producirá en los casos de arrendamiento de aquella o, tratándose de un deudor concursado casado, cuando sea un bien propio del otro cónyuge.⁷⁶⁰ Con respecto a la primera situación, hay que indicar, como hace SEIJO, que el contrato de arrendamiento no cesa con la declaración de insolvencia, como se prevé en los artículos 61.2 LC y 108.2 CIRE. El administrador de insolvencia, podrá, sin embargo, estimando que el valor es demasiado elevado, promover la resolución de dicho contrato, obligando a la búsqueda de una nueva vivienda, en virtud del interés del concurso previsto en el dicho apartado.⁷⁶¹ La segunda situación, la trataremos adelante, en el punto 1.1.3 de este capítulo.

⁷⁶⁰ Así lo dije BELTRÁN, E. «El concurso de acreedores del consumidor», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del consumidor...*, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁶¹ FERNANDÉZ SEIJO, J.M. «Concurso de personas físicas...I», *El Futuro...*, *op. cit.*, p. 271. Esta protección surge cuando el deudor no haya incumplido el pago de rentas. Habiéndolo hecho, y estando pendiente acción de desahucio, podrá el administrador concursal enervar la acción y rehabilitar el dicho contrato, como prevé el art. 70 LC.

2.2 - Las acciones de reintegración

Otra de las formas de incorporación de bienes en la masa activa del concurso es la derivada de las acciones de reintegración⁷⁶², promovidas por la administración concursal, tal como previstas en los art. 71 y ss. LC y 120 y ss. CIRE. Estas acciones presentan, como principal fundamento la *perjudicialidad* de determinados actos con respecto a la masa activa, permitiendo su rescisión, con salvaguarda de las reglas de la buena fe, como se puede leer en los artículos 73.2 LC y 120.4 CIRE.

Empezando por la LC, establece su art. 71⁷⁶³ los requisitos esenciales para que la administración concursal, por iniciativa propia o por indicación de los acreedores (art. 72.1 LC), pueda proponer tal acción contra las partes implicadas en el acto a rescindir (deudor y terceros, como se recoge en el art. 72.2 LC): en primer lugar, el *requisito procesal* de haberse declarado el concurso; en segundo, el *requisito sustancial* de que se traten de actos perjudiciales para la masa activa; en tercero, el *requisito subjetivo*, que tales actos hayan sido practicados por el deudor; el *requisito temporal*, que la práctica se haya producido en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.⁷⁶⁴ Hay que destacar también, que la ley no exige el intento fraudulento, es decir, desvaloriza el elemento subjetivo volitivo, a fin de que objetivamente pueda comprobarse que el acto es perjudicial para la masa activa.⁷⁶⁵

⁷⁶² Sobre la caracterización jurídica de las acciones de reintegración, véase VARGAS BENJUENA, I., *La Acción Rescisoria Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 29-35.

⁷⁶³ Establece el art. 71 LC que: “1. 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. 2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. 3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1- los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2 - la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.”

⁷⁶⁴ Sobre el establecimiento del plazo de dos años, refiere RODRÍGUEZ ACHUTÉGUI que esto, a pesar de rígido, configura una compensación más que suficiente de seguridad jurídica. Véase RODRÍGUEZ ACHUTÉGUI, E., «Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa», GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 69. Autores hay que critican la rigidez del plazo, afirmando que podría el juez, caso a caso, analizar las circunstancias que pondrían permitir la rescisión de actos practicados fuera del plazo legal o que el deudor, con conocimiento del plazo legal, podría practicar tales actos con anterioridad a su cómputo, instrumentalizando el proceso. Véase, para exposición de tales opiniones, VARGAS BENJUENA, I., *La Acción Rescisoria...*, *op. cit.*, p. 39 y ss.

⁷⁶⁵ En estos supuestos, como afirma GARCÍA-CRUCES, puede existir una estrecha relación entre las acciones de reintegración y la complicidad concursal, habiendo que distinguir las situaciones en las cuales el tercero de mala

El criterio más complejo es el sustancial: tal como nos dice CRESPO ALLUÉ, la perjudicialidad debe caracterizarse, objetivamente, sin perder de vista dos factores: por una parte “como empobrecimiento o simple empeoramiento de las condiciones económicas del patrimonio del deudor en cuanto a la calidad y cantidad de sus componentes, como respecto a la lesión de la regla del *par conditio creditorum*”.⁷⁶⁶ El nexo de causalidad entre el acto, de disposición o administración del deudor, sobre su patrimonio, y la verificación de uno de aquellos dos resultados, origina la obligatoriedad de rescisión de los negocios. Por lo tanto, el deudor no puede ni perjudicar la generalidad de sus acreedores, haciendo decrecer el valor de su masa de bienes, ni puede beneficiar ciertos acreedores en detrimento de otros. Como nos dice GARCÍA-CRUCES,

[...] la ordenada protección de los acreedores en el expediente de reintegración se actúa con carácter mediato o reflejo, en la medida en que se consigue aquella tutela a través de la preservación del patrimonio del deudor. Es ese patrimonio del ahora concursado, y que ha dado origen a la masa activa del concurso, la realidad que permite en el juicio universal la satisfacción del crédito de aquellos.⁷⁶⁷

Para facilitar el papel de los intérpretes de la norma, la perjudicialidad a que se alude, como prevé el apartado 2 del art. 71 LC, se presume, cuando se traten de actos de disposición a título gratuito (excepto liberalidades de uso), o de pagos u otros actos de disposición cuyas obligaciones venzan después de la declaración de concurso. Se trata, en este caso, de una presunción *iuris et de iure*. Por otro lado, de acuerdo con el apartado 3, se establecen presunciones *iuris tantum* de perjudicialidad cuando se traten de actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas relacionadas con el deudor (art. 93 LC), o de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o constituidas en

fe es afectado tanto por la ineficacia del negocio derivada de la reintegración, y las consecuencias patrimoniales más latas derivadas de la calificación de su actuación como complicidad. En este segundo caso, la actuación del tercero, con dolo o culpa grave, siempre habrá contribuido a crear o agravar la insolvencia del concursado, por lo que se aprecia la intención de las partes, lo que no ocurre en la reintegración. Véase GARCÍA-CRUCES, J.A., «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores», GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 29.

⁷⁶⁶CRESPO ALLUÉ, F., «Artículo 71», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 1377.

⁷⁶⁷GARCÍA-CRUCES, J.A., «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores», GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir), *La reintegración...*, *op. cit.*, p. 52.

sustitución de aquellas. En todos los restantes supuestos, se deberá probar el perjuicio (apartado 4 del art. 72 LC).⁷⁶⁸

Estas presunciones ponen de relieve el contenido de la perjudicialidad señalado más arriba, toda vez que se tratan de actos típicamente lesivos de los acreedores, no solo por la disminución que provocan en el patrimonio del deudor, sino, en algunos de los supuestos, por violarse el principio de la igualdad entre los acreedores. Problemática será, una vez más, la inserción de las personas especialmente relacionadas con el deudor en la lista de negocios rescindibles, sin que sea necesaria prueba efectiva de la intención fraudulenta, o sea, mala fe, o incluso perjudicialidad del negocio (por ejemplo, venta por un valor inferior al de mercado, que disminuye el patrimonio del deudor, o una venta simulada) o, tal como la tilda LEÓN, de “trato de favor” de estos sujetos por parte del concursado.⁷⁶⁹ Sin embargo, como remarca YZQUIERDO TOLSADA, en caso de vengar la acción rescisoria, pero probando la persona especialmente relacionada que no ha actuado con mala fe, defiende este autor que aquella deberá ser enmarcada en los supuestos del art. 73.3 LC, o sea, su crédito se considerará contra la masa, y no subordinado, como previsto en la última parte del artículo (y el propio art. 92.5 LC).⁷⁷⁰

Esta última cuestión tiene extrema relevancia en el concurso de deudores consumidores personas físicas, en el sentido de que será de algún modo fácil, para el deudor de mala fe, intentar dispersar su patrimonio por los familiares más próximos, a fin de que pueda colocar su patrimonio a salvo de la responsabilidad patrimonial, ante la generalidad de sus acreedores, que le es inherente. Fue precisamente la observación de tales prácticas que hizo con que el legislador haya expresamente configurado este supuesto como acto perjudicial para la masa activa.⁷⁷¹

⁷⁶⁸ Para un extenso análisis jurisprudencial de los requisitos de las acciones de reintegración, véase MARTÍN REYES, M.A., «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12, La Ley, Madrid, 2010, p. 181 y ss.

⁷⁶⁹ LEÓN, F., «Acciones de reintegración», (art. 71), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 1311.

⁷⁷⁰ El autor defiende incluso que no tendría sentido que la presunción de perjudicialidad del negocio fuera *iuris tantum*, pero se presumiera *iuris et de iure* la mala fe de la persona especialmente relacionada. YZQUIERDO TOLSADA, M. «¿Créditos intrínsecamente perversos? Apuntes acerca de los créditos subordinados que ostentan las personas cercanas al concursado», *Familia y Concurso...*, *op. cit.*, p. 451-452.

⁷⁷¹ Para mayor desarrollo de la presunción que pende sobre las personas especialmente relacionadas con el deudor, véase ÁVILA DE LA TORRE, A., «Las presunciones relativas de perjuicio (I): impugnación de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con

Sin embargo, pensamos que el automatismo de las presunciones, a pesar de servir eficazmente los intereses de los acreedores, choca con la estabilidad y seguridad jurídicas, debiendo la administración concursal basarse efectivamente, en todos los casos de actos de disposición onerosos, en juicios y criterios de valor (de mercado) antes de destruir los efectos de los negocios jurídicos onerosos realizados, como hace para los negocios fuera de las presunciones establecidas por ley, para que la restitución al acreedor de buena fe no sea más onerosa para la masa de que la devolución del propio bien (por el hecho de que el bien en particular se haya desvalorizado, se haya vuelto obsoleto o que el deudor concursado haya dispuesto de las cuantías recibidas).

En lo que respecta a la ley portuguesa, la mecánica relativa a las acciones de reintegración es distinta, estableciéndose el régimen en dos artículos: el principio general viene plasmado en el art. 120 CIRE⁷⁷² – en donde se dice, que los actos u omisiones⁷⁷³ perjudiciales para la masa, practicados en los cuatro años anteriores al inicio del proceso concursal, podrán resolverse en beneficio de esta, verificada la mala fe de la contraparte, tal como prevista en el apartado 5 del art. 120.

Pero, particularmente, el legislador establece, en el art. 121 CIRE, los llamados actos de resolución incondicional, que se presumen siempre perjudiciales a la masa, en el sentido, como se indica en el apartado 2 y 3 del art. 120, de que son negocios que disminuyen,

el concursado», GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir), *La Reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 89 y ss.

⁷⁷² Establece el art. 120 CIRE:

“1 - Podem ser resolvidos em benefício da massa insolvente os actos prejudiciais à massa praticados ou omitidos dentro dos quatro anos anteriores à data do início do processo de insolvência.

2 - Consideram-se prejudiciais à massa os actos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência.

3 - Presumem-se prejudiciais à massa, sem admissão de prova em contrário, os actos de qualquer dos tipos referidos no artigo seguinte, ainda que praticados ou omitidos fora dos prazos aí contemplados.

4 - Salvo nos casos a que respeita o artigo seguinte, a resolução pressupõe a má fé do terceiro, a qual se presume quanto a actos cuja prática ou omissão tenha ocorrido dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o insolvente, ainda que a relação especial não existisse a essa data.

5 - Entende-se por má fé o conhecimento, à data do acto, de qualquer das seguintes circunstâncias:

a) De que o devedor se encontrava em situação de insolvência;

b) Do carácter prejudicial do acto e de que o devedor se encontrava à data em situação de insolvência iminente;

c) Do início do processo de insolvência.”

⁷⁷³ Sobre la cuestión de las omisiones, se puede por ejemplo indicar la abstención del deudor en anular un determinado acto, cuya anulación le beneficiaría. En este sentido, véase CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 428. Para mayor desarrollo, véase también MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito da Insolvência, op.cit.*, p. 213.

frustran, dificultan, ponen en peligro o retardan la satisfacción de los acreedores concursales.⁷⁷⁴ En estos casos, el administrador concursal tendrá, obligatoriamente, que proceder a la resolución de los negocios aquí contenidos, dentro de los plazos (variables) indicados en el artículo 121. Fuera de tales plazos, el administrador someterá los negocios allí señalados a los criterios sustanciales y temporales del art. 120 CIRE.

En este artículo, el legislador indica exactamente, pero enunciándolos, los mismos negocios presumiblemente perjudiciales que el legislador español (actos de disposición a título gratuito, constitución de garantías en las condiciones enunciadas, pago de obligaciones cuyo vencimiento se daría después de declarado el concurso – véanse los párrafos b) c) y f) del art. 121 CIRE⁷⁷⁵), pero los trata de acuerdo con el mecanismo de las presunciones *iuris et de iure*.

Se establece aun otro tipo de actos, afectados por tal régimen, como son el reparto de bienes celebrado menos de un año, antes de la fecha de inicio del proceso, correspondiendo al deudor bienes de fácil ocultación, y a los restantes la generalidad de los bienes inmuebles o nominativos (lo que podrá incluir el reparto por divorcio, poniendo fin a una práctica algo generalizada en Portugal, de divorcios fraudulentos⁷⁷⁶) – párrafo a); la constitución de garantías personales, por parte del deudor, en negocios sin real interés económico – párrafo b); constitución de garantías reales en simultáneo con la contracción de obligaciones en los 60 días anteriores al inicio del proceso – párrafo e); actos a título oneroso, realizados en el año anterior al inicio del proceso, en que las obligaciones del deudor excedan manifiestamente las de la contraparte – párrafo h).

Observamos, sin embargo, que no se establecen normas específicas sobre las personas relacionadas con el deudor, solución que aplaudimos, toda vez que el legislador, en el dibujo

⁷⁷⁴ Traducción nuestra.

⁷⁷⁵ Como hemos señalado, el art. 121 CIRE establece la resolución incondicional dentro de los plazos indicados en cada uno de los párrafos, y fuera de tales plazos, hasta los cuatro años anteriores al inicio del proceso, los actos previstos deberán pasar por el criba de la perjudicialidad y de la mala fe de la contraparte. Así, se resolverán a título incondicional los actos de disposición gratuitos en los dos años anteriores al inicio del proceso, incluyéndose el repudio de la herencia; la constitución de garantías reales relativas a obligaciones preexistentes, realizada en los seis meses anteriores al inicio del proceso; los pagos de obligaciones no vencidas en los seis meses anteriores al inicio del proceso.

⁷⁷⁶ Queda excluida tal posibilidad en el régimen español, toda vez que se trata de actos derivados de relaciones de Derecho Familiar, como señala TIRADO, I., Art. 76, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1386.

de las presunciones, se centra más en la perjudicialidad intrínseca de los negocios aquí plasmados, que en la condición especial de los sujetos intervinientes.

A pesar de las diferentes formulaciones, el resultado obtenido con las acciones de reintegración, en ambos ordenamientos, será el mismo: recuperar para la masa activa del concurso los bienes que hayan contribuido indebidamente, por su resultado perjudicial, a una reducción injustificada de la masa activa, o resultado en tratamiento desigual de los acreedores. Tales acciones buscan, por lo tanto, reponer la igualdad entre aquellos y reintroducir los bienes afectados, al servicio de las soluciones concursales queridas por las partes.

2.3 – Las especificidades derivadas del matrimonio

Uno de los aspectos más importantes, en lo que respecta a la temática de la constitución de la masa activa, en relación con nuestro estudio es, precisamente, la relevancia del matrimonio, particularmente el matrimonio al que se agrega un régimen de comunidad de bienes, teniendo en cuenta que, en los casos de separación de bienes, o de parejas de hecho, no existe patrimonio común, no dejando la ley, sin embargo, de preocuparse por estas.

Empezando por el CIRE, se establecen, de forma directa, normas relativas al concurso de deudor casado, así como relativas al concurso conjunto de deudores casados. Con respecto a la primera situación, establece el art. 141.1.b) CIRE, que al cónyuge del deudor concursado se le permite requerir la separación de bienes propios indebidamente aprehendidos para la masa insolvente, así como la mitad que le corresponde, por ley, de los bienes gananciales (art. 1689.1 CC portugués), sin perjuicio de que el art. 159 CIRE prevea que corresponderá liquidar en el proceso concursal solo el patrimonio que pertenece al concursado.⁷⁷⁷ El CIRE establece, sin embargo, que siempre que el cónyuge no concursado no requiera la separación de bienes arriba indicada, podrá el juez, a solicitud de la administración concursal, decretarlo oficiosamente (apartado 3 del art. 141 CIRE).

⁷⁷⁷ Esto configurará una situación equivalente a de la separación judicial de bienes, tal como prevista en el art. 1767 CC portugués, que nos dice que esta podrá ser requerida cuando uno de los cónyuges esté en riesgo de perder su patrimonio por la mala administración del otro. Sobre la administración de los bienes de la comunidad conyugal esta será, por norma, conjunta, como indica el art. 1678.3 CC portugués.

Este régimen, aparentemente sencillo, puede plantear algunos problemas, particularmente por la inversión de las reglas civiles respecto a la disposición de los bienes propios del concursado, como se recoge, por ejemplo, en el art. 1682-A CC portugués, que establece que la alienación de bienes inmuebles propios, o comunes depende del consentimiento del otro cónyuge. Como señala DUARTE PINHEIRO, el art. 81.3 LC atribuye poderes al administrador concursal para que, sin necesidad de ningún consentimiento, disponga incluso de la vivienda de residencia habitual (lo que, en virtud del art. 108.2 LC, no ocurre con el derecho a arrendamiento de la vivienda) del concursado, cuando se trate de un bien propio o común.⁷⁷⁸ La desprotección de la vivienda familiar, es pues, evidente.

En lo que concierne al concurso conjunto de cónyuges, tratándose de un matrimonio basado en la comunidad de bienes, se aplica el art. 264 y ss. CIRE, tal como indicamos en el capítulo II. Acordando lo establecido en el art. 266 CIRE, habiendo lugar a liquidación de los bienes de los cónyuges, su inventario, administración y venta son separados, haciéndose, para cada uno de los cónyuges, una lista de bienes propios, ya que los bienes comunes, son mantenidos sin división, al servicio del concurso, existiendo en realidad tres inventarios de bienes.

Hay que señalar que el concurso de cónyuges depende, en caso de demanda contra aquellos, de la responsabilidad común de los cónyuges ante el acreedor demandante. Esto significa que, para que se realice la liquidación de los bienes comunes y propios del matrimonio, así como el pago a los acreedores, el administrador deberá tener en cuenta las reglas establecidas en los art. 1691 y ss. CC portugués, relativos a las deudas que responsabilizan ambos o uno de los cónyuges, prestando una especial atención a los bienes que responden por tales deudas (art. 1695 y ss. CC), ya que su trabajo se facilita con la existencia de los tres inventarios a que aludimos.

De este modo, corresponde al deudor pagar a los acreedores del concurso por la orden definida en el art. 47.4 CIRE: acreedores garantizados, privilegiados, ordinarios y subordinados, pero teniendo en cuenta que deberán pagarse del producto de la venta de los bienes que respondan por las deudas que les corresponden: comunes o propias de cada uno de los cónyuges. Esta operación, aparentemente sencilla, en teoría, puede, en la práctica revelarse

⁷⁷⁸ DUARTE PINHEIRO, J. «Os efeitos pessoais ...», *Estudos em Memória ...op.cit.*, p. 218. Véase el art. 1682-A.3 CC portugués.

compleja: las deudas por las cuales son responsables ambos cónyuges deberán ser pagadas con el producto de los bienes comunes, y en caso de insuficiencia o inexistencia de estos, solidariamente, por los bienes propios de cada uno (art. 1695 CC portugués). Por deudas propias de cada uno, responden en primer lugar los bienes propios que le correspondan⁷⁷⁹, así como y, subsidiariamente, la mitad que le corresponda de los bienes comunes (art. 1696.1 CC portugués).

El CIRE establece, con respecto al pago a los acreedores, que los acreedores garantizados son integralmente pagados antes de pasar a los acreedores privilegiados (art. 174 CIRE), y que los acreedores ordinarios solo serán pagados con el pago previo a aquellos (art. 175.2 CIRE), ya que cuando la masa insolvente sea insuficiente para el pago de todos, deberá pagarse en la debida proporción de sus créditos, con respecto al valor obtenido por la venta de los bienes (art. 176 CIRE). Pero, toda vez que la masa activa, en estos supuestos, se dividirá en tres, tendremos también que observar los criterios de insuficiencia de la masa con respecto a cada uno de los tipos de acreedores, es decir, los acreedores comunes a ambos cónyuges serán pagados por la masa de bienes comunes, y los acreedores propios de cada uno de ellos pagados con la masa activa propia de los deudores correspondientes. En el caso de que las masas sean insuficientes, el mecanismo de la proporción se aplicará, de acuerdo con las reglas civiles, a la masa propia o común que al caso responda subsidiariamente.

Por otro lado, en caso de separación de bienes o de parejas de hecho, el derecho concursal portugués no prevé reglas propias, no pudiendo el concurso empezar conjuntamente por o contra ambos cónyuges (art. 264.1 CIRE), o miembros de la pareja de hecho, por lo que el concurso se tramitará, aquí, de forma independiente.

Con respecto a las especificidades derivadas del matrimonio, en el régimen concursal español, debemos recordar, en primer lugar, que no se prevé específicamente la posibilidad de solicitud de concurso conjunta, sino la demanda conjunta por parte de los acreedores, tal como previsto en el art. 3.5 LC, así como la acumulación de concursos, a *posteriori*, con base en el art. 25.3 LC. Esta situación, con la introducción del art. 25 bis LC, referido en el proyecto de reforma de 2011, será alterada, legitimándose el deudor casado, así como las parejas de hecho, a

⁷⁷⁹ La ley establece además, en su apartado 2 del art. 1696 CC portugués, que responderán al mismo tiempo que los bienes propios, bienes que son considerados comunes en los regímenes de comunidad, como son las rentas del trabajo (régimen de gananciales), o bienes que puedan ser comunes por fuerza de capitulaciones, como sean los bienes aportados al matrimonio o recibidos a título gratuito.

solicitar conjuntamente el concurso, y se permite la demanda conjunta por parte de los acreedores, facilitándose la tramitación concursal.

La actual redacción de la LC no es, sin embargo, ajena, en lo que concierne a la constitución de la masa activa, a los aspectos específicos procedentes del matrimonio. Por este motivo, los art. 77, 78 y 79 LC inciden sobre la cuestión de la inserción de los bienes conyugales en la masa activa, así como de las presunciones de donación derivadas del matrimonio, teniendo en cuenta la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges, añadiéndose las reglas sobre cuentas indistintas.

Empezando por la normativa presente en el art. 77 LC⁷⁸⁰, este establece, como regla general, que en caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del deudor, tal como se definen, genéricamente, en el art. 1346 CC español. Por otro lado, el apartado 2 de dicho artículo indica que, en caso de un matrimonio contraído en régimen económico de comunidad, particularmente en régimen de gananciales, deberán incluirse en la masa activa los bienes gananciales o comunes (art. 1347 CC español), en los casos en que tales bienes respondan por deudas contraídas exclusivamente por el concursado (art. 1319, 1365, 1367 *in fine*, 1368 y 1373 CC español, por ejemplo), incluso cuando en tales deudas se incluyan aquellas contraídas para cumplimiento de las responsabilidades familiares (la potestad doméstica)⁷⁸¹, o incluso cuando la responsabilidad de los bienes gananciales ante deudas del concursado sea solamente subsidiaria. Como refiere ARNAU RAVENTÓS, lo que el precepto exige es que el concursado aparezca como deudor.⁷⁸²

⁷⁸⁰ Dicho artículo establece que: “1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.”

⁷⁸¹ Se hablará, aquí, de las llamadas deudas gananciales, correspondiendo a la administración concursal su identificación, a fin de determinar cuáles son las deudas gananciales y privativas del concursado, en relación con los acreedores calculados en la masa pasiva, de manera que se determinen los bienes que responderán por cada tipo de deudas. Sobre este punto, véase BLANQUER UBEROS, R. «El concurso de los cónyuges ...», *RCPC*, núm. 9, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁸² ARNAU RAVENTÓS, L. *La declaración de concurso de persona casada...*, *op. cit.*, p. 43. Por ese motivo refiere específicamente el art. 84.1 LC (redacción que desaparece con el Anteproyecto de 2010) que no se

Consecuentemente, se permite al cónyuge no concursado la solicitud de la disolución de la sociedad de gananciales o comunidad de bienes, que se tramitará coordinadamente con la liquidación del patrimonio en el proceso concursal⁷⁸³, solicitud que podrá añadirse a la solicitud de concurso voluntario, toda vez que el art. 21.7 LC prevé que se ordene, con la declaración del concurso, la formación de pieza separada para concretar el propósito del cónyuge no concursado, sin perjuicio de que pueda solicitarse con posterioridad.⁷⁸⁴

Se observa, por lo tanto, que no se producirá la disolución automática de la sociedad de gananciales o de la comunidad, ni se protege⁷⁸⁵, concursalmente, la mitad de los bienes correspondiente al cónyuge no concursado, toda vez que todos los bienes serán integrados en la masa activa del concurso, en caso de que el deudor no opte por la disolución del patrimonio ganancial o común.⁷⁸⁶ Tal como señala NANCLARES VALLE, la no disolución tiene como

integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge no concursado, mismo en caso que los bienes gananciales respondan por la deuda.

⁷⁸³Con respecto a la forma de coordinar la liquidación concursal con la disolución de la sociedad ganancial, la doctrina tiene diferentes posturas, sobretodo en aras a determinar si existe prevalencia, tanto de las normas civiles, como del procedimiento concursal, en la forma de proceder a a la tramitación de la pieza separada de disolución y liquidación. ¿Es decir, los bienes a percibir por el cónyuge no concursado le serán atribuidos en primer lugar, quedando los restantes (la mitad, hechas las debidas compensaciones entre cónyuges, derivadas de deudas en la constancia del matrimonio) sometidos al proceso concursal, o el montante de bienes a atribuir se subordinará al pactado en el convenio o en la liquidación? En el primer sentido, véase NANCLARES VALLE, J. «Art. 77», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 891 y, particularmente CUENA CASAS, M. La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12, La Ley, Madrid, 2010, p. 81 y ss., invocando argumentos de importante orden procesal y sistemática, particularmente el art. 21.7 LC, que parece imponer la previa liquidación de la sociedad de gananciales, así como la exclusión, en virtud art. 84 LC, de los acreedores del cónyuge no concursado, que no podrán quedar perjudicados la inclusión de los bienes gananciales en la masa o por su sujeción a una liquidación previa, o a cualquier convenio; defendiendo el segundo, véase, por ejemplo, HERRERA CUEVAS, E. *apud* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Artículo 77», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 1575.

⁷⁸⁴En el caso de que la inclusión del patrimonio ganancial derive de responsabilidad subsidiaria de tales bienes, defiende la doctrina la aplicación del art. 541 LEC, o sea, el juez debe notificar al cónyuge no concursado la posibilidad de disolución de la sociedad de gananciales. JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J. «Bienes Conyugales», (Art. 77), ROJO-BELTRÁN, *Comentarios de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 1410.

⁷⁸⁵Defendida, por ejemplo, por MAGARIÑOS BLANCO, V. «El concurso y la sociedad de gananciales» , AAVV, *Estudios sobre la ley concursal...* Tomo II, p. 83.

⁷⁸⁶El Proyecto de Ley de 2002 contenía precisamente la indicación de que solo la mitad de los bienes gananciales o comunes del deudor concursado sería integrada en la masa activa, lo que no corresponde a la redacción final del artículo, como hace el art. 141.2.b) del CIRE. Criticando tal opción, véase CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 50. Por otro lado, la autora hace notar, indicando la oscuridad de la norma, que la inclusión, en la masa activa, de patrimonio no perteneciente al deudor, provocará un desequilibrio entre la masa activa y pasiva del concurso, toda vez que los acreedores que han de pagarse por los bienes gananciales o comunes, en virtud de contracción de deudas por el cónyuge no concursado, serán excluidos del concurso, por falta de legitimación para reclamar. CUENA CASAS, M. «La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso», *RDCPC*, núm. 12, *op.cit.*, p. 73.

consecuencia la necesidad, ante el cónyuge no concursado, de reembolso, como se recoge en el art. 1373 CC español, pero solo cuando los bienes gananciales no sean directamente afectados – en el caso de que la deuda fuera común a ambos cónyuges, no se operará la necesidad de reembolso.⁷⁸⁷ Cuando no se disuelva la sociedad de gananciales, los acreedores del deudor no concursado, si se observa una situación de insolvencia también con relación a este, podrán solicitar el concurso conjunto de los cónyuges (art. 3.5 LC), a fin de evitar el recurso a ejecuciones individualizadas contra el deudor no concursado.⁷⁸⁸

Por otra parte, en caso de acumulación de los concursos, en virtud del art. 25.3 LC o, como jurisprudencialmente se admite⁷⁸⁹, ambos cónyuges soliciten conjuntamente su concurso, nos dice SEIJO que cualquiera de ellos puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales o de la comunidad.⁷⁹⁰ De todos modos, consideramos que la administración concursal tendrá que ser cuidadosa en la forma de conyugar el pago a los acreedores comunes a ambos cónyuges, toda vez que la masa de bienes gananciales se disolverá por dos patrimonios, a pesar de existir una reclamación de créditos, como hemos dicho, común a ambos (véase el art. 86.3 LC). Tal como nos dice CUENA CASAS, en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicará el activo y el pasivo que corresponde a cada uno de los cónyuges, para que se determine con claridad el modo de pago, o mejor, a partir del producto de qué bienes, se pagará a los acreedores.⁷⁹¹

Se observa, por lo tanto, que en caso de concurso de deudor casado, la regla impone la inserción de los bienes gananciales en la masa del concurso, pudiendo el cónyuge del concursado solicitar la disolución de la sociedad ganancial. Si existe acumulación de concursos, por regla, esta disolución se tendrá por muy aconsejable, para que no se dificulte la

⁷⁸⁷NANCLARES VALLE, J. «Art. 77», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios*, Tomo I, *op. cit.*, p. 889.

⁷⁸⁸MAGARIÑOS BLANCO, V. «El concurso y la sociedad de gananciales», AAVV, *Estudios sobre la ley concursal...* Tomo II, pp. 2088-2099. Del mismo modo, el deudor no concursado puede solicitar también la declaración de concurso, que puede ser acumulada por el art. 25.3 LC.

⁷⁸⁹ Recordamos que la propuesta del Anteproyecto de reforma de 2010 altera el régimen de solicitud de concursos conjuntos, permitiéndose la solicitud a todos los deudores casados, o parejas de hecho.

⁷⁹⁰FÉRNANDEZ SEIJO, J.M. «La posición jurídico procesal del cónyuge del concursado. Declaración de concurso de ambos cónyuges», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIÁVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del Consumidor ...op. cit.*, p. 152.,

⁷⁹¹CUENA CASAS, M. «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIÁVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del consumidor...op. cit.*, p. 189. La autora defiende, incluso, que verdaderamente solo podrá existir una liquidación acumulada, relativa a ambos cónyuges, en caso de que se liquide con anterioridad el patrimonio conyugal.

coordinación entre la masa activa y pasiva, pero esencialmente para no subvertir las reglas civiles sobre la administración de bienes y responsabilidad patrimonial de los cónyuges.

Una última nota, con respecto al concurso de deudor casado, o incluso de acumulación de concursos, se refiere a la cuestión de la vivienda familiar, sea bien privativo o ganancial de los cónyuges. Como sabemos, no existe previsión de ningún tipo de inembargabilidad prevista para la vivienda familiar, por lo que su protección, ante las previsiones legales que apuntamos, solo se producirá cuando se trate de un bien privativo del cónyuge no concursado que requiera, o no, la disolución de la sociedad de gananciales, toda vez que, en el caso de que este bien sea absorbido por la masa activa, tanto por tratarse de un bien privativo del concursado, como por que se trate de un bien ganancial, la administración concursal podrá disponer libremente de él (sustituyéndose la voluntad conjunta de los cónyuges en relación con la disposición onerosa de bienes gananciales, por ejemplo, como se recoge en el art. 1377 CC español).

Sin embargo, el art. 78.4 LC establece que se dará preferencia a la inclusión de la vivienda familiar, en la masa de bienes del cónyuge no concursado, derivada de la disolución de la sociedad de gananciales o de la comunidad de bienes (siendo la vivienda un bien ganancial o común), sin perjuicio de, en caso de exceso, la masa activa del concurso tenga derecho a compensación. Esta protección, que aplaudimos, se ve mitigada, como sabemos, por el hecho de que, normalmente, a la vivienda familiar se agrega un préstamo hipotecario, lo que no permitirá trabar una eventual ejecución ya propuesta contra los deudores. Por otro lado, optándose por la acumulación de concursos, como se comprende, la vivienda familiar no escapa, a pesar de la división de los bienes gananciales, a ser absorbida por la masa activa.⁷⁹²

⁷⁹² La LC no establece cuales los criterios para determinar el valor a atribuir al bien, pero para evitar la concesión de un segundo beneficio al deudor que, según NANCLARES VALLE, equivale a la misma preferencia dada al cónyuge superviviente (art. 78.3 LC), el valor no se debería basar en la actualización del valor original, sino en el valor real de la vivienda a la fecha de su liquidación, toda vez que se concede un privilegio al deudor en perjuicio de sus acreedores. Véase NANCLARES VALLE, J., «Art. 77», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios...*, op. cit., p. 908. En contra, toda vez que el art. 78.3 LC señala que, para la cuestión de los pactos de supervivencia, excepto cuando la divergencia entre el valor así obtenido y el valor de mercado sea tan elevada que la adjudicación, en perjuicio de los acreedores, pierda su onerosidad, debería atenderse al criterio del valor actualizado. Véase JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J. «Presunción de donaciones y pacto de supervivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio», (Art. 78), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 1423.

La LC establece también, en su art. 78 LC⁷⁹³, reglas específicas en lo que concierne a los regímenes de *separación de bienes*, indicando dos presunciones *iuris tantum*, siempre que, como señala el art. 78.2 LC, los cónyuges no estén separados de hecho, o judicialmente (art. 81 CC español).⁷⁹⁴

Por norma, la existencia de separación de bienes elimina la mayor parte de los problemas planteados antes, toda vez que no existe patrimonio ganancial entre los cónyuges, lo que permitirá la formación de la masa activa del concurso de forma rápida, ya que todos los bienes y derechos serán privativos. Sin embargo, a fin de evitar que el cónyuge concursado, que se enfrenta a dificultades económicas, actúe fraudulentamente, en perjuicio de sus acreedores, a través de su esposo/esposa, la LC, toda vez que con tal acción se retiran los bienes de la esfera de patrimonio destinado, en general, a los acreedores, define las dos presunciones que referimos.

En la primera, prevista en el art. 78.1 LC, el legislador prevé que, declarado el concurso de persona casada, en régimen de separación de bienes, se presume, en beneficio de la masa, que ha donado a su cónyuge la contraprestación, satisfecha por este, para la adquisición de bienes

⁷⁹³ Establece el art. 78 LC: “1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. 2. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. 3. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno. 4. Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.”

⁷⁹⁴ Hay doctrina que entiende que tal reglamentación es desnecesaria, y debería ter sido expurgada del derecho concursal español, hasta incluso porque la ley española es la única que mantiene este tipo de reglas. Véase, a título ejemplificativo, ASUA GONZÁLEZ, C.I., «Régimen de separación y concurso de acreedores (las presunciones de donación del art. 78 de la Ley Concursal», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del consumidor y insolvencia familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 193 y FRADEJAS RUEDA, O.M., «Artículo 78», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 817.

a título oneroso, cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. Esta presunción es una novedad introducida con la LC. Para que opere la presunción, se exige que los acreedores o la propia administración concursal, acrediten suficientemente, a través de cualquier tipo de prueba

[...] bien la gratuidad en la adquisición de bienes procedente del patrimonio del deudor cuando dichos bienes se utilicen por el cónyuge *in bonis* como contraprestación en negocios jurídicos con terceros o bien que los bienes utilizados como contraprestación en los negocios jurídicos del cónyuge *in bonis* con terceros son de titularidad exclusiva del concursado [...]⁷⁹⁵

En la segunda, prevista en el art. 78.1 LC *in fine*, en el caso de que no se consiga determinar que la contraprestación proviene del patrimonio del concursado, se presumirá que la mitad de aquella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la dicha adquisición onerosa se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. Tal presunción tiene aparente equivalencia con la presunción muciana concursal, como se recoge en el art. 1442 CC español, que se considera tácitamente derogado, con la entrada en vigor de la LC.⁷⁹⁶ Se trata de una presunción más gravosa que la anterior, toda vez que quedan afectados todos los actos celebrados a título oneroso, con terceros, por el cónyuge no concursado, en el año anterior a la declaración concursal, por la mitad⁷⁹⁷, que deberá ser integrada en la masa activa del concursado, salvo que su cónyuge compruebe que los recursos utilizados en el pago de tales bienes provienen, exclusivamente, de su patrimonio. Con respecto a este punto, defiende la doctrina la introducción de una normativa que implique la evaluación de la capacidad económica del cónyuge del concursado, especialmente basada en su salario y recursos

⁷⁹⁵JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J, art. 78, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1418. Defienden los autores que la devolución, en beneficio de la masa activa, debe ser proporcional al montante utilizado en la adquisición, y no por entero, toda vez que la LC no determina el respectivo *quantum*.

⁷⁹⁶ El artículo 1442 CC español indica que “declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra.” Para mayor desarrollo de esta cuestión, véase ASUA GONZÁLEZ, C.I., «Régimen de separación y concurso de acreedores (las presunciones de donación del art. 78 de la Ley Concursal)», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del consumidor...*, *op.cit.*, p. 196 y ss. La autora defiende que solo se podrá hablar de derogación efectiva en los casos de adquisiciones de bienes a terceros, y no al propio concursado, cuando exista, además de una donación presunta, a través de negocio simulado, una efectiva contraprestación. En el mismo sentido, JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J., art. 78, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1417. Para mayor desarrollo sobre la presunción muciana concursal tal como se recoge en el art. 1442 CC español, véase CUENA CASAS, M., *La Protección de los Acreedores en el Régimen Económico Matrimonial de la Separación de Bienes*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 102 y ss.

⁷⁹⁷ Nos dice ASUA GONZÁLEZ que la introducción de la mitad tiene un propósito mitigador del impacto de la norma, incongruentemente, como señala, toda vez que aquí no “está suavizando para un caso en concreto las consecuencias de un régimen general, sino estableciendo *a medias* un régimen excepcional”. Véase ASUA GONZÁLEZ, C.I., «Régimen de separación y concurso de acreedores (las presunciones de donación del art. 78 de la Ley Concursal)», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del consumidor...*, *op. cit.*, p. 207.

propios, a la fecha de adquisición del bien,⁷⁹⁸ no siendo necesaria la prueba efectiva de la procedencia de los recursos.⁷⁹⁹

Con respecto a esta cuestión, señala CUENA CASAS la posible inconstitucionalidad de las normas arriba apuntadas, por violación de los art. 32 y 14 CE, toda vez que el matrimonio se trata de una institución social constitucionalmente garantizada que no puede ser tratada de forma desfavorable relativamente a otras formas de convivencia social, como son, en este caso, las parejas de hecho. Nos dice la autora, sistematizando la cuestión, que “lo que me parece que *no tiene justificación razonable es que los acreedores estén más protegidos cuando su deudor esté casado y se lleva bien con su pareja que cuando su deudor establemente y de manera notoria mantiene una convivencia íntima con una persona*”⁸⁰⁰.

Dos cuestiones más brotan, en relación con la consideración del matrimonio, en la constitución de la masa activa: la primera se refiere a la adquisición, por los cónyuges, de cualquiera de los bienes, mediante un pacto de supervivencia, ya que, en tal circunstancia, se considera que, declarado el concurso de cualquiera de ellos, es debida mitad de tales bienes, a la masa activa (art. 78.3 LC).⁸⁰¹ Esto porque el pacto de supervivencia consistirá en la adquisición de bienes, estando vigente el régimen de separación (o de participación), por los cónyuges, a razón de mitad para cada uno, transfiriéndose la titularidad de la mitad del cónyuge fallecido al cónyuge sobreviviente. Toda vez que se trata de un bien indiviso⁸⁰², durante la tramitación del concurso, se requiere que mitad del bien se ponga al servicio de la masa activa, so pena de que tal bien no pueda ser integrado en aquella. Al cónyuge no concursado se permitirá la adquisición de la totalidad del bien, entregando a la masa activa el pago correspondiente, determinado según las reglas previstas en el antedicho art. 78.3 LC, previendo específicamente la norma la situación de la vivienda habitual del matrimonio cuyo

⁷⁹⁸ ARNAU RAVENTÓS, L. *La declaración de concurso de persona casada...*, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁹⁹ En este sentido, véase CUENA CASAS, que añade también que en caso de que el pago haya sido aplazado, no hay lugar a la operatividad de la presunción. CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 172.

⁸⁰⁰ CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen...», *Familia...*, *op. cit.*, p. 175.

⁸⁰¹ Que el relevo de esta norma, según la doctrina, quede reducido solo en virtud del pacto de supervivencia -se encuentra específicamente previsto en el artículo 44 del Código de Familia catalán, ya que el Código Civil español no lo prohíbe ni prevé expresamente

⁸⁰² FRADEJAS RUEDA, O.M., «Artículo 78», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 821. Según la autora, este régimen permite crear, aunque incipientemente, a favor del cónyuge más pobre, una cierta comunicabilidad entre los bienes.

valor no será el valor de mercado, sino el precio de adquisición actualizado conforme a los índices de consumo específico, no pudiendo superarse el valor de mercado.⁸⁰³

La segunda cuestión, no exclusiva, pero relevante en caso de concursados casados, será la relativa las cuentas indistintas, prevista en el art. 79 LC. Aquí, prevé la ley que siempre que el deudor concursado figure como titular en cuentas bancarias indistintas, los correspondientes saldos se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario que la administración concursal acredite como suficiente. Se produce, por lo tanto, una presunción de titularidad de la totalidad de los fondos, relativa al propio concursado.

La cuenta bancaria de titularidad indistinta corresponde, como nos dice MUÑOZ GARCIA, a las cuentas bancarias en depósito corriente, cuando “hay varios titulares y cualquiera de ellos es titular solidario, a fin de que la firma de uno solo de ellos, y sin necesidad de concurrencia del resto, se podrán ejercitar los derechos derivados del contrato bancario”.⁸⁰⁴ La LC impone que la totalidad de los saldos acreedores se integren en la masa activa, pero este precepto puede desvirtuarse por dos vías: por un lado, cuando el cotitular de la cuenta sea el cónyuge no concursado, este opte por el previsto en el art. 77.2 LC y solicite la disolución de la sociedad de gananciales, en el caso de que sea este el régimen económico de matrimonio; por otro lado, cualquiera de los cotitulares (normalmente el cónyuge, el otro miembro de la pareja de hecho⁸⁰⁵, los hijos, los padres) puede comprobar la procedencia de los saldos contenidos en tales cuentas, para que se retire la parte que no pertenezca al concursado⁸⁰⁶, debiendo la administración concursal comprobar rigurosamente el origen de tales saldos, correspondiendo

⁸⁰³ Se trata de una novedad introducida por la LC, que no existe la ejecución individual, la atribución de un derecho de preferencia al cónyuge del deudor concursado. Tal como señala CUENA CASAS, puede causar extrañeza, en este campo, la introducción de normas exclusivamente de protección del cónyuge del concursado, cuando el legislador no ha tenido tal cuidado en el caso de los bienes gananciales, especialmente en lo que respecta a la vivienda habitual del matrimonio. CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *Familia y Concurso...*, *op. cit.*, p. 180-183.

⁸⁰⁴ MUÑOZ GARCIA, C., «Cuentas indistintas de titularidad conyugal. Protección del derecho de crédito del cónyuge no concursado», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 194.

⁸⁰⁵ Para mayor desarrollo, véase AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Tratamiento de la situación de las parejas no casadas en la ley concursal», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 533.

⁸⁰⁶ Como señala NANCLARES VALLE, no se trata de un crédito contra la masa, sino de un derecho a separación, como se recoge en el art. 80 LC. NANCLARES VALLE, J. «Artículo 79», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 911. En el caso de que no sea posible a la masa activa la devolución de tales cuantías, el tercero se constituirá entonces en acreedor de la masa, de acuerdo con el art. 84.2.9 LC. Véase, en este sentido, BONARDELL LENZANO, R., «Artículo 79», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 825.

aun al tercero el recurso a una reclamación tramitada a través de incidente concursal (art. 79.2 y 192 LC), en caso de recusa.

Cuando se produzca la declaración de insolvencia de ambos cónyuges, tramitándose *ab initio*, o por acumulación, los concursos, la aprehensión de las cuentas bancarias solidarias tendrán que ser cuidadosamente evaluadas. En el primer caso, toda vez que la operación de construcción de la masa activa no se hace conjuntamente, tendrá que aplicarse la división de los correspondientes saldos, teniendo en cuenta la titularidad de los mismos, o sea, a los cónyuges es lícito la solicitud de separación se aplique; si no se logra la prueba, tratándose de bienes gananciales, tendrá que optarse por la mitad; en el segundo caso, aprehendiéndose la totalidad de los saldos, a favor de una de las masas activas, quedará, también, incólume, el derecho de separación.

3 – Apertura de la liquidación

Hemos indicado, en la introducción de este capítulo, que la liquidación del patrimonio del deudor podrá encararse desde diferentes perspectivas. En este punto, cabe destacar aquellas que permiten considerar la liquidación como una opción expresa del deudor, tal como ocurre en la LC, frente la figura de la liquidación como solución residual, que consta tanto en la LC, como en el CIRE.

Empezando por la liquidación derivada de opción expresa del deudor, hay que precisar, en primera instancia, que tal ocurrirá, particularmente, en los casos en los cuales el deudor se encuentra en disposición de sacrificar su patrimonio, lo que le permitirá una forma de pago, en teoría, más rápida, al revés de la procedente de un convenio o plan de pagos: esto puede afirmarse debido a las limitaciones temporales impuestas por la ley, como se recoge en los art. 153.1 LC (un año desde la apertura de la liquidación) y 169 CIRE (un año desde la fecha de celebración de la junta de acreedores), para finalización de esta fase, pudiendo tales plazos ser prorrogados.

Sin embargo, la liquidación no implica, al final del proceso, la extinción de los créditos impagados; por otro lado, para que la liquidación tenga éxito, aunque relativo, el deudor deberá ser detentor de una masa de bienes que le permita la extinción tendencialmente total de

sus deudas, so pena de que la situación de insolvencia no se quede resuelta con el cierre del proceso. Por último, los bienes del deudor también podrán, conforme a su tipo, no tener una gran demanda, por lo que se podrán arrastrar las operaciones de liquidación.

Además de estos elementos, hay aun que añadir que las facultades de administración/disposición del deudor, como se aprecia por la lectura de los art. 145.1 LC y 81.1 CIRE, quedan suspendidas durante toda la fase de liquidación. También, ante el régimen español, se extinguirán los derechos alimentarios a cargo de la masa activa (art. 145.2 LC) lo que podrá causar serios constreñimientos al deudor y a los familiares que de ellos dependen. El CIRE no contiene idéntica norma, por lo que, basándonos en la lectura combinada de los art. 51.1.g) y 172.3 CIRE, que nos dicen que los créditos de la masa serán pagados en las fechas de su vencimiento, cualquier sea el estado del proceso, podemos afirmar que estas obligaciones no extinguirán con la fase de liquidación.

Todos estos elementos para caracterizar una solución legal que no presenta especificidades relativas al tipo de deudor, es decir, la liquidación es verdaderamente una solución universal que no exige una normativa específica, como hemos indicado para los dos modos de conclusión del proceso anteriormente tratados, con dependencia del tipo de deudor de que se trate. En estos términos, no se introducirán normas de carácter protector de los intereses del deudor consumidor en la liquidación, sino en la constitución de la masa activa, que sirve, como vimos, tanto las soluciones negociales como de carácter liquidador. Optando por la liquidación, o no logrando obtener ninguna otra solución, el deudor consumidor se someterá a la venta integral de los bienes que constituyan la masa activa del concurso.

3.1 – El régimen del CIRE

En lo que respecta al régimen portugués, no existe una previsión legal para que el deudor pueda optar directamente por la liquidación del patrimonio. Esto significa que el deudor podrá optar por pedir un plan de pagos o, como alternativa, la liquidación de su patrimonio con exoneración del pasivo restante, pero no puede solicitar la liquidación pura y simple, que se mantiene como la solución residual, o sea, cuando el deudor no requiere ninguna de las otras alternativas o, haciéndolo, no logra la aprobación necesaria para ninguna de ellas.

Así, pues, en el caso de que no requiera ni el plan de pagos (que deberá ser presentado conjuntamente con la solicitud de concurso, o en el plazo de oposición, cuando se trate de concurso iniciado por otro legitimado – art. 251 y 253 CIRE), ni la exoneración del pasivo restante (que puede solicitarse de acuerdo con el art. 236.1 CIRE, nunca después de la realización de la junta de acreedores), o no siendo estos dos mecanismos, alternativos, aprobados, la liquidación se abrirá con la celebración de la junta de acreedores prevista en el art. 156 CIRE, que busca evaluar el informe de la administración concursal, y se realiza en el plazo establecido, por el auto que declara la insolvencia (45 a 75 días después de aquello, según el art. 36 n) CIRE).

Nos parece, como veremos enseguida en el caso español que, si el deudor no pretende requerir ninguna de las formas específicas de conclusión del proceso arriba indicadas, debería consagrarse en el proceso la posibilidad de que el deudor manifieste directamente su voluntad de dirigir el proceso directamente a la liquidación, a fin de que se pudiera, por ejemplo, reducir los plazos para la marcación de la junta de acreedores, toda vez que estos solo tendrán la tarea de analizar el informe presentado por el administrador de insolvencia, principalmente en el sentido de observar la correcta constitución de la masa activa.

De hecho, al leer el contenido de los artículos 155 y 156 CIRE, observamos que la junta de acreedores, cuando no se trata de un deudor de tipo empresarial, pierde mucha de su importancia: el primer artículo establece que el informe deberá pronunciarse sobre los documentos aportados por el deudor (art. 24 CIRE), así como sobre todos los elementos que considere relevantes para la tramitación del proceso, toda vez que no se aplicarán ninguno de los párrafos restantes, incluyendo el c) que, caso estuviese en cuestión un deudor empresario, implicaría que el administrador pudiera pronunciarse sobre la conveniencia de la aprobación de un plan de insolvencia que, como sabemos, no se aplica al deudor no empresario.

El informe deberá ir acompañado, como se recoge en el art. 155.2 LC, por el inventario y, de acuerdo con el art. 156 CIRE, desnudo de todo su carácter empresarial, reservase a la junta de acreedores la evaluación del informe así dibujado, y nada más. Esto porque el artículo establece un conjunto de decisiones que deberán tomarse, como la decisión sobre la continuación o no de la empresa, así como sobre la elaboración o no del plan de insolvencia, que no serán aplicables al deudor consumidor. De este modo, debido al hecho de que el

informe del administrador siempre revestirá un carácter más sencillo, así como la junta de acreedores desarrollará funciones de menor importancia, podría, del modo que hemos señalado, con la comunicación directa del deudor sobre la liquidación, anticiparse el inicio de la liquidación.

3.2 – El régimen de la LC

En lo que concierne a la liquidación establecida en la LC, se definen tres posibilidades en lo que respecta a la apertura de la sección quinta, aquí referida a la liquidación y no al convenio: esta sección puede abrirse a solicitud del deudor o de los acreedores (art. 142 LC); el deudor puede solicitar la liquidación anticipada (art. 142 bis LC); la liquidación puede ordenarse *ex officio* (art. 143 LC).⁸⁰⁷

⁸⁰⁷ El art. 142 LC dice: “1. El deudor podrá pedir la liquidación: 1 -Con la solicitud de concurso voluntario; 2- Siempre que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite. 3 - Si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110. 4 - Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio conforme al apartado 1 del artículo 113, salvo que el propio deudor hubiere presentado una suya. 2. Dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, si el deudor así lo hubiese solicitado conforme al apartado anterior, el Juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de liquidación. 3. El deudor debe pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. 4. Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley. Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 de esta Ley y resolverá el Juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación.”

El art. 142 bis LC dice: “1. El deudor podrá presentar una propuesta anticipada de liquidación para la realización de la masa activa hasta los quince días siguientes a la presentación del informe previsto en el artículo 75. El Secretario judicial dará traslado de la propuesta anticipada de liquidación a la administración concursal para que proceda a su evaluación o formule propuestas de modificación. El escrito de evaluación o modificación emitidos antes de la presentación del informe de la administración concursal se unirá a éste, conforme al apartado 2 del artículo 75. Si la propuesta anticipada de liquidación se presentara después de emitido el informe, el Secretario judicial dará traslado de ella a la administración concursal para que en el plazo no superior a diez días proceda a su evaluación o propuesta de modificación. Este escrito y la propuesta anticipada de liquidación se notificará en la forma prevista en el apartado segundo del artículo 95. Las partes personadas y demás interesados podrán formular observaciones a la propuesta anticipada de liquidación en el plazo y condiciones establecidas en el apartado primero del artículo 96. 2. El Juez, a la vista de las observaciones o propuestas formuladas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 149 y los intereses del concurso, resolverá mediante auto rechazar o aprobar la liquidación anticipada, bien en los términos propuestos bien introduciendo modificaciones en la misma. El auto que apruebe el plan de liquidación acordará la apertura de la fase de liquidación, a la que se dará la publicidad prevista en el artículo 144, se producirán los efectos propios de la misma, y se dejarán sin efecto las propuestas

En el primer caso, el deudor puede proceder a la llamada liquidación voluntaria⁸⁰⁸, de acuerdo con el dicho art. 142, pudiendo solicitarla en tres distintos supuestos: con la solicitud de concurso voluntario (apartado 1, inciso 1 y art. 6.4 LC, debiendo acompañarse la solicitud con un plan de liquidación); desde la declaración de concurso hasta el agotamiento del plazo para impugnación del inventario y de la lista de acreedores, siempre que no haya impugnaciones (o, habiéndolas, hasta que se ponga de manifiesto, en la Oficina Judicial, el texto definitivo de aquellas), siempre que no haya presentado una propuesta de convenio o, siendo presentada una anticipada, esta no sea admitida a trámite (apartado 1, inciso 2); por último, en el caso de que no tenga presentada ninguna propuesta, el deudor puede paralizar el intento de los acreedores por negociar, de acuerdo con el art. 113.1 LC, solicitando la apertura de liquidación en los cinco días posteriores a la solicitud, por aquellos, de la apertura de la fase de convenio (apartado 1, inciso 3).

El proyecto de reforma de 2011 viene simplificar increíblemente la apertura de la liquidación voluntaria, eliminando todos los incisos anteriores y sustituyéndolos por un único apartado en el cual se expresa que *el deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento*, correspondiendo al juez la apertura de la fase de liquidación en los diez días siguientes a tal

de convenio que hubieran sido admitidas. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación con los efectos previstos en el artículo 98. El pago a los acreedores se efectuará según el establecido en la sección IV del capítulo II del título V de esta Ley. El juez podrá autorizar el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.”

El art. Artículo 143 LC dice: “1. Procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación en los siguientes casos:

1 - No haberse presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el artículo 113 o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas. 2 - No haberse aceptado en junta de acreedores, o en la tramitación escrita del convenio, ninguna propuesta de convenio. 3 - Haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores sin que proceda acordar nueva convocatoria. 4 - Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez. 5 - Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio. 2. En los casos 1 y 2 del apartado anterior, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento. En cualquiera de los demás casos, la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive.”

⁸⁰⁸Véase HUALDE LÓPEZ, que nos dice que “la mayor discrecionalidad para llegar a la apertura de la fase de liquidación corresponde al deudor (...) tanto para dirigir el procedimiento desde el inicio hacia una solución liquidatoria como para alterar el rumbo de un proceso que de forma natural conduciría a una solución consensuada.”. HUALDE LÓPEZ, I., *La fase de liquidación en el proceso concursal – Apertura, efectos y operaciones de liquidación*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 73.

solicitud. Esta modificación que, sin duda, se aplaude, por permitir una mayor celeridad procesal, atribuye una extraordinaria libertad al deudor para definir los destinos del proceso; sin embargo, el deudor debe decidir cuidadosamente, toda vez que, no existiendo, en la ley española, la exoneración del pasivo restante, una liquidación infructuosa conducirá a que su agonía financiera pueda prolongarse más que a través del convenio.

En relación próxima con la liquidación voluntaria aquí prevista, encontramos el art. 142 bis LC, que establece los requisitos para la solicitud de liquidación anticipada, por parte del deudor. Esta solicitud, según el apartado 1 de dicho artículo, puede producirse hasta los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal, previsto en el art. 75 LC.

Esta modalidad fue introducida por el RD 3/2009, y pretende evitar la dilación temporal del concurso, corriendo este plazo simultáneamente a aquel en el cual el deudor podría presentar una propuesta ordinaria de convenio, demostrando su voluntad por liquidar su patrimonio, y que le permitirá presentar un plan de liquidación, que tendrá como consecuencia la no aplicación del plan de liquidación proveniente de la administración concursal (art. 148 LC), o derivado de las normas generales (art. 149 LC). En lo que respecta a la coordinación de este artículo con el anterior, no se exige la presentación, por parte del deudor, de un plan de liquidación en los casos previstos en los incisos 2 y 3 del apartado 1, pero se exige en el caso del inciso 1, es decir, solicitud de liquidación en simultáneo con la solicitud del concurso – en tales circunstancias, se considera propuesta, a efectos del art. 142 bis, la liquidación anticipada.⁸⁰⁹ De este modo, cuando no desee sufrir dichas consecuencias, corresponderá al deudor, exclusivamente, utilizar la solicitud de liquidación anticipada, y no la solicitud de liquidación del art. 142.1 LC.⁸¹⁰

Mientras de la idea indicada más arriba, el proyecto de reforma de 2011 viene a crear, dentro del proceso abreviado (como tantas veces hemos afirmado, el más adecuado al deudor

⁸⁰⁹HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 142 bis», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 364. Nos dice el autor que tal solicitud contiene desde luego la voluntad de anticipación de la liquidación, siendo desnecesaria la presentación doble del mismo documento. Además, la ley impone solo un plazo para que sea entregada la propuesta, no indicando desde cuando se podrá proponerla.

⁸¹⁰LÓPEZ SÁNCHEZ critica la opción del legislador de atribuir en exclusiva al deudor la posibilidad de requerir la apertura anticipada de la liquidación, indicando que también se podría extender tal posibilidad a la administración concursal. Véase LÓPEZ SÁNCHEZ, J., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La Reforma de la Ley Concursal...*, op. cit., p. 145.

consumidor persona física) un nuevo régimen para la evaluación del plan de liquidación que se presente en simultáneo con la solicitud de concurso. En el nuevo art. 191 ter se establece que, si el deudor solicita anticipadamente su liquidación, el juez declarará, de inmediato, la apertura de la fase de liquidación (apartado 1). En este caso, se dará traslado del plan, a fin de que, en el plazo de diez días, administración concursal y acreedores puedan pronunciarse sobre él, y no se indican cuáles son las consecuencias de no concordancia con su contenido, porque cualquier impugnación relativa al inventario o lista de acreedores no suspenderá, por norma, la liquidación de los bienes – art. 191 ter.3 LC, por lo que, evaluado el plan por el juez, la propuesta del deudor parece cobrar fuerza en estos supuestos.

Se ha aplaudido mucho esta formulación legal, en virtud de la reducción del dispendio de tiempo hasta el inicio de la liquidación que podría observarse en la tramitación ordinaria. En el caso de que el deudor recurra al proceso concursal con la intención de despojarse de su patrimonio, la ley deberá contribuir al cumplimiento rápido de tal voluntad.

Por último, en relación con la liquidación anticipada, tal como se recoge en la LC, corresponderá a la administración concursal y a los demás interesados (acreedores, cónyuge del concursado, por ejemplo) pronunciarse sobre su contenido, como se prevé en el art. 142 bis.1 LC, pudiendo también la administración concursal proponer modificaciones al plan de liquidación originalmente presentado. Al final, corresponderá al juez, discrecionalmente, teniendo en cuenta las observaciones o propuestas formuladas, la confrontación del plan de liquidación propuesto y las reglas supletorias del art. 149 LC, así como los intereses del propio concurso (incidiendo en los intereses de los acreedores, especialmente en el pago que lograrán obtener con tal plan)⁸¹¹, aprobar, rechazar o modificar el plan de liquidación – su aprobación permitirá la apertura de la fase de liquidación.

Por otra parte, al deudor, más que las posibilidades arriba descritas, se impone un deber de solicitud de la apertura de la fase de liquidación, conocida por liquidación necesaria⁸¹², de acuerdo con el apartado 2 del art. 142 LC, cuando el deudor observe, durante la pendencia del

⁸¹¹ Tratándose de un plan de liquidación, el interés del deudor, que opta por sacrificar su patrimonio a favor de sus acreedores, tendrá una natural desconsideración por el juez. Otros intereses apuntados, teniendo en vista esta norma, presentan una mayor importancia en los casos de deudores empresarios, como es la continuación de la actividad empresarial o profesional. Tampoco corresponderá al juez, por norma, forzar la negociación, toda vez que no podrá hacer con certeza juicios de prognosis sobre una eventual propuesta de convenio.

⁸¹² HUALDE LÓPEZ, I., *La fase de liquidación...*, op. cit., p. 95.

convenio, su incapacidad de pago de las obligaciones convenidas, conjuntamente con otras que entretanto haya contraído. Tal significa que el deudor reconoce, de nuevo, su estado de insolvencia.⁸¹³

En este punto, no se permite la negociación del convenio acordado, sino que se procede a la apertura de la liquidación que, en el caso de que el deudor no requiera, puede obtenerse, oficiosamente, con la declaración de incumplimiento del convenio, a requerir por los acreedores afectados (art. 143.1.5, vía art. 140). Al revés de lo que ocurre con la declaración de incumplimiento, que implica la calificación del concurso como culposa (art. 164.2.3 LC), el incumplimiento de este deber no acarrea ninguna sanción.⁸¹⁴

A los acreedores, observados los presupuestos del art. 142.4 LC, se atribuye también legitimación para solicitud de apertura de la sección de liquidación, exclusivamente en los casos en los cuales se ha aprobado un convenio. Los presupuestos incidirán en requisitos procesales y materiales. De acuerdo con el primero, cuando el deudor solicite con anterioridad la liquidación (art. 142.3 LC), se impedirá de inmediato la solicitud a los acreedores, una vez que no restaría sentido procesal práctico a tal actuación.

Superado este requisito, deberemos observar los requisitos materiales que, tal como se recoge en la remisión de la norma, no son más que los presupuestos que legitiman los acreedores a instar el concurso – art.2.4 LC. Este artículo debe articularse con la legitimación del deudor: si, en la duración del convenio, observada la insolvencia, es lícita la solicitud de apertura de la liquidación, le será permitido, igual que en la apertura de concurso, a los acreedores, manteniéndose un cuadro de igualdad procesal entre las partes.

Sin embargo, como bien señala la doctrina⁸¹⁵, la verificación de alguno de los presupuestos materiales indicados en el artículo se equiparará, tal como se prevé en el art. 140.1 LC, a una situación de incumplimiento del convenio, con la estricta diferencia de que, en este caso, se

⁸¹³BELTRÁN, E., «Apertura de la liquidación a solicitud del deudor o de acreedor», (art. 142), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 2309.

⁸¹⁴La doctrina ha discutido la equiparación de este deber al deber de solicitud del concurso, previsto en el art. 5, pero el carácter restrictivo con que interpretan las normas de calificación no permite sancionar, por esta vía, el incumplimiento. En este sentido, HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 142», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 356 y SACRISTÁN REPRESA, M., «Artículo 142», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1302.

⁸¹⁵HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 142», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 358.

tendrá que probar un incumplimiento que afecte directamente al acreedor demandante, mientras que, en el art. 142.4 LC, la ley legitima cualquier acreedor⁸¹⁶, objetivamente observado alguno de los hechos del art. 2.4 LC. Se trata, por lo tanto, en dos opciones disponibles al servicio de los intereses de los acreedores que, tanto en uno como en otro caso, tendrán que acreditar el incumplimiento de las obligaciones pactadas o, en términos generales, los presupuestos de insolvencia del art. 2.4 LC. Hay que destacar, por último, que a los acreedores, como bien se comprende, para evitar la total desprotección del deudor en el proceso concursal, se les impide la posibilidad de forzar la liquidación fuera del campo de la vigencia del convenio, y no se les permite tal opción ni en la fase común, ni en la fase de aprobación del convenio.

Por último, la apertura de la sección de liquidación puede hacerse oficiosamente, tal como señala el art. 143 LC, en circunstancias determinadas, previamente indicadas. Así, tal situación se producirá cuando no se haya presentado ninguna propuesta en la fase ordinaria de convenio (art. 113 LC) o, cuando si hayan presentado, no hayan sido admitidas a trámite (art. 143.1.1 LC); cuando ninguna propuesta de convenio se haya aceptado en la junta de acreedores (art. 143.1.2 LC); siempre que se haya rechazado, por resolución judicial firme, una propuesta aceptada en la junta de acreedores, sin que se proceda a convocar nueva junta (art. 143.1.3 LC); cuando se declare la nulidad de un convenio aprobado por el juez (art. 143.1.4 LC); caso se declare el incumplimiento del convenio (art. 143.1.5 LC).

En estos casos, la inacción de las partes, en lo que respecta a la negociación del convenio, así como el rechazo de los acreedores, el rechazo del juez en la admisión a trámite o en la aprobación de un convenio aprobado y, también, las declaraciones de nulidad o de incumplimiento del convenio aprobado podrán provocar la apertura de la fase de liquidación, a la que se aplicarán los art. 148 y ss. LC. Aquí se observa, plenamente, el carácter residual de la insolvencia.

En conclusión, a pesar de no ser la opción normalmente pensada para el deudor consumidor, la liquidación puede, con la adecuada composición de la masa de bienes, servir los intereses

⁸¹⁶ Según BELTRÁN, se incluirán todos los acreedores concursales, acreedores de la masa y acreedores cuyas obligaciones se hayan contraído en la vigencia del convenio, incluso los no afectados por el convenio (por ejemplo, los acreedores con privilegio especial que se han adherido o aprobado directamente el convenio). BELTRÁN, E., art. 142, ROJO-BELTRÁN, *ComLc*, Tomo II, *op. cit.*, p. 2312.

del deudor, permitiéndole cerrar más rápidamente el proceso de lo que ocurriría con el convenio que, temporalmente, se prolongará en el tiempo.

Sin embargo, la liquidación no será opción en los concursos en los cuales el deudor no logre reunir una masa de bienes suficiente (o suficientemente fuerte, ante el tipo de bienes y su valor en el mercado, con especial incidencia para los bienes inmuebles que, actualmente, se han desvalorizado) para afrontar la mayor parte de las deudas incumplidas, una vez que sus obligaciones remanentes no se extinguirán con el cierre del proceso. Por lo tanto, falta a la LC aquello que se ha implementado ya en Portugal, y de que hablaremos en el punto siguiente: la exoneración del pasivo restante, o sea, la posibilidad de que el deudor se libere de las deudas sobrantes, liquidado su patrimonio.

4 – La exoneración del pasivo restante

4.1 - Caracterización general

Junto con el plan de pagos, que hemos tratado más arriba, otra de las innovaciones acotadas al derecho concursal portugués fue la introducción de la exoneración del pasivo restante, tal como se recoge en el art. 235 y ss. Afirma el legislador en el Preámbulo del CIRE, en su considerando 45

[...] El Código conjuga de forma innovadora el principio fundamental del resarcimiento de los acreedores con la atribución a los deudores personas físicas insolventes la posibilidad de exoneración de algunas de sus deudas, y les permite su rehabilitación económica. El principio del *fresh start* para las personas físicas de buena fe que incurren en situación de insolvencia, tan difundido en los Estados Unidos y recientemente incorporado en la legislación concursal alemana, es ahora también acogido entre nosotros [...] ⁸¹⁷

Tal como se define en el art. 235, la exoneración consiste en la posibilidad, dada al deudor persona física, de liberación de las deudas que no sean pagadas integralmente en el transcurso del proceso de insolvencia, así como en los cinco años posteriores al cierre del proceso, que se producirá, como se recoge en el art. 230.1.a) CIRE, tras el prorrateo final (art. 182 CIRE). Este mecanismo, cuya introducción ha sido muy aplaudida, tiene como principal objetivo liberar el deudor y su familia de la perpetuación de las obligaciones que han generado su endeudamiento y, consecuentemente, su insolvencia. Se pretende que el deudor pueda,

⁸¹⁷Traducción nuestra.

literalmente, empezar de nuevo, o sea, pasado un determinado período donde se encontrará obligado al pago de sus deudas evaluadas en el concurso, se potencia la recuperación financiera, y se ve liberado de las obligaciones pasadas.

Esto es así porque la inexistencia de tales mecanismos en la ley concursal, en caso de no extinción, a través de liquidación, de la masa pasiva, conduce a situaciones, como las que señala brillantemente FERNANDÉZ SEIJO cuando dice

[...]que los acreedores podrán reiniciar sus ejecuciones singulares – retenciones de solo unos euros de por vida sobre pensiones o salarios con múltiples cargas -, con lo cual se producirían tras el sobreseimiento del concurso los efectos que con dicho concurso se pretendían proveer convirtiendo al concursado en un remedo de «Sísifo», que tras ascender la colina suportando la dura carga de la gestión del concurso ve como su situación se despeña colina abajo cuando, al archivarse el concurso, los acreedores reactivan las garantías y formas de cobro que pretendía iludir.⁸¹⁸

Como hemos indicado antes, la exoneración del pasivo restante tiene su origen en el *chapter 7* del *Bankruptcy Code* americano⁸¹⁹, encontrando consagración, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico alemán (párrafo. §238.II), portugués (art. 235 y ss. CIRE) y francés (art. 337.7.1 *Code de la consommation*), si bien con diferentes matices, relacionados, esencialmente, con la entrada en vigor de la medida (inmediatamente después de la liquidación, en el caso americano, o agotado el período de pagos posterior a la liquidación, como en los casos alemán y portugués), o con el tipo de deudas excluidas. Además, con respecto a los anteproyectos ya indicados de reglamentación del tratamiento del sobreendeudamiento, fallados, este mecanismo es preconizado, como en el art. 591 del Anteproyecto del Código del Consumidor portugués, o en el art. 33 b) de la proposición de ley núm. 122/000295 y de la proposición de ley núm. 622/000012. Se observa, por lo tanto, que la exoneración del pasivo restante es concebible tanto en un marco de tratamiento de la

⁸¹⁸FERNANDÉZ SEIJO, J.M. «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», *El Futuro...*, *op. cit.*, p. 281. Explicado de otra forma, véase SCHMIDT, que designa tal situación como “torre del deudor”, o sea, el deudor queda “de por vida encerrado en una torre y sin posibilidades de volver a llevar una existencia digna”. SCHMIDT, K., *apud* CUENA CASAS, M., «Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 762, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, disponible en www.westlaw.es, consultado por última vez el 13 de febrero de 2011.

⁸¹⁹La política del *fresh start* tiene origen en una serie de factores -económicos, sociales, religiosos - inherentes a la sociedad norteamericana, que se distinguen de los observados en las sociedades europeas, como queda patente en LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento ...*, *op. cit.*, pp. 215-216.

insolvencia judicial, integrada en supuestos especiales del concurso, como en leyes extravagantes con origen en el Derecho de Consumo.

Se pueden encontrar varios objetivos o propósitos en la figura de la exoneración del pasivo restante: *el espíritu del fresh start, la socialización del riesgo y la prevención de la exclusión social*.⁸²⁰

Indica HULS que, en la mayor parte de los derechos europeos, se ha diseminado la idea del proceso concursal como un estigma, poniéndose la total culpa en el deudor, y obligándose al pago total de las deudas. Sin embargo, esta idea no es aceptable en sociedades de consumo que promueven el crédito y caracterizan su riesgo como un efecto positivo.⁸²¹ De este modo, el *fresh start* encierra, esencialmente, la idea de conceder una nueva oportunidad al deudor, a través del *discharge*, a fin de que este recupere su capacidad económica, pero circunscribiendo tal concesión a un tipo de deudores insolventes específicos – los deudores de buena fe.⁸²² Entran en esta previsión legal, todos los deudores que superen los criterios que les permitan su inclusión en la noción de sobreendeudamiento pasivo, es decir, aquellos deudores que, sin culpa, se han visto en una situación de insolvencia inminente o actual (estado objetivo que les abrió la puerta para recurrir al proceso concursal) derivada de hechos externos a su comportamiento, o sea, desempleo, enfermedad prolongada, divorcio, subida de los tipos de interés, entre otros.⁸²³

Por este motivo, sintetiza FERNÁNDEZ CARRON que “todas las legislaciones que contemplan la exoneración del pasivo restante en el concurso indican que el deudor no puede beneficiarse de ella cuando su conducta haya contribuido de alguna manera a ocasionar o agravar la situación de insolvencia”.⁸²⁴ A los concursados de mala fe, con las respectivas restricciones (recuérdese el art. 105 LC para la propuesta anticipada de convenio), se permite

⁸²⁰ Así lo señala GARCÍA-VICENTE, J-R., «¿Un régimen especial para el concurso de consumidor? Notas sobre la exoneración de deudas pendientes», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 218.

⁸²¹ HULS, N. «Overindebtedness and overlegalization: ...», *Journal of Consumer Policy*, núm. 20, *op. cit.*, p. 144.

⁸²² Para mayor desarrollo, véase lo que se dice acerca del sobreendeudamiento, en el Capítulo I.

⁸²³ Como señala NIEMI, el sobreendeudamiento es un proceso que, a pesar del incidente que desencadena la imposibilidad de cumplir contribuir gravemente para ello, ha empezado previamente con la contratación de créditos o realización de gastos que, controlados dentro del presupuesto familiar, se descontrolan con la verificación de tal evento externo. NIEMI, J., «Overindebted Households and Law: Prevention and Rehabilitation in Europe», Niemi-Kiesiläinen, J, Ramsay, I. e Whitford, W. (dir), *Consumer Credit, Debt & Bankruptcy*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 90.

⁸²⁴ FERNÁNDEZ CARRON, E., *El Tratamiento...*, *op. cit.*, p. 137.

el recurso al proceso concursal para una búsqueda de la solución en otra de las formas de conclusión del proceso expuestas. Como veremos, la superación de varios criterios, para evitar el rechazo de la pretensión, se encuentra recogida en la ley portuguesa, más concretamente en el art. 238 CIRE, para la admisión a trámite de la propuesta, y art. 243 CIRE, sobre los criterios a aplicar en el período de cesión.

Sintetiza GUTIÉRREZ DE CABIDES que “el fracaso económico es un fenómeno natural, humanamente comprensible, que no ha de tener necesariamente una connotación negativa ni implicar una actuación dolosa o temeraria del deudor”⁸²⁵, lo que lo tornará digno de una nueva oportunidad por parte de la ley, de sus acreedores, y del propio mercado.

En segundo lugar, la introducción de la exoneración del pasivo restante tiene como propósito la *socialización del riesgo de la insolvencia*. Tal como señala BELTRÁN, puede encararse la insolvencia como un “riesgo asociado a la expansión del mercado financiero presuponiendo que el mercado ha de asumir parte del riesgo”.⁸²⁶ En gran parte de los casos, la mayor de las deudas en que se basa la insolvencia del consumidor persona física (o que la han precipitado), deriva precisamente de créditos concedidos para consumo, siendo lícito que se propugne una solución normativa que, ante el surgimiento fortuito de la insolvencia, permita que los efectos nefastos de aquella no se concentren solamente en los deudores, sino que se repercutan también en los acreedores que, en épocas de expansión o crecimiento económico⁸²⁷, han permitido la contratación de créditos que, en situación de crisis financiera familiar derivada de determinados factores, como queda dicho, haya desembocado en insolvencia.

Por otra parte, como nos dice FRADE, no se comprende la tolerancia con que, habitualmente, la ley trata las empresas en dificultades, en comparación con los deudores personas físicas, especialmente cuando se encuentran en un contexto de endeudamiento familiar, toda vez que aquellas, cuando revelada su situación de insolvencia, no podrán extinguirse, en último caso, quedando sus necesidades primarias, como la habitación, la alimentación, la educación de los

⁸²⁵GUTIÉRREZ DE CABIDES, P., *El Sobreendeudamiento...*, *op. cit.*, p. 204. Tal idea viene plasmada en la *Guía Legislativa sobre el Régimen de La Insolvencia* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), p. 331, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf, consultado por última vez el 28 de diciembre de 2010.

⁸²⁶BELTRÁN, E., «El concurso de consumidores...», *Endeudamiento...*, *op. cit.*, p. 140.

⁸²⁷La llamada política blanda de concesión de créditos al consumo, como indica PULGAR EZQUERRA, J., «Concurso y consumidores...», *RDCP*, núm. 9, *op. cit.*, p. 44.

hijos, vivas.⁸²⁸ Hemos visto, en nuestro estudio, cómo en determinados preceptos las empresas son valoradas en detrimento de los consumidores, tratándose, además, la LC, de una ley concursal universal (recordamos la imposibilidad de paralización de las ejecuciones hipotecarias, concedida excepcionalmente a los deudores empresarios).

Con relación a este punto, en último lugar, podremos concluir con los términos de TRUJILLO DÍEZ, que corresponderá a las entidades suministradoras de crédito disminuir los riesgos de insolvencia de sus clientes mediante la prevención o la internalización de tales riesgos: “sólo haciendo al acreedor parcialmente responsable del sobreendeudamiento del consumidor, se le incentivará para que ponga mayor cuidado a la hora de conceder el crédito y en la valoración del riesgo concreto que la operación conlleve.”⁸²⁹

Pensamos que este vector es en el cual deberemos sustentar la defensa de los mecanismos de exoneración del pasivo restante con mayor acuidad: la presión ejercida por el sector bancario y financiero sobre los mercados puede impedir al legislador adoptar medidas más completas que las preventivas, que permiten, en primera instancia, disminuir los riesgos de contratación de crédito condenado al fracaso – es decir, al eventual incumplimiento. Pero cuando, en una situación de crisis intensa y prolongada, se observa un aumento exponencial de las familias insolventes, incapaces de cumplir estructuralmente sus obligaciones, es función primordial del legislador apuntar las agujas hacia la protección de los consumidores, responsabilizando las entidades concedentes de crédito, en mayor cuantía, por el riesgo asumido. Esto nos conduce al último aspecto de la tríada de razones apuntadas para la defensa de la exoneración del pasivo restante.

La introducción, en la ley positiva, de la exoneración del pasivo restante obvia, también, la marginalización o exclusión social del deudor persona física consumidora, no solo evitando el ingreso en un ciclo prolongado o estado casi irreversible de pobreza, sino, como motivación indirecta, permitiendo un regreso más rápido del consumidor al mercado del que queda apartado⁸³⁰, en virtud de su insolvencia, pero esencialmente de la perpetuación de esta,

⁸²⁸ FRADE, C., *A regulação...*, *op. cit.*, p. 531.

⁸²⁹ TRUJILLO DÍEZ, I., *El Sobreendeudamiento...*, *op. cit.*, p. 23. El autor indica también que el sector profesional de créditos cuenta con varios medios para dispersar el riesgo, particularmente con la generalización de los seguros contra impago de obligaciones.

⁸³⁰ LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento ...*, *op. cit.*, pp. 215. Tal idea, que tiene fuerte presencia en el derecho anglosajón, expresa que el consumidor es un importante agente económico en el mercado, siendo importante su rápida incorporación en aquél.

derivada de la demanda de los acreedores que se prolonga más allá del proceso de insolvencia. Tal como indica GARCÍA-VICENTE, este fundamento tiene un tenor más largo que aquellos utilizados para justificar la inembargabilidad de los bienes en el proceso ejecutivo, que buscan el mantenimiento de un nivel de subsistencia digna para el deudor.⁸³¹

En el actual escenario de crisis económica, con el aumento de las tasas de desempleo y la disminución de los apoyos sociales estatales, será de esperar un aumento de las situaciones de insolvencia de las familias que, al no contar con mecanismos adecuados para permitir una recuperación financiera sostenible, ya sea a través de métodos de negociación especializados, como tuvimos oportunidad de exponer, que le permitan la liberación de parte de sus deudas, ya sea a través de la exoneración del pasivo restante, no optarán, por un lado, a recurrir al proceso de insolvencia o, por otro, haciéndolo, quedan desprotegidas en lo que respecta a la duración del período exigible para el pago de deudas, creándose, así, un cuadro de fuerte probabilidad de aumento de la exclusión social y económica de tales familias. Este problema, estructural, conduce al deterioro de las condiciones de vida del concursado (o concursados, en el caso de los deudores casados), así como de su familia, llevando incluso, a la quiebra de las estructuras de apoyo familiar que caracterizan, por ejemplo, la sociedad portuguesa.

Por otro lado, la ausencia de normas de este tipo en la reglamentación concursal puede apartar, como vimos, al deudor del concurso, retrasando y empeorando la situación de insolvencia observada.⁸³² Existirá, por lo tanto, una mayor dificultad de negociación con los acreedores que, a pesar de perder, con la introducción en la ley de mecanismos de exoneración, la posibilidad de cobro integral de su crédito, podrán tener más a perder con una respuesta legal tardía a la insolvencia del deudor, toda vez que este quedará desnudo de masa activa para hacer frente a la demanda integral y sistemática de sus acreedores, en muchos de los casos, o logrará, quebrando el principio del *par conditio creditorum* concursal, llegar a acuerdos, que podrán también incumplirse, solo con parte de sus acreedores. La ejecución singular no es, como se observa, solución para la insolvencia, en términos generales.

⁸³¹GARCÍA-VICENTE, J-R., «¿Un régimen especial ...», *ADC*, núm. 20, *op. cit.*, p. 223.

⁸³²A este factor jurídico, al que se añade, directamente, la falta de información, incluso en Portugal, sobre los mecanismos de tratamiento específicos para deudores, pueden sumarse otros, de origen socioeconómico, como apunta FRADE, como son la gran capacidad de movilización individual, recurriendo “a ahorros acumulados, a actividades profesionales de sustitución, a una fuerte restricción del consumo y a una gestión aún más controlada del presupuesto familiar”. También las redes informales de solidaridad, particularmente familiares, son importantes para mantener al consumidor apartado de los procesos de insolvencia, no siempre con buenos resultados (el agravamiento de la situación inicial). Véase FRADE, C., *A Regulação...*, *op. cit.*, p. 594.

La evidencia de tales asunciones económico-sociales, no puede, sin embargo, hacernos perder de vista las implicaciones jurídicas, sobre todo constitucionales, que la ausencia o la introducción de la exoneración del pasivo restante puede conllevar.

Empezando por la inexistencia de algún mecanismo, sea sometido al proceso concursal, o extraconcursal, de exoneración del pasivo restante, puede afirmarse, *in extremis*, la violación de vinculación constitucional del legislador ordinario por proteger los derechos de los consumidores. Recordamos que, tanto la CE (art. 51), como la CRP (art. 60), establecen reglas relativas a la protección de los consumidores, especialmente de sus intereses económicos. Esta noción, ya vasta de suyo, no solo pretende proteger los consumidores en el momento de la contratación, disminuyendo la distancia entre el mayor poder de imposición de los suministradores/prestadores de servicios con que contrata, sino que, como indica PULGAR EZQUERRA, emprender “la racionalización de sus problemas económicos con arreglo a criterios de justicia y equidad, y todo ello en el marco de las prestaciones del Estado social de bienestar”.⁸³³ Aquí, también hay que plantear, el derecho a la dignidad humana, que podremos encontrar en los art. 10 CE y 26.2 CRP⁸³⁴, toda vez que el divorcio, por parte del legislador ordinario, con respecto a la temática de la insolvencia de los consumidores, puede contribuir a la propagación, como referimos arriba, de la exclusión social en las familias endeudadas.

Igualmente, la inexistencia, en el derecho positivo, de mecanismos adecuados que aseguren tal protección pueden suponer una violación del imperativo constitucional de protección de los consumidores y de la dignidad humana, pero esta reflexión tiene que verse obligatoriamente mitigada por el hecho de que tal protección, en primer lugar, debe ser adjudicada a los consumidores insolventes que superen los criterios de la buena fe, o sea, aquellos que no hayan contribuido activamente a la creación o agravamiento de la situación de insolvencia. En segundo lugar, la superación de tales criterios no puede ser tan difícil que se malogre el propósito de especial protección de los deudores consumidores concursados,⁸³⁵ vaciándose así la previsión legal. Hay que establecer, precisamente, un balance entre la protección del deudor

⁸³³ PULGAR EZQUERRA, J. «Concurso y Consumidores en el Marco ...», *RDCP*, núm. 9, p. 47, *op. cit.*, p. 46.

⁸³⁴ Nos dice el art. 10 CE que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” El art. 26.2 CRP establece, a su turno, que: “a lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.”

⁸³⁵ Sobre esta materia, tendremos oportunidad, a continuación, de analizar el régimen portugués de la exoneración del pasivo restante, en particular el art. 239 CIRE.

concurrido y los intereses protegidos de los acreedores, derivados del principio fundamental de derecho privado, el *pacta sunt servanda*, a que se opone la condonación de deudas, que caracteriza la exoneración del pasivo restante.

Como nos dice KILBORN,

[...] los legisladores europeos empezaron a enfrentarse dos cuestiones relativamente próximas: por qué, al final de casi 2000 años de relativa estabilidad en la doctrina contractual, es ahora el momento adecuado para un reexamen de la noción más fundamental de derecho contractual, y por qué, de todo, tendrá el equilibrio de derechos y obligaciones en los contratos de consumo ser perturbado.⁸³⁶

La respuesta a tales cuestiones se conecta, particularmente, al introducirse en el derecho positivo una solución como la exoneración del pasivo restante, con la inconstitucionalidad de tal medida ante los art. 33 CE y 62 CRP, que establecen el derecho a la propiedad privada.

Señala la doctrina que este problema debe analizarse, en el sentido de evaluar cualquier violación de los derechos de los acreedores, desde el punto de vista de la ejecución del crédito, o sea, de la tutela judicial efectiva y no de acuerdo con el derecho a la propiedad privada, ya que el primero un derecho absoluto y el segundo relativo, determinado por la prestación. Es decir, el vaciamiento del derecho del acreedor podría ocurrir en el caso de que colisionara con el derecho a la dignidad humana (art. 10 CE y art. 26.2 CRP), aplicándose el principio de la proporcionalidad, a fin de equilibrar los dos intereses en juego.⁸³⁷

⁸³⁶ KILBORN, J., «Two Decades, Three Key Questions, and Evolving Answers in European Consumer Insolvency Law: Responsibility, Discretion and Sacrifice», Niemi-Kiesiläinen, J, Ramsay, I. e Whitford, W. (dir) *Consumer Credit, Debt & Bankruptcy*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 308. Traducción nuestra.

⁸³⁷ Véase el desarrollo de la totalidad de la idea en GARCÍA-VICENTE, J-R., «¿Un régimen especial ...», *ADC*, núm. 20, *op. cit.*, p. 223. Estas cuestiones merecerán la atención, incluso, del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la sentencia *Bäck vs. Finlandia*, en la cual unos garantes personales contestaban la reducción forzosa de la deuda que al deudor concursado correspondería pagar. Los demandantes contestaban la regulación de la materia de la insolvencia, en especial la exoneración del pasivo restante, aduciendo la violación del principio de la proporcionalidad. El Tribunal se ha pronunciado desfavorablemente, aduciendo que la reducción de la deuda no se tendría por excesiva, porque el demandante no habría requerido una reformulación del plan de pagos en caso de mejoría de las condiciones del deudor avalado. Por otro lado, la concreción del valor de la deuda era ajeno a cualquier norma de derecho positivo, pues estaba determinado por el valor de mercado. La sentencia se encuentra disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int>, consultada por la última vez el 13 de febrero de 2011. En contra esta decisión del Tribunal, JIMENEZ PARÍS, aduciendo que la desigualdad entre los acreedores es un problema, ya que, toda vez que las leyes relativas al sobreendeudamiento procuren proteger los deudores frente a los problemas sociales, los créditos públicos deberían también extinguirse. Véase JIMENEZ PARIS, T.A. «El sobreendeudamiento del consumidor ...», *Diario La Ley*, núm. 7487, *op. cit.*, p. 10, disponible en www.laleydigital.es, consultado por la última vez el 13 de febrero de 2011.

El equilibrio de los derechos aquí implicados, imponiéndose el sacrificio a los acreedores, exige que el deudor se encuentre de buena fe, en primer lugar, en relación con el surgimiento o agravación de su insolvencia y que supere aquello que en el derecho estadounidense se conoce por *means test*, es decir, comprobación del merecimiento al perdón de deudas, para evitar que se utilice el proceso concursal como una fórmula, fraudulenta, de impago de deudas.⁸³⁸ En segundo lugar, no todos los créditos suelen ser liberados, o sea, no en todos podremos imponer la socialización del riesgo, como son los créditos públicos o garantizados, así como los créditos por alimentos, como veremos.⁸³⁹ Por último, como nos apunta MENEZES LEITÃO, la exoneración “no representa gran perjuicio para los acreedores ya que, a pesar de que la exoneración del pasivo restante implica la extinción de sus créditos, la verdad es que los mismos ya representaban un valor insignificante, dada la situación económica del deudor.”⁸⁴⁰

Teniendo en cuenta lo expuesto, virtualmente, la exoneración del pasivo restante es una solución adecuada que rellena el vacío legal, en el caso de la LC, en lo que respecta a la insolvencia de los consumidores personas físicas.

En la aplicación de las consideraciones expuestas, tomaremos el ejemplo de la exoneración del pasivo restante prevista en el CIRE, introducida como alternativa a la liquidación *strictu sensu* y al propio plan de pagos (donde no se plantean tales cuestiones tan acuciante, toda vez que la sumisión de los acreedores a la reducción de la deuda es tendencialmente voluntaria, necesitándose de las mayorías legales para que se apruebe tal solución). Al final, resumiremos las ventajas e inconvenientes de tal solución.

⁸³⁸ ÁLVAREZ RUBIO, J., «Algunas reflexiones en torno a la reforma del «fresh start» del consumidor en USA», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 239. Fue precisamente la extrema apertura de la ley americana, y el aumento de los concursos de consumidores sin que se verificase el merecimiento de la exoneración, que ha conducido a la reforma, en 2005, del *Bankruptcy Code*, a través del *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*, que reduce la utilización del *Chapter 7* y remite los consumidores al *Chapter 13*, donde tendrán que negociar un plan de pagos.

⁸³⁹ COLINO MEDIAYLLA, J.L. «Concurso de consumidor», *Convergencias y paralelismos ...*, *op. cit.*, p. 15. El autor defiende, por ejemplo, la subordinación de los créditos concedidos por las empresas de crédito agresivo, así como privilegiándose los acreedores relativos al suministro de bienes y servicios esenciales.

⁸⁴⁰ MENEZES LEITÃO, L.M., *Direito...*, *op. cit.*, pp. 305-306. En contra, nos dice SERRA que considera que el periodo de cinco años no será suficientemente largo para que el deudor pueda reconstituir su patrimonio a fin de pagar, de forma cabal, a sus acreedores. SERRA, C., *O Novo Regime...*, *op. cit.*, p. 136.

4.2. - La exoneración del pasivo restante en el CIRE

La exoneración del pasivo restante representa, indudablemente, en la mayor parte de los concursos propuestos, la solución buscada por los consumidores en su recurso al proceso de insolvencia, contrastando con la escasa demanda del plan de pagos. Variadas pueden ser las razones que explican esta tendencia, pero las dificultades sentidas en la negociación con los acreedores (o por lo menos la idea preconcebida de tales dificultades), frente al inmediatismo o alivio que parece brotar de la exoneración del pasivo restante parecen explicar esta tendencia. A esto no será, sin duda, ajena, la inexistencia del apoyo especializado a que aludimos al hablar del plan de pagos, así como la falta de información accesible relativa a las alternativas previstas en la ley. Tal como afirma SERRA, se trata de una verdadera “tentación” para el deudor,⁸⁴¹ porque la propia doctrina se pronuncia, sobre la exoneración, en el sentido de que se trata de una medida de protección del propio deudor.⁸⁴² Sin embargo, la exoneración del pasivo restante no es una medida de protección del consumidor, toda vez que se encuentra disponible para empresarios y profesionales liberales.⁸⁴³

Sin embargo, la atribución de la exoneración del pasivo restante al deudor persona física no se encuentra exenta de dificultades, especialmente en lo que respecta a la superación de los criterios previstos en el art. 238 CIRE, como tendremos oportunidad de observar.

El mecanismo se traduce, como se recoge en el art. 235 CIRE, en una fórmula legal que prevé que, en caso de que el deudor sea una persona física, independientemente de si se trata de un empresario, profesional autónomo o consumidor, pueda concederse la exoneración de los créditos concursales restantes⁸⁴⁴, discurrido el pago no integral en el proceso de insolvencia o en los cinco años posteriores a la conclusión del proceso.

⁸⁴¹ SERRA, C., *O Novo Regime...*, *op. cit.*, p. 133.

⁸⁴² CRISTAS, A. «Exoneração do devedor pelo passivo restante», *Themis*, *op. cit.*, p. 167.

⁸⁴³ MENEZES CORDEIRO, A., «Introdução ao Direito da Insolvência», *O Direito*, num. 137/III, Almedina, Coimbra, 2005, p. 504.

⁸⁴⁴ La redacción legal es imprecisa, toda vez que los créditos se extinguen, perdonándose los débitos relativos a tales créditos. Así lo dicen CARVALHO FERNANDES, L, y LABAREDA, J., *Código...*, *op. cit.*, p. 778.

La primera nota que debe hacerse sobre la formulación legal es la relativa a la redacción del precepto, que nos dice que *la exoneración se concederá cuando el deudor no logre el pago total de los créditos concursales en el decurso del proceso de insolvencia o en los cinco años posteriores*. Parece tratarse de una alternativa, es decir, la exoneración podría ser inmediatamente concedida sin necesidad de fijación del período de cesión, o sea, los cinco años siguientes, o transcurridos estos. Sin embargo, la intención legal no es esa, siendo obligatorio el período de cesión, siendo tal incluso plasmado en el considerando 45 del Preâmbulo del CIRE, donde se establece que

[...] la efectiva obtención de tal beneficio supone, por lo tanto, que, después del sometimiento al proceso de insolvencia, el deudor permanezca por un período de cinco años – llamado período de cesión – aun obligado al pago de los créditos concursales que no hayan sido integralmente satisfechos.⁸⁴⁵

Por otro lado, no todas las deudas están incluidas en la posibilidad de exoneración: quedan al margen del procedimiento los créditos contra la masa (art. 51 CIRE), que deberán ser pagados con anterioridad a los créditos concursales (art. 172 CIRE), así como los créditos presentes en el art. 245.2 LC, en los cuales se apunta la característica de la imposibilidad legal de socialización del riesgo.

Por último, en estos considerandos introductorios, hay que señalar que el plan de pagos y la exoneración del pasivo restante no son acumulables o compatibles, como ocurre en el derecho alemán (párrafo §305.2 *InSo*), sino alternativos, igual que en el derecho estadounidense (*Chapter 7* o *Chapter 13*) – art. 254 CIRE. Se comprende esta opción, en virtud de que el propio plan de pagos ya contiene, en principio, un perdón, al menos parcial de deudas (art. 252.2 CIRE), estableciéndose incluso que cuando se incumpla el plan de pagos, el perdón previsto no se extinga – así lo prevé el art. 260 CIRE, lo que tendrá relevancia en la proposición contra el deudor de un nuevo proceso concursal.⁸⁴⁶

⁸⁴⁵ Traducción nuestra.

⁸⁴⁶ Algunos operadores jurídicos están en desacuerdo con la formulación legal, indicando que el deudor debería presentar un plan de pagos previo a la solicitud de exoneración del pasivo restante. Esto se puede observar en el Relatório de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas, p. 39, disponible en www.dgpj.mj.pt, consultado por la última vez el 9 de febrero de 2011.

4.2.1 – Solicitud de la exoneración del pasivo restante

La exoneración del pasivo restante es solicitada, exclusivamente, por el deudor o, a pesar de que la ley no lo indique expresamente, por los deudores casados, conjuntamente, tal como ocurre en el plan de pagos, lo que viene a ser pacíficamente aceptado por la jurisprudencia, como hemos indicado antes.

La solicitud, en caso de concurso iniciado por el deudor, puede hacerse, tal como se recoge en el art. 236.1⁸⁴⁷ CIRE, junto con la solicitud de declaración de concurso – aquí, la solicitud de exoneración del pasivo restante es obligatoriamente evaluada por el juez, que decidirá su admisión o inadmisión a trámite. En el caso de que no lo haga con la solicitud de concurso, es posible que el deudor solicite la exoneración, después de la declaración de insolvencia, hasta el final de la junta de acreedores (art. 156 y 36 n) CIRE) – pero, en este caso, el juez decide libremente sobre la admisión o inadmisión de la solicitud a trámite, tratando por lo tanto de mitigar lo previsto en el art. 238.1.a) CIRE, que nos indica que la solicitud será rechazada cuando se presente fuera de plazo.

En segundo lugar, cuando el concurso no inicie por iniciativa del deudor, sino por los demás legitimados (art. 20 CIRE), corresponde al deudor concursado solicitar la exoneración del pasivo restante hasta los 10 días siguientes al emplazamiento, que debe, obligatoriamente contener una mención expresa a la posibilidad de solicitud de la exoneración (art. 236.1 y 2 CIRE). En este caso, el juez evaluará obligatoriamente la pretensión. Si no lo hace en el plazo previsto, corresponde al deudor, a semejanza de lo que se expuso arriba, solicitar la exoneración hasta el final de la junta de acreedores, también aquí decidida la admisión, libremente, por el juez. Al juez solo le corresponde rechazar la pretensión, originado el concurso por cualquiera de las solicitudes, cuando esta surja después del cierre de la junta de

⁸⁴⁷ Establece el art. 236 CIRE que: 1 - O pedido de exoneração do passivo restante é feito pelo devedor no requerimento de apresentação à insolvência ou no prazo de 10 dias posteriores à citação, e será sempre rejeitado se for deduzido após a assembleia de apreciação do relatório; o juiz decide livremente sobre a admissão ou rejeição de pedido apresentado no período intermédio. 2 - Se não tiver sido dele a iniciativa do processo de insolvência, deve constar do acto de citação do devedor pessoa singular a indicação da possibilidade de solicitar a exoneração do passivo restante, nos termos previstos no número anterior. 3 - Do requerimento consta expressamente a declaração de que o devedor preenche os requisitos e se dispõe a observar todas as condições exigidas nos artigos seguintes. 4 - Na assembleia de apreciação de relatório é dada aos credores e ao administrador da insolvência a possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento.

acreedores (donde, como vimos en el punto anterior, saldrá obligatoriamente la decisión sobre la liquidación del patrimonio del deudor).

La solicitud no plantea problemas, pero estos podrán surgir con lo previsto en los art. 236.3, 237 y 238 CIRE – el deudor debe reunir un conjunto de requisitos legales, y le corresponderá, en la solicitud, declarar expresamente que cumple los requisitos formales, procesales y materiales previstos en la ley, así como deberá asumir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la exoneración, como se derivan del art. 239 CIRE.

En el caso de que tal declaración no exista o no sea correcta, el juez podrá fijar plazo para perfeccionamiento de la pretensión, rechazando la pretensión, por falta de requisitos esenciales, aplicándose por analogía el art. 27.1.b) CIRE.⁸⁴⁸

4.2.2 – Requisitos legales para admisión a trámite

El CIRE establece, para que la exoneración del pasivo restante sea admitida a trámite por el juez, corresponderá al deudor superar un conjunto de requisitos, recogidos en el art. 238 CIRE⁸⁴⁹, cuyo cumplimiento, como vimos, tiene que estar expresamente indicado en el escrito

⁸⁴⁸CARVALHO FERNANDES, L, y LABAREDA, J., *Código ...*, op. cit., p. 780. El art. 27 respecta a los aspectos esenciales que permiten rechazar la admisión a trámite de la solicitud de concurso.

⁸⁴⁹ Establece el art. 238 CIRE:

“1 - O pedido de exoneração é liminarmente indeferido se:

a) For apresentado fora de prazo;

b) O devedor, com dolo ou culpa grave, tiver fornecido por escrito, nos três anos anteriores à data do início do processo de insolvência, informações falsas ou incompletas sobre as suas circunstâncias económicas com vista à obtenção de crédito ou de subsídios de instituições públicas ou a fim de evitar pagamentos a instituições dessa natureza;

c) O devedor tiver já beneficiado da exoneração do passivo restante nos 10 anos anteriores à data do início do processo de insolvência;

d) O devedor tiver incumplido o dever de apresentação à insolvência ou, não estando obrigado a se apresentar, se tiver absterido dessa apresentação nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo em qualquer dos casos para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica;

e) Constarem já no processo, ou forem fornecidos até ao momento da decisão, pelos credores ou pelo administrador da insolvência, elementos que indiquem com toda a probabilidade a existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência, nos termos do artigo 186.º;

f) O devedor tiver sido condenado por sentença transitada em julgado por algum dos crimes previstos e punidos nos artigos 227.º a 229.º do Código Penal nos 10 anos anteriores à data da entrada em juízo do pedido de declaração da insolvência ou posteriormente a esta data;

g) O devedor, com dolo ou culpa grave, tiver violado os deveres de informação, apresentação e colaboração que para ele resultam do presente Código, no decurso do processo de insolvência.

2 - O despacho de indeferimento liminar é proferido após a audição dos credores e do administrador da insolvência na assembleia de apreciação do relatório, excepto se este for apresentado fora do prazo ou constar já dos autos documento autêntico comprovativo de algum dos factos referidos no número anterior.”

de solicitud, tal como se lee en el art. 236.3 CIRE. La superación de tales requisitos, apuntada en el art. 237.1.a) hace que se dé el primer paso para la concesión efectiva de la exoneración del pasivo restante. La falta de alguno de aquellos implica el rechazo inmediato, sin más observaciones o consideraciones, por parte del juez.

El art. 238 CIRE es un artículo extenso y, en él, se mezclan requisitos de variada naturaleza. Añadiendo el requisito formal que representa la declaración a que hemos aludido (art. 236.3 CIRE), tendremos los párrafos a) y c), de índole procesal, y los párrafos b), d), e), f) y g), de índole material. Es, precisamente, la dificultad por parte del deudor para superar tales criterios que puede conducir a ciertas cuestiones sobre el papel y la importancia de la exoneración del pasivo restante en el proceso concursal.

Hemos indicado más arriba que, a fin de no lesionar desproporcionadamente los derechos de los acreedores, la exoneración del pasivo restante no puede ser concedida incondicionalmente: el deudor necesita, esencialmente, demostrar buena fe, no solo en relación con el origen de la situación de insolvencia, sino en el abordaje del propio proceso concursal. Sin embargo, tales requisitos legales no pueden ser de tal modo exigentes o rígidos que frustren la posibilidad de recurso a este mecanismo. El equilibrio entre los dos intereses presentes en el concurso, los de acreedores y deudores, debe ser mantenido, para que sea posible proyectar la concesión de la exoneración como un modo de, por una parte, permitirse la recuperación económica del deudor y, por otra, la recuperación de parte de los créditos, que respecta a los acreedores.

CRISTAS divide los diferentes párrafos del art. 238.1 CIRE en tres tipos de requisitos distintos: los párrafos b), d), f) y g) se refieren “al comportamiento anterior o actual pautado por la licitud, honestidad, transparencia y buena fe (del deudor) con respecto a su situación económica y a los deberes asociados al proceso de insolvencia”; el párrafo c) implica que el deudor “no tenga un pasado reciente (en los diez años anteriores) de insolvencia y exoneración del pasivo restante” y, por último que el deudor no haya sido culpable de la creación o agravamiento de su situación de insolvencia (párrafo e).⁸⁵⁰

⁸⁵⁰ CRISTAS, A., «Exoneração...», *Themis*, *op. cit.*, p. 170. Traducción nuestra.

El *primer requisito*, de índole expresamente procesal, que no consta en la lista anterior, por su especificidad, en el art. 238.a) CIRE, indica que la solicitud de exoneración será rechazada siempre que el deudor la presente fuera de los plazos previstos en el art. 236.1 CIRE. O sea, el rechazo se producirá, obligatoriamente, cuando el deudor presente la solicitud después de la celebración de la junta de acreedores prevista en el art. 156 y 36 n), no correspondiendo al juez ninguna ponderación sobre su admisión a trámite.

Sobre este requisito, se ha pronunciado la jurisprudencia, en el sentido de que no es posible rechazar de forma pura y simple la solicitud, por extemporaneidad, sin audición del administrador de insolvencia y de los acreedores (art. 236.4 CIRE) y sin motivación, que se basará en cualquier de los restantes requisitos del art. 238 CIRE. Solo cuando existan en el proceso elementos claros que permitan fundamentar el rechazo, con base a los indicados requisitos, puede el juez rechazar la solicitud sin audición de los sujetos referidos (véase el art. 238.2 CIRE).⁸⁵¹

La evaluación libre, por parte del juez, tal como consta en el art. 236.1 CIRE, quedará, por lo tanto, marcada por estos dos requisitos adicionales. Se comprende la toma de posición jurisprudencial, toda vez que la solicitud del deudor, en el período intermedio, no pone en cuestión la tramitación procesal ni perjudica, material o económicamente, los acreedores, de forma desproporcionada, por lo que no sería de conceder al juez el poder discrecional de rechazar, infundadamente, la pretensión del deudor.

El *segundo requisito* presenta ya los matices de buena fe que, a pesar de no encontrarse expresamente prevista en ninguna de las normas, impregna todo el procedimiento previo a la concesión de este beneficio. Se establece, en este artículo, que la solicitud de la exoneración será rechazada de forma inmediata, cuando el deudor, con dolo o culpa grave, haya entregado, por escrito, en los tres años anteriores al inicio del proceso de insolvencia, cualquier información falsa o incompleta sobre sus circunstancias económicas, con el objetivo de

⁸⁵¹ Así lo dice el Ac. TRP núm. 3922/09.0TBSTS-E.P1, de 8 de julio de 2010, disponible en www.trp.pt, consultado por última vez el 2 de enero de 2011. El auto de rechazo de la exoneración del pasivo restante, en caso de que no sea fundamentado, se encuentra herido de nulidad. Véase, sobre este punto, por ejemplo, el Ac. TRP núm. 740/10.6TBPVZ-B.P1, de 15 de noviembre de 2010, disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 2 de enero de 2011.

obtener crédito o a subsidios de instituciones públicas, o con fin de evitar los pagos a dichas instituciones.⁸⁵²

La lectura de este párrafo deja clara la intención del legislador – no puede concederse la exoneración del pasivo restante cuando no es proporcionada la imposición de la socialización del riesgo relativa al incumplimiento de obligaciones crediticias, en virtud de que el deudor, de mala fe, haya contribuido activamente a crear o agravar su situación de insolvencia.

Hay que apuntar que este presupuesto implica un requisito temporal – relevan los comportamientos que integren la previsión normativa realizados en los tres años anteriores al inicio del proceso, a que se añaden requisitos formales y materiales – por una parte, solo releva la información falsa o inexacta aportada por escrito y, por otra el deudor debe haber actuado dolosa o culpablemente, con el fin de obtener un beneficio que de otro modo no sería concedido.

La prueba de tal comportamiento debe hacerse en el proceso, no solo a través de los elementos aducidos por los acreedores o por el administrador de insolvencia, tanto de acuerdo con el pronunciamiento que se les garantiza en el art. 236.4 CIRE, como, en el ámbito de la calificación de la insolvencia, con base en el art. 188.1 y 2 CIRE. Por otro lado, el propio juez, con base en el principio del inquisitorio plasmado en el art. 11 CIRE, al que se añade el análisis del documento previsto en el art. 24.1.c) CIRE, entregado por el deudor (en donde se explicitan las causas que han conducido a la actual situación de insolvencia). De este modo, se observa que, a pesar de las dificultades que se podrán plantear en términos de prueba, el desarrollo del proceso presenta diferentes ventanas de oportunidad para que se comprueben tales comportamientos denunciadores de mala fe que, como hemos, conducirán al rechazo de la pretensión del deudor.

En el universo de la insolvencia de los deudores consumidores, sin embargo, esta situación será tendencialmente reducida, particularmente en el caso de concesión de crédito al consumo, debido a la entrada en vigor de los preceptos de la Directiva núm. 2008/48/CE de 23 de abril, particularmente lo previsto en su art. 8, que indica que, antes de la concesión de

⁸⁵² Corresponde, casi integralmente, al párrafo §290.I.2 *InSo*.

cualquier crédito, la entidad bancaria suele averiguar objetivamente la solvencia del deudor, recurriendo a bases de datos públicas. Esto potencia no solo la disminución del fraude, sino que corresponsabiliza las entidades concedentes de crédito, en el sentido de dispersión del riesgo que hemos mencionado más arriba, no pudiendo aducirse el dolo o la culpa grave citadas en este párrafo en los casos en los cuales las entidades concedentes de crédito no hayan cumplido este deber de evaluación previo.

El párrafo c) del art. 238⁸⁵³ indica claramente que la exoneración del pasivo restante es un beneficio concedido al deudor por una única vez, durante un período considerado de diez años, no pudiendo ofrecerse al deudor más que la segunda oportunidad que caracteriza la exoneración. Así, pues, nos dice este párrafo que la solicitud del deudor será rechazada oficiosamente cuando este haya obtenido, en los diez años anteriores al inicio del proceso de insolvencia, una exoneración del pasivo restante. Se trata de un período de merecimiento, en el cual se pretende evitar el recurso abusivo al proceso, por parte del deudor que, no solo ha logrado su recuperación económica, sino que instrumentaliza el proceso concursal, en perjuicio de sus nuevos acreedores, como una forma de escapar, de nuevo, a una planificación financiera deficitaria.

Es verdad que la exoneración concedida puede no solucionar, ni es esa la pretensión de la ley, la situación económica del deudor consumidor, pero no es aceptable, en términos económico-sociales, que se repercuta jurídicamente en este precepto, que el deudor suele endeudarse nuevamente de forma tan grave, en esta ventana temporal, que se encuentre ante una situación de insolvencia.

De enorme relevancia, particularmente jurisprudencial, ha sido el contenido del *párrafo d) del art. 238* que establece que, en caso de que el deudor incumpla su deber de solicitud (que no se aplica, en virtud del art. 18.1 y 2 CIRE, a los deudores consumidores personas físicas) o, no estando obligado a ello, no solicite la declaración de insolvencia en los seis meses siguientes a su verificación, con perjuicio para sus acreedores y sabiendo, o no pudiendo ignorarlo sin culpa grave, que no existe ninguna perspectiva seria de mejoría de su situación económica, se rechazará de inmediato su solicitud de exoneración.

⁸⁵³ También aquí se observa la identidad con el párrafo §290.I.3 *InSo*.

Este párrafo que presenta requisitos acumulativos, conlleva diversas dificultades al juez, especialmente en lo que respecta a la determinación del incumplimiento del plazo de seis meses, desde la verificación de la situación de insolvencia que, también, no posee una fórmula exacta de determinación.⁸⁵⁴

Pero este requisito temporal se encuentra acompañado de dos requisitos substanciales, una vez que la ley nos indica que el juez debe rechazar la solicitud de exoneración cuando el deudor, con perjuicio para sus acreedores y sabiendo, o no pudiendo ignorar sin culpa grave, no existir ninguna perspectiva seria de mejora de su situación económica, se abstiene de iniciar el proceso. Tales requisitos sustanciales solo podrán ser considerados cuando el deudor no inicia el proceso en intervalo de tiempo previsto en la ley desde el conocimiento de su insolvencia toda vez que tal cumplimiento le permite acceder, por este requisito, a la exoneración (se trata de una carga del deudor, iniciar el proceso en tiempo). Se premia, por esta vía, un comportamiento correcto y consciente del deudor que, aun no estando bajo la previsión que le impone el deber de solicitud, busca una solución que permite simultáneamente una mejor satisfacción de los intereses de las partes implicadas en el proceso.

Como nos indica CARVALHO FERNANDES, para concesión del beneficio de la exoneración del pasivo restante, es necesario “averiguar si el insolvente persona singular, por su comportamiento, anterior al proceso de insolvencia o incluso en el decurso de él, es *merecedor* del beneficio que le adviene por la exoneración”.⁸⁵⁵

Esto significa que cumpliendo el deudor la presentación en el plazo de seis meses que la ley le concede como periodo razonable, el juez no debe hacer juicios de valor sobre su comportamiento. Sin embargo, cuando la solicitud sea entregada en el tribunal en fecha posterior, no habiendo tal abstención, por una parte, provocado perjuicios a sus acreedores y, acumulativamente, el deudor conozca, o no haya ignorado, con culpa grave, que el transcurso

⁸⁵⁴ Se observa que tal requisito se encuentra presente en la *InSo*, en su párrafo 290.I.4, que nos dice, en la parte final, que la exoneración será rechazada si el deudor provoca un retraso en la apertura del proceso sin tener ninguna intención de mejorar su estado patrimonial, en el año anterior al inicio del proceso.

⁸⁵⁵ Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L.A. «A exoneração do passivo restante na insolvência das pessoas singulares», *Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 277.

del tiempo no conduciría, desde una perspectiva seria, a una mejora de su situación económica, la exoneración puede ser rechazada.

A semejanza de lo que se dijo para el deber de solicitud, también el plazo de seis meses previsto en el Código portugués no se considera un plazo de caducidad. Esto se afirma, por ejemplo, en el Ac. del TRC de 26 de mayo de 2009, que estatuye que

“por mayoría de razón, el deudor sobre quien no recae la obligación de solicitud – persona física que no sea titular de una empresa en la fecha en que incurra en insolvencia – mantiene legitimidad a todo momento para, observándose los correspondientes presupuestos, instaurar la acción judicial adecuada. El límite es, como para el deudor con obligación de solicitud, la instauración de la acción por quien fuera legalmente responsable por sus deudas, por cualquier acreedor o por el Ministerio Público”.⁸⁵⁶

La verdadera dificultad para el juez se encuentra, precisamente en la determinación de incumplimiento del plazo de seis meses señalado ya que precisar además el momento exacto de surgimiento de la insolvencia es difícil no solo para el juez, sino para las partes. A esto no será ajena la falta de asesoramiento adecuado y de información sobre el proceso concursal a que nos hemos referido numerosas veces en este estudio bien, como se ha señalado, la dificultad de realización de diligencias probatorias, en virtud del plazo corto establecido en el proceso.⁸⁵⁷

El Ac. TRC de 2 de noviembre de 2010 señala, por ejemplo, que “la verificación de la situación de insolvencia puede no coincidir temporalmente con la fecha del primer incumplimiento de las prestaciones de los créditos”. Se añade, además, que no puede considerarse incumplido el plazo de seis meses cuando, en fecha perteneciente a la ventana temporal, los deudores hayan requerido asistencia jurídica gratuita, anterior a la solicitud del concurso.⁸⁵⁸

⁸⁵⁶Traducción nuestra. Dicha sentencia (núm. 1526/09.6TBLRA.C1) puede consultarse en www.dgsi.pt, lo que hicimos por última vez el 3 de enero de 2011. En el Código portugués no existe la dicotomía concurso voluntario/necesario, pero tal análisis jurisprudencial sale al encuentro de la circunstancia de que, incluso superado el plazo legal, si la primera solicitud fuera del deudor se declararía tal concurso como voluntario. El deudor no empresario, tiene, como tal, no el deber, sino la imposición de solicitud de la exoneración en el plazo de seis meses después de observada la situación de insolvencia.

⁸⁵⁷Tal como se indica en dicho Relatório de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas, p.38, disponible en www.dgpi.mj.pt, consultado por última vez el 6 de marzo de 2011.

⁸⁵⁸Traducción nuestra. Dicha sentencia, (núm. 570/10.5TBMGR-B.C1), se refiere a dos deudores a quien se fijó, en el tribunal *a quo*, la fecha de los primeros incumplimientos en septiembre de 2009, siendo cumplidos pagos de parte de los créditos hasta enero de 2010, habiendo las partes solicitado la declaración de concurso en abril de 2010, y solicitada asistencia jurídica en febrero de 2010. Disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 3 de enero de 2011.

Esto implica, sin embargo, que el juez tiene de analizar los dos criterios restantes del art. 238.1.d) del CIRE, porque, al contrario de lo que este auto podría dejar entrever, el art. 236.1 permite al deudor, incluso cuando no se trate de un concurso iniciado por él, solicitar la exoneración del pasivo restante.

Las antedichas palabras del legislador permiten una evaluación del mérito del deudor insolvente candidato a un posible perdón de deudas, por el juez, estableciéndose un criterio más objetivo, o sea, el cumplimiento del plazo razonable de seis meses (superior al concedido en caso de deudores empresarios, lo que se comprende, toda vez que los motivos del incumplimiento del deudor consumidor, que conocemos, pueden tener una duración corta, esperando aquello revertir la situación de falta de liquidez que puede afectarle), y otros dos, interrelacionados, que deberán ser concretados ante los datos presentados por las partes en sus documentos instructores del proceso.

De acuerdo con interpretaciones jurisprudenciales, el perjuicio causado a los acreedores por la falta de solicitud, en el periodo determinado legalmente, se observa, como indicado por el Ac. del TRL de 2 de julio de 2009 “ante el aumento de los créditos por el vencimiento de intereses, por el crecimiento del pasivo global del insolvente (lo que dificulta el pago de los créditos) y por el retraso del cobro de los créditos”⁸⁵⁹. Otra sentencia, indica, por el contrario, que el perjuicio para los acreedores debe ser más que las consecuencias normales del incumplimiento generador de la insolvencia – el Ac. TRP de 12 de mayo de 2009 afirma que el primer requisito de dicho artículo hay que

[...] traducirse en un perjuicio de otra naturaleza, proyectado en la esfera jurídica del acreedor como consecuencia de la inercia del insolvente. Este perjuicio puede consistir, por ejemplo, en el abandono, degradación o disipación de bienes en el periodo en que cabría la solicitud de la insolvencia, con el consecuente agravamiento de la situación patrimonial del deudor.⁸⁶⁰

⁸⁵⁹Traducción nuestra. Dicha sentencia (núm. 4432/08.8TBFUN-E.L1-2) se encuentra disponible en www.dgsi.pt consultada por última vez el 3 de enero de 2011. En este caso concreto, la deudora, divorciada y con dos hijos, uno de ellos portador de una deficiencia cognitiva, ha contraído múltiples préstamos bancarios, desde 2001, para pagar su vivienda, gastos familiares y gastos imprevistos, contando con un endeudamiento múltiple. En enero de 2008 se suspendió el pago del préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, habiendo el proceso cursado su entrada en el tribunal en octubre del mismo año. El tribunal consideró no solo incumplido el plazo, sino también irrelevantes los argumentos justificantes del retraso, toda vez que la deudora invoca una subida de escalón salarial que, como verificó el tribunal, no constituía perspectiva seria de mejora de la condición económica subyacente.

⁸⁶⁰Traducción nuestra. Dicha sentencia (núm. 250/08.1TBVCD-C.P1) se encuentra disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 3 de enero de 2011. En este caso concreto, el argumento aducido por el tribunal de

La jurisprudencia por nosotros analizada parece poner el acento en la verificación de este primer requisito entre estas dos marcas: por una parte, las consecuencias vistas en el primer auto pueden ser valoradas en los casos en los cuales existe un largo periodo temporal que medie entre el surgimiento de la situación de insolvencia y la efectiva presentación, toda vez que, tratándose de consecuencias normales, como hemos visto, el decurso del tiempo puede provocar serios perjuicios a los acreedores. Sin embargo, hay que precisar que la jurisprudencia entiende que el simple vencimiento de intereses de demora no es coherente con el perjuicio para los acreedores previsto en la ley, “toda vez que los intereses constituyen solo una forma de resarcir al acreedor”.⁸⁶¹

Por otro lado, existe jurisprudencia que entiende que, con solo observar la inexistencia de bienes embargables se cumple el criterio, como se recoge en el Ac. del TRC de 17 de diciembre de 2008 que llega a afirmar que “se debe incluso deducir el perjuicio de los acreedores del hecho que los demandantes de la exoneración no hayan solicitado la apertura del proceso, cuando era para ellos manifiesto que no poseían desde hace varios años, bienes en valor y número suficiente para satisfacer sus acreedores”.⁸⁶² Corresponde al juez, ante el caso concreto, decidir en conformidad con los hechos presentados.

Por lo que respecta al segundo requisito, consultando el Ac. TRP de 9 de enero de 2006, observamos que un informe de la administración concursal indicaba que

[...] las perspectivas de solvencia son poco animadoras”, acentuándose que “no han sabido accionar, a tiempo, los mecanismos de gestión de la vida personal capaces de sanear los efectos de la situación de insolvencia, debiendo ser encarada la real viabilidad económica y financiera de los insolventes, para legitimar la apuesta en su situación de insolvencia”.⁸⁶³

primera instancia fue el vencimiento de intereses, pero el deudor logró aducir, con éxito, que se presentó en los dos meses siguientes al plazo de los seis meses, no habiendo provocado cualquiera perjuicios graves a los acreedores.

⁸⁶¹Tal argumentación procede en la mayor parte de las sentencias de segunda instancia e, incluso, del Ac. STJ (núm. 3850/09.9TBVLG-D.P1.S), de 21 de octubre de 2010, disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 3 de enero de 2011. Traducción nuestra.

⁸⁶²Traducción nuestra. El referido auto, núm. (1975/07.4TBF1G.C1) se encuentra disponible en www.dgsi.pt, consultado la última vez el 3 de enero de 2011. En el mismo sentido viene el Ac. TRG núm. 1718/07-2, de 4 de octubre de 2007 que puede consultarse en la misma fuente.

⁸⁶³Traducción nuestra. Dicho auto (núm. 0556158), se encuentra disponible www.dgsi.pt, consultado la última vez el día 6 de mayo de 2010. En el caso concreto, dos deudores casados, sin más patrimonio que su vivienda y los salarios de ambos, habían adquirido, en 1997, una cuantía considerable de títulos de empresas cotizadas, habiendo contratado la apertura de un crédito bancario que, en virtud del agravamiento del mercado de capitales, les creó una situación deficitaria, que originó nuevos préstamos bancarios y particulares, que dejaron de cumplir en 1998, habiendo sido ejecutados en 2002, fecha en la cual solicitaron la apertura del proceso.

El juez ha considerado la situación de insolvencia se manifestara varios años antes, observándose así el incumplimiento del segundo requisito del art. 238.1 d) del CIRE, toda vez que se incumplió el plazo previsto y, por lo tanto, los deudores lo incumplieran sin tener, en esa fecha, una perspectiva seria de la inversión de su situación patrimonial, lo que quedaría claro analizado a los ojos de un deudor diligente y cuidadoso, considerándose que no podrían ignorar, al menos con culpa grave, la falta de perspectivas de mejora de su estado patrimonial.⁸⁶⁴

En este caso concreto, hay que precisar que, siempre que el deudor retrase su solicitud en virtud de recurso a mecanismos alternativos de tratamiento de la insolvencia/sobreendeudamiento, no puede operar este último requisito, por faltar la culpa grave en el agravamiento de la insolvencia. Así, el deudor que incumpla el plazo de seis meses por adherir (o intentar adherir) a un mecanismo de pagos extraconcursal, como es el previsto en la Portaria núm. 312/2009 (combate al sobreendeudamiento en la ejecución singular), u otro, como el recurso a los gabinetes de apoyo al sobreendeudado de las asociaciones de defensa de los consumidores, no integrará la previsión normativa de perjuicio para los acreedores, mismo cuando tales mecanismos no surtan el efecto deseado, una vez que se han buscado soluciones alternativas.

Lo que resalta de este párrafo es, en primer lugar, la buena fe que se requiere al deudor insolvente, es decir, un comportamiento objetivamente encuadrable en los actos de un buen padre de familia, al que hemos aludido como elemento fundamental de las fórmulas de tratamiento del sobreendeudamiento del consumidor. Lo que ocurre en este punto, es que el legislador ha optado por introducir, también en el proceso concursal, un criterio de buena fe, sin imponer un deber de solicitud, pero permitiéndose alcanzar una solución ventajosa cuando el comportamiento del deudor, como se afirma, por ejemplo, en el Ac. del TRP de 12 de noviembre de 2009, sea un “buen comportamiento, pautado por la licitud, la honestidad,

⁸⁶⁴ En este sentido, no procede la argumentación de una deudora que afirma que, siendo funcionaria pública, tiene perspectivas de progreso salarial, “dados los gastos que la propia deudora alega (...) no habiendo perspectiva que un aumento en su salario mejorase la situación económica existente, con reflejos positivos y serios en tal situación (de insolvencia”. Traducción nuestra. Tal se extrae de la citada sentencia del TRL (núm. 4432/08.8TBFUN-E.L1-2), de 2 de julio de 2009, disponible en www.dgsi.pt, consultada por última vez el 3 de enero de 2011.

transparencia y buena fe en lo que respecta a su situación económica y a los deberes asociados al proceso de insolvencia”.⁸⁶⁵

Se substituyen aquí los principios que referimos arriba, configuradores del deber moral al que aludimos, y que sustancian la protección de otros intereses que no son privativos de los acreedores y que implican el deber de solicitud, por un patrón general de cuidado y diligencia del deudor consumidor en la gestión de su patrimonio que le permite acceder a un mejor tratamiento de su precario estado patrimonial. El objetivo del legislador es este, el de atribuir una ventaja a los deudores diligentes, sean empresarios o no toda vez que la exoneración establecida en la ley portuguesa también se aplica a empresarios).

El juez, sin embargo, deberá fundamentar, con base en los hechos presentes en el proceso, el cumplimiento de los requisitos, acumulativos, presentes en el párrafo d) del art. 238 CIRE, recurriendo a un análisis cuidado del comportamiento del deudor y de su resultado efectivo, en lo que respecta al perjuicio de los acreedores y a las perspectivas, configurables, de mejora económica.

Es aquí, precisamente, donde se puede encontrar un freno legal/judicial a la solicitud de la exoneración del pasivo restante, por lo que se requiere una mayor sensibilidad a los jueces de primera instancia, para evitar el rechazo sin fundamento de la pretensión. Por otra parte, creemos que es más adecuado, en virtud de la falta de información relativa al proceso, la inexistencia legal de un deber de solicitud y las dificultades de fijación concreta de la aparición de la insolvencia, que el plazo de seis meses fuera ampliado a un período más largo, como un año, por ejemplo, tal como se recoge en la ley alemana (párrafo §290.14 *InSo*). En particular debido a las dificultades para iniciar el proceso (más una vez remitimos a la falta de apoyo adecuado, así como a los costes del proceso), podría pensarse en ampliar o eliminar el plazo previsto en la ley o, en contrapartida, proporcionar una mayor información o apoyo, públicos, en estas materias.⁸⁶⁶

⁸⁶⁵Traducción nuestra. El referido auto, (núm. 591/09.0TBVCD-A.P1) se encuentra disponible en www.dgsi.pt, consultado la última vez el día 3 de enero de 2011.

⁸⁶⁶Este párrafo fue incluso, objeto de un Ac. del Tribunal Constitucional, donde la deudora alegaba la inconstitucionalidad material, en su caso concreto, por violación de los principios de la legalidad, igualdad y garantía de efectivación de los derechos en los tribunales (art. 2, 3, 13 y 20 CRP), toda vez que el Tribunal había rechazado la solicitud de exoneración basándose en la interpretación de que el vencimiento de los intereses constituía un perjuicio grave para los acreedores y que la deudora no podría ignorar la inexistencia de mejoras en su condición económica (requisitos materiales del párrafo d). El Tribunal Constitucional rechazó la

El párrafo e) del art. 238 CIRE indica, con mucha claridad, que se rechazará la solicitud de exoneración del pasivo restante cuando consten ya en el proceso o fueren suministrados, por los acreedores o por el administrador concursal, hasta el momento de la decisión, elementos que indiquen con toda la probabilidad la existencia de culpa del deudor en la creación o agravamiento de la situación de insolvencia, con vistas a la calificación de la insolvencia como culpable, como consta en el art. 186.

Como sabemos, el incidente de calificación de insolvencia se abrirá inmediatamente con la sentencia que declara la insolvencia (art. 36 i) CIRE), por lo que podrá, la decisión, ser contemporánea o anterior a la decisión sobre la concesión de la exoneración del pasivo restante – tal como hemos indicado más arriba, a propósito del párrafo b) del art. 238, los acreedores y la administración concursal (art. 188.1 y 2 CIRE), así como los documentos aportados por el deudor al proceso (art. 24 CIRE), podrán contener los elementos arriba indicados, correspondiendo al juez tender un puente entre los dos incidentes, a fin de fundamentar, claramente, la elevada probabilidad de la calificación de la insolvencia como culpable.⁸⁶⁷

El requisito precedente, así como el siguiente, el del párrafo f), tienen su base, como hemos señalado, en la buena fe del deudor, demostrada en el comportamiento anterior al inicio del proceso, que conducirá al merecimiento del beneficio de la exoneración. Por lo tanto, el deudor no podrá haber sido condenado, en los diez años anteriores al inicio del proceso de

pretensión, alegando que el TRG no había fundamentado su decisión en las razones heridas de interpretación inconstitucional por lo que no pronunció materialmente sobre la pretensión. La autora también alegaba inconstitucionalidad orgánica, por violación de la ley de autorización, sino no ha procedido tal argumentación, en virtud de esta materia no estar contenida en la reserva legislativa de la Assembleia da República. Ac. TC núm. 487/08, disponible en <http://w3.tribunalconstitucional.pt>, consultado por última vez el 4 de enero de 2011.

⁸⁶⁷ Véase el Ac. TRP núm. 086748, de 9 de diciembre de 2008, que estableció que la venta de la deudora de la mitad indivisa de un bien inmueble, al copropietario de la misma, que constituía el único bien existente en su patrimonio, en los 9 meses anteriores al inicio del proceso concursal, constituye, con mucha probabilidad, la verificación del art. 186.1 y 2.d) CIRE, o sea, la deudora, en los tres años anteriores al inicio del proceso, alienó un bien que constituía la única garantía a los acreedores, agravando la situación de insolvencia, lo que conllevó el rechazo de la exoneración del pasivo restante. Disponible en www.dgsi.pt. Consultado por última vez el 3 de enero de 2011. En el mismo sentido, establece el Ac. TRC núm. 331/09.4 TABAND-F.C1, de 2 de marzo de 2010, dice que a quien dona un inmueble a un hijo menor, siendo este el único bien inmueble que posee, se debe negar la exoneración del pasivo restante. Disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 7 de enero de 2011. Otro ejemplo se aprecia en el Ac. TRL. 825/10.9TJLSB.L-1.8, de 2 de diciembre de 2010, rechazando el tribunal la solicitud de la deudora por considerar que esta ha potenciado su insolvencia, verificadas dificultades económicas, por la utilización excesiva de tarjetas de crédito, por forma a manter un nível de vida superior al que podría comportar. Disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 7 de enero de 2011.

insolvencia, por los crímenes previstos en el art. 227 y 229 CP portugués, que configuran la insolvencia dolosa y el favorecimiento de acreedores.

Por último, la buena fe se manifiesta una vez más como fundamento de concesión de la exoneración, y ahora, en *el párrafo g) del art. 238 CIRE*⁸⁶⁸, se refiere al comportamiento del deudor a lo largo del proceso de insolvencia, particularmente en lo que respecta a los deberes de información y colaboración previstos en el art. 83 CIRE. En este caso se deberá comprobar la violación dolosa o culposa de tales deberes, que evidencian que el deudor no solo debe manifestar una situación de insolvencia exenta de comportamientos de mala fe, sino que debe manifestarse también en el desarrollo del proceso.

Por último, no constando tal requisito en el art. 238 CIRE pero, ocurriendo en la práctica forense, no es obstáculo para la evaluación de la solicitud de la exoneración del pasivo restante la circunstancia de que, con base en el art. 39 CIRE, el proceso pueda cerrar por insuficiencia de la masa activa (que, de acuerdo con el art. 39.9 CIRE, se presume cuando esta es inferior a 5000€).⁸⁶⁹ Incluso se decide que, aunque que el deudor no pueda ceder, con la entrada en vigor del período de cesión, ninguna cuantía, podrá hacerlo cuando lo consiga.⁸⁷⁰ Una de las principales críticas apuntadas al mecanismo de la exoneración del pasivo restante es, precisamente, el hecho de que el deudor podrá no realizar ningún tipo de pago a sus acreedores.

Una vez expuestos los requisitos legales que, recordamos, deberán ser declarados cumplidos por el deudor de acuerdo con el art. 236.3 CIRE, hay que afirmar que, con excepción de la indeterminación conceptual del art. 238.1.d), que puede conducir a diferentes interpretaciones

⁸⁶⁸ Corresponde al párrafo §290.I.4 *InSo*.

⁸⁶⁹ Así lo señala el Ac. TRP núm. 0754986, de 5 de noviembre de 2007, que indica que los requisitos para rechazo de la admisión de la exoneración del pasivo restante se basan en el elenco taxativo de causas previstas en el art. 238, y no en otras. El juez no podrá automáticamente rechazar la pretensión del deudor en caso de cierre del proceso por insuficiencia de masa, sino en la verificación de alguno de los hechos indicados. Sentencia disponible en www.dgsi.pt, consultada por última vez el 4 de enero de 2011.

⁸⁷⁰ Véase el Ac. TRP núm. 1043/09.4TJVNF.B.P1, de 8 de abril de 2004, disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 4 de enero de 2011. A favor de tal interpretación tenemos también MARTINS, L.M., *Recuperação...*, *op. cit.*, p. 52. Hay autores que se pronuncian en contra de esta medida, teniendo en cuenta que se desprotegen los acreedores, no se les confiere ninguna garantía de pago. Véase, en este sentido, FERNÁNDEZ CARRÓN, C., *El Tratamiento...*, *op. cit.*, p. 128, y ZABALETA DÍAZ, M. «La condonación de las deudas pendientes ...», AAVV, *Estudios sobre la ley concursal*, *op. cit.*, p. 909, que señala los llamados planes cero, destinados a los concursos NINA (*no income, no assets*). En el caso de que el deudor se comporte de buena fe, y sea elegible para el procedimiento, jurídicamente nada obsta a que se le conceda el beneficio de la exoneración, especialmente en aras de protección de la dignidad humana, porque, en el período de cesión de rentas, puede haber una mejora de las condiciones económicas del deudor.

por parte de los jueces y debe ser cuidadosamente analizada, el elenco de requisitos, apalancado en el principio de la buena fe del deudor, y que se cruza incluso con la calificación de insolvencia, parece ajustado al equilibrio que hemos señalado, esencial, para la introducción de la exoneración del pasivo restante en el ordenamiento jurídico portugués.

El hecho de que no se trate de un mecanismo de exclusiva protección o beneficio concedidos al deudor consumidor hace que los requisitos legales, en comparación con los previstos en mecanismos de exoneración del pasivo restante procedentes de legislación con raíz en el Derecho de Consumo y no en el Derecho Concursal sean más rigurosos: para ello obsérvese el previsto en el Anteproyecto de Código de Consumidor de 2006 que, para permitir la extinción de las deudas restantes (art. 591), pasados los cinco años que podría durar el acuerdo con los acreedores (art. 585), exigía al deudor que se verificase una de las siguientes situaciones, previstas en el art. 582.3: enfermedad grave u prolongada, accidente u otro evento imprevisible o fortuito; modificación imprevisible de la situación laboral; modificación significativa del agregado familiar o condiciones de existencia y explotación, por parte del acreedor, de la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o flaqueza de carácter del deudor – eventos estos que habrían de contribuir directamente para la insuficiencia patrimonial.

La buena fe, así dibujada, contribuía a señalar las situaciones en las cuales el deudor concursado carecería de especial protección, de forma positiva, en vez de los requisitos negativos (la mayor parte de ellos), que se plasman en el CIRE.

Por otro lado, los motivos patentes en el CIRE a efectos de rechazo oficioso de la pretensión se transferían, en el dicho Anteproyecto, a la fundamentación de oposición de los acreedores, en el art. 603, que se basaba en los siguientes motivos: la comprobación de que el deudor no se era insolvente, la falta de los anexos exigidos o los correspondientes medios de prueba, en la existencia de una condena anterior por delitos contra el patrimonio que pudiesen poner en cuestión la confianza de los acreedores, a menos de cinco años desde el tránsito en juzgado de la condena, en la existencia de solicitud anterior de reestructuración del pasivo, en los últimos 10 años, o en la omisión o modificación de información relevante para el completo conocimiento del estado patrimonial del deudor, particularmente en el momento de concesión del crédito.

Como se aprecia, no se observaba aquí posibilidad de oposición con base en el retraso del deudor en la presentación de la solicitud de declaración del concurso, en perjuicio de sus acreedores y sabiendo, o no pudiendo ignorar, que no obtendría mejoras en su situación económica, tal como previsto en el art. d), lo que facilita el acceso del deudor al proceso. La solución aquí presente es, sin duda, más adecuada al proceso concursal que respecte al deudor consumidor, o sea, la eliminación de tal requisito temporal, como hemos indicado más arriba.

El CIRE, en aras de la unidad de procedimiento de la insolvencia de las personas físicas, ha impuesto un régimen que, como vimos, provoca desajustes en el sistema concursal, toda vez que al deudor consumidor no se impone, por un lado, el deber de solicitud pero, por otro, lo impone, a más largo plazo, es cierto, para que acceda a la solución más favorable, en las opciones disponibles legalmente, para su insolvencia. Creemos que habría que ponderar una modificación de la norma, al menos ampliando el plazo, como se recoge en la ley alemana u estadounidense (véase el art. § 727 del *Bankruptcy Act*). Esto porque las dificultades sentidas por el deudor, psicológicas, sociales, económicas y familiares, en el recurso al proceso de insolvencia, podrían beneficiarse con la eliminación o ampliación de tal plazo. El menor número de acreedores, el menor pasivo y, por encima de todo, motivaciones sociales y de protección de la dignidad humana y familiar a que ya aludimos, junto con la falta de información generalizada relativa al proceso de insolvencia, justificarían esta posible opción.

4.2.3 - La admisión del deudor al período de cesión

Solicitada la exoneración del pasivo restante por el deudor, como hemos visto, con base en el art. 236 CIRE, corresponderá al juez emitir el auto inicial, en la junta de acreedores (art. 156 y 36 n) CIRE), tal como se plasma en el art. 238.2 CIRE, después de la auscultación al administrador concursal y a los acreedores, a que se añade, en términos de previsión legal, el art. 236.4 CIRE.

En estos supuestos, el administrador concursal y los acreedores podrán manifestar su opinión, que puede ser favorable o desfavorable, y que no vincula la decisión del juez que, como vimos, solo puede rechazar la solicitud con base en los criterios previstos en el art. 238 CIRE. Como señala MARTINS, la vinculación no podría ocurrir “porque, en regla, los acreedores se opondrán a la exoneración, en la medida en que se concreta en el impago de la totalidad de

sus créditos”.⁸⁷¹ Recordamos, en este sentido, el dibujo procesal de la concesión de la exoneración en el Anteproyecto del Código del Consumidor que establecía la posibilidad de oposición previa de los acreedores que, en el caso de que procediese, llevaría el juez a declarar extinguida la instancia (art. 607.2). La tramitación del CIRE, más sencilla, basada en la decisión del juez, no invalida que los acreedores puedan aducir causas de oposición posteriormente al auto inicial, según el art. 243 CIRE.

Sin embargo, el momento de pronunciación del juez, que se circunscribe a la junta de acreedores, en los casos normales, puede ser distinto, tal como se indica en la segunda parte del art. 238.2 CIRE: por una parte, cuando la solicitud se haga fuera de plazo, la admisión a trámite, decidida por el juez, puede hacerse en el momento de su recepción, en el llamado periodo intermedio entre la declaración de insolvencia y la realización de la junta – art.236.1 CIRE; por otra parte, cuando conste en el proceso documento auténtico que demuestre los hechos que fundamentan el rechazo de la pretensión, al tomar conocimiento de aquellos podrá el juez emitir el auto de rechazo, fuera de la junta de acreedores. En cualquiera de los casos, no serán de interrogar ni el administrador concursal ni los acreedores.⁸⁷²

La admisión a trámite de la exoneración, o el auto inicial, no configura la decisión definitiva, sino la apertura del período de cesión, con la duración de cinco años y el contenido indicado en el art. 239 CIRE⁸⁷³, que analizaremos seguidamente. Ilustra SERRA, equivale “a la

⁸⁷¹ MARTINS, L.M., *Processo...*, op. cit., p. 427.

⁸⁷² Sobre este punto véase, para mayor desarrollo, CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J., *Código...*, op. cit., p. 785.

⁸⁷³ Establece el dicho artículo que:

“1 - Não havendo motivo para indeferimento liminar, é proferido o despacho inicial, na assembleia de apreciação do relatório, ou nos 10 dias subsequentes. 2 - O despacho inicial determina que, durante os cinco anos subsequentes ao encerramento do processo de insolvência, neste capítulo designado período da cessão, o rendimento disponível que o devedor venha a auferir se considera cedido a entidade, neste capítulo designada fiduciário, escolhida pelo tribunal de entre as inscritas na lista oficial de administradores da insolvência, nos termos e para os efeitos do artigo seguinte. 3 - Integram o rendimento disponível todos os rendimentos que advenham a qualquer título ao devedor, com exclusão: a) Dos créditos a que se refere o artigo 115.º cedidos a terceiro, pelo período em que a cessão se mantenha eficaz; b) Do que seja razoavelmente necessário para: i) O sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar, não devendo exceder, salvo decisão fundamentada do juiz em contrário, três vezes o salário mínimo nacional; ii) O exercício pelo devedor da sua actividade profissional; iii) Outras despesas ressalvadas pelo juiz no despacho inicial ou em momento posterior, a requerimento do devedor. 4 - Durante o período da cessão, o devedor fica ainda obrigado a: a) Não ocultar ou dissimular quaisquer rendimentos que aufera, por qualquer título, e a informar o tribunal e o fiduciário sobre os seus rendimentos e património na forma e no prazo em que isso lhe seja requisitado; b) Exercer uma profissão remunerada, não a abandonando sem motivo legítimo, e a procurar diligentemente tal profissão quando desempregado, não recusando desrazoavelmente algum emprego para que seja apto; c) Entregar imediatamente ao fiduciário, quando por si recebida, a parte dos seus rendimentos objecto de cessão; d) Informar o tribunal e o

concesión de la libertad condicional al detenido por buen comportamiento – una especie de «periodo experimental», en que, si todo sale bien, tendrá lugar la liberación definitiva del individuo”.⁸⁷⁴

Las dos consecuencias inmediatas para el deudor en este período de cesión son la imposición legal, por una parte, de criterios de buen comportamiento (art. 239.4 CIRE) y, por otra, la obligatoriedad de transferencia, al fiduciario, de la renta disponible (art. 239.2 CIRE). Solo al final del período establecido se concederá, definitivamente, la exoneración, tal se aborda en el art. 244 CIRE.

El auto referente a esta admisión, tal como previsto en el art. 239.1 CIRE, es emitido por el juez en la junta de acreedores o en los diez días siguientes, publicado y registrado, indican los art. 247, 230.2 y 37 y 38 CIRE.

Proviene, también, de la admisión al período de cesión, por parte del deudor, que sus acreedores no puedan iniciar cualesquiera ejecuciones singulares para cobro de créditos concursales (art. 242.1 CIRE).

4.2.4 – Caracteres esenciales del período de cesión

Hemos indicado más arriba que la admisión del deudor al período de cesión, experimental o de prueba, implica el cumplimiento de un conjunto de reglas que confirman su buen comportamiento (art. 239.4 y 243 CIRE), así como la entrega, en el período fijado por ley, de determinada parte de su renta, que será entregada al fiduciario, tal como se recoge en el art. 239.2 y 3 CIRE.

El contenido de dicho auto, como consta en el apartado 2 del art. 239 CIRE, se refiere a la determinación de la cesión, la fijación del período de cinco años y el nombramiento del

fiduciário de qualquer mudança de domicílio ou de condições de emprego, no prazo de 10 dias após a respectiva ocorrência, bem como, quando solicitado e dentro de igual prazo, sobre as diligências realizadas para a obtenção de emprego; e) Não fazer quaisquer pagamentos aos credores da insolvência a não ser através do fiduciário e a não criar qualquer vantagem especial para algum desses credores. 5 - A cessão prevista no n.º 2 prevalece sobre quaisquer acordos que excluam, condicionem ou por qualquer forma limitem a cessão de bens ou rendimentos do devedor. 6 - Sendo interposto recurso do despacho inicial, a realização do rateio final só determina o encerramento do processo depois de transitada em julgado a decisão.”

⁸⁷⁴ SERRA, C., *O Novo Regime...*, op. cit., p. 141. La expresión entre comillas, tal como indica la autora, deriva del Ac. TRP núm. 0835760, de 20 de noviembre de 2008, y del Ac. TRP núm. 0754986, de 5 de noviembre de 2007, disponibles en www.dgsi.pt, consultados la última vez el 6 de enero de 2011.

fiduciario, que se escogerá teniendo en cuenta los inscritos en la lista oficial de administradores concursales, lo que significa que el administrador concursal nombrado en la sentencia de declaración de insolvencia (art. 36 d) CIRE), podrá mantenerse en funciones como fiduciario.

La primera cuestión que suele plantearse es la duración del período de cesión, así como su relevancia. La exoneración del pasivo restante podría situarse, en lo que respecta a sus efectos definitivos y extintivos, inmediatamente después de la liquidación de los bienes del deudor en el proceso de insolvencia, evitándose el recurso al período de cesión. Sin embargo, no fue esa la opción del legislador portugués (una vez más inspirado en al *InSo*⁸⁷⁵) ya que, a añadir al producto de los bienes vendidos en el proceso de insolvencia, se impone un período de cesión que durará cinco años. Tal situación conduce FRADE a señalar la incongruencia entre los términos del legislador portugués en el considerando 45 del Preâmbulo del CIRE, donde se indica, a grandes rasgos, la voluntad legislativa de instaurar un sistema de *fresh start*, cuando, en realidad, lo que se ha creado es, como indica la autora, una versión mitigada del instituto.⁸⁷⁶

La inexistencia del período de cesión implica verdaderamente un nuevo comienzo por parte del deudor, pero obvia que los deudores sin masa activa podrán recurrir al proceso que, como vimos, ha sido declarado posible por la jurisprudencia portuguesa. Su existencia, así fundamentada, cobra importancia y, de todos modos, el período de cesión es un mecanismo más favorable al equilibrio entre el interés de los deudores y los de los acreedores.

También se podrá decir que, en aras de permitir el nuevo comienzo por parte del deudor, el período de cesión podría ser disminuido, sacrificando los derechos de los acreedores, o fijado,

⁸⁷⁵ El párrafo §287.2 *InSo* fija el período de cesión en 6 años. Todavía, se establece en la ley alemana una forma de premiar el deudor celoso, tal como puede observarse en el párrafo §292.1 *InSo*, parte final, en algo que KILBORN designa por una jugada brillantemente perspicaz y creativa, atribuyéndole un porcentaje proveniente de los bienes cedidos, al final del cuarto y quinto años. KILBORN, J., *Comparative...*, *op. cit.*, p. 79. Nos dice RUBIO VICENTE que, en tal caso, “el deudor, llegado este momento, va a poder disfrutar de unas cantidades muy superiores a la parte de la renta disponible que no es susceptible de embargo, incentivándose así para que proceda a la recepción y declaración de rentas pues la cesión ya no sólo estaría dispuesta en interés de los acreedores sino que también en interés propio”. RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, La Ley, Madrid, 2007, p. 151.

⁸⁷⁶ FRADE, C., *A Regulação...*, *op. cit.*, p. 577. La autora, citando REIFNER [et al.], configura esta situación como *earned start*.

dentro de un intervalo legal, caso a caso, dependiendo del valor obtenido con la masa activa o con las perspectivas de pago del deudor, o incluso cuando el crédito concedido lo fuera ya, negligente o dolosamente concedido por parte de la entidad concedente de crédito, que incumpliese, por ejemplo, sus deberes precontractuales relativos a evaluación de la solvencia o riesgo del préstamo, liberándose el deudor del pago de tales deudas en el período de cesión. Sin embargo, esta opción llevaría un mayor grado de incertidumbre, que se pretende apartar en estos supuestos, sobrecargando el juez, y propiciando la desigualdad entre los acreedores, de los diferentes concursos, que obtuviesen diferentes plazos (o ningún plazo), de cesión. El legislador, sacrificando el mayor beneficio que podría ser concedido al deudor, intenta, de este modo, crear un sistema equilibrado.⁸⁷⁷

Esto no impide que, desde la perspectiva del deudor, cinco años sea un plazo demasiado largo, impidiéndole el alcance, rápido, de la recuperación económica que busca. Pero, desde el punto de vista de los acreedores, esta solución intermedia, que configura el período de cesión, incluso en el caso de deudores sin masa activa, incrementa una perspectiva de posibilidad, aunque sea tardía, de pago de parte de las deudas, probablemente la misma que sobrevendría en el caso de que la exoneración no fuera concedida. Para el mercado, para el deudor y para los propios acreedores, conjugar la posibilidad de pago con la posibilidad de liberación de deudas, es más ventajosa que el mantenimiento, cerrado el proceso, de la obligación de pago de las deudas remanentes, existiendo el control del fiduciario sobre el cumplimiento. Por otro lado, también se reconoce que la exoneración del pasivo restante, incluso concedida inmediatamente después de la liquidación, como ocurre en el derecho estadounidense, puede no reportar los beneficios esperados, o sea, la reconstitución o recuperación económica del deudor que le permita mantenerse apartado de dificultades de pago.⁸⁷⁸

⁸⁷⁷El art. 585 del Anteproyecto del Código del Consumidor indicaba que el procedimiento no podría tener duración superior a cinco años, lo que parece indicar que podría fijarse período inferior.

⁸⁷⁸ Véase PORTER y THORNE que, en un estudio realizado en 2006, concluyeran que un tercio de los agraciados con la exoneración del pasivo restante, en los EEUU, seguía experimentando dificultades económicas iguales o peores que las que tenía antes de la concesión de la exoneración, especialmente debido a la falta de renta periódica. PORTER, Katherine e THORNE, Deborah, «The Failure of Bankruptcy's Fresh Start», *Cornell Law Review*, núm. 92, 2006, pp. 69-70, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894453, consultado por la última vez el 6 de enero de 2011. También en el dicho Relatório de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas, los operadores judiciales tienen dudas sobre esta cuestión, indicando, por lo general, que cinco años es un plazo diminuto abogándose la causa de los acreedores), por lo que debería calcularse casuísticamente. Disponible en www.dgpi.mj.pt, consultado por última vez el 9 de febrero de 2011, pp. 37-39.

El segundo elemento fundamental del período de cesión es la determinación de la renta del deudor a ceder al fiduciario que, según el apartado 3 del art. 239, se configura como todas las rentas que advengan, por cualquier título, al deudor, con diferentes excepciones.

La primera de ellas, presente en el párrafo a) de dicho apartado, indica que serán excluidos los créditos futuros que, de acuerdo con el art. 115 CIRE hayan, antes a la declaración de insolvencia, sido cedidos o prometidos por el deudor, donde se incluyen créditos derivados de contrato de trabajo o prestación de servicios, subsidios de desempleo o pensiones de jubilación, y procedentes de alquiler de cualesquiera bienes.

Más importante es la previsión de exclusión del párrafo b), que nos indica que quedan excluidas las rentas que sean razonablemente necesarias para, en primer lugar, proporcionar el sustento mínimamente digno del deudor y de su familia, no debiendo exceder, salvo decisión fundamentada del juez, tres veces el salario mínimo interprofesional; en segundo lugar, permitir al deudor el ejercicio de su actividad profesional; en tercero, otros gastos indicados por el juez en el auto inicial o, posteriormente, con base en requerimiento del deudor.

Como indican CARVALHO FERNANDES y LABAREDA, las dos primeras exclusiones concretan la llamada función interna del patrimonio, que se opone a la función externa, que corresponderá a la garantía general de los acreedores.⁸⁷⁹ En relación con el primer inciso, el legislador ha trazado un criterio objetivo, indicando que los montantes a atribuir al deudor deberán proporcionar el sustento digno del deudor y de su familia (en el sentido que se ha definido antes para los alimentos, o sea, proporcionar vivienda, alimentación, vestuario, educación de los hijos a cargo, entre otros). No se espera que estos montantes propicien un nivel de vida idéntico al que el deudor y su familia habían disfrutado antes de la declaración de insolvencia, sino digno, objetivando la ley una cuantía tal que, dependiendo de la constitución del agregado familiar y de sus concretos gastos, no puede exceder tres salarios mínimos interprofesionales.⁸⁸⁰

⁸⁷⁹ CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J., *Código...*, *op. cit.*, p. 788.

⁸⁸⁰ El art. 1 del DL 143/2010, de 31 de diciembre, fija el montante en €485, por lo que los montantes atribuidos al deudor, en exoneración del pasivo restante, no pueden ser superiores a 1445€. Esta norma es equiparable al art. 824.2 CPC, que nos dice que la inembargabilidad de los salarios (2/3) no puede superar la cuantía de 3 salarios mínimos interprofesionales.

La jurisprudencia, tal como indica SERRA, se ha pronunciado en el sentido de que el sustento digno indicado en la ley es el límite mínimo, siendo el triple del salario mínimo interprofesional el límite máximo. El juez debe fijar una cuantía, caso a caso, que se adecue efectivamente al concurso.⁸⁸¹ También casuísticamente debe el juez calcular la renta excluida de la cesión en los casos de los incisos ii) e iii) del art. 239.3.b) CIRE, o sea, lo necesario para que el deudor continúe desarrollando su actividad profesional (como son los gastos directa o indirectamente relacionados con tal), o relativo a gastos previsibles o extraordinarios no incluidos en la noción de sustento digno.

Por último, el deudor debe cumplir un conjunto de obligaciones, como se prevén en el apartado 4 del art. 239 CIRE, que determinan la continuación del buen comportamiento demostrado con anterioridad a la entrada en el período de cesión, y que surgen casi como requisitos acumulativos a aquellos analizados previamente por el juez en aras de conceder el acceso al período de cesión.

Aquí se determina que el deudor no debe ocultar o disimular rentas que perciba, así como comunicar al tribunal y al fiduciario la información sobre rentas y patrimonio cuando se le solicite – párrafo a); ejercer una profesión remunerada, y no abandonarla sin motivo legítimo, y buscar diligentemente una profesión en caso de desempleo – párrafo b); entregar inmediatamente al fiduciario, cuando sea recibida, la parte de las rentas destinada a la cesión – párrafo c)⁸⁸²; informar al tribunal y al fiduciario de cualquier cambio de domicilio o de condiciones de empleo, en el plazo de 10 días, así como, cuando solicitado y en el mismo plazo, informar los dichos órganos sobre las diligencias de la búsqueda de empleo – párrafo d) y no hacer cualesquiera pagos directamente a los acreedores, ni conceder ninguna ventaja especial a ninguno de ellos – párrafo e).⁸⁸³

CRISTAS clasifica estas obligaciones en tres tipos, conforme a sus propósitos – se tratan de obligaciones destinadas a “garantizar la transparencia de la situación patrimonial y personal del insolvente – párrafos a) y d)”, “a garantizar que el deudor es diligente en la búsqueda del

⁸⁸¹SERRA, C., *O Novo Regime...., op. cit.*, p. 141. En este sentido, véase, por ejemplo, el Ac. TRP núm. 1627/09.0TJPRT-D.P1, de 25 de mayo de 2010, disponible en www.dgsi.pt, consultado por última vez el 7 de enero de 2011.

⁸⁸²Hay que señalar que el deudor, en la exoneración, no tiene directamente sus poderes de administración y disposición suspensos, sino que ello es consecuencia de la obligatoriedad de entrega de de las rentas no exentas al fiduciario.

⁸⁸³ La consecuencia será la nulidad, tal como consta en el art. 242.2 CIRE.

mantenimiento de una renta que pueda satisfacer sus acreedores – párrafos b) y d)”, “a atestiguar la probidad y lisura de comportamiento del propio deudor – párrafos a), c) y e).”⁸⁸⁴

Se observa la extrema importancia de que el deudor mantenga sus condiciones económicas mínimas, a través de la conservación de su empleo, correspondiendo a los órganos de la insolvencia la supervisión sobre la existencia o búsqueda de empleo, a fin de que no se frustre el propósito del período de cesión.⁸⁸⁵ La supervisión también abarcará la eventual ocurrencia de comportamientos fraudulentos por parte del deudor, analizados a la luz de la buena fe. El fiduciario fiscaliza la actuación del deudor, además de las tareas relacionadas con el pago a los acreedores que le encomienda el art. 241. 1 CIRE, siempre que ello le sea requerido por la junta de acreedores (art. 242.3 CIRE), lo que constituye una garantía del buen cumplimiento de los requisitos, pero se justificará, normalmente, solo en los casos en los que el deudor posea un número elevado de acreedores o de rentas que pueda fácilmente disipar.

Cumplidos tales requisitos, al largo del período de cesión, se habrán reunido las condiciones para determinar la concesión definitiva de la exoneración del pasivo restante.

4.2.5 – Cese anticipado de la exoneración

Antes incluso de analizar la conclusión del procedimiento, nos corresponde incidir sobre la posibilidad de que, durante el período de cesión, se produzcan circunstancias que puedan poner en peligro, y mismo invalidar, la posibilidad de que el deudor alcance la exoneración, es decir, la decisión definitiva.

Tales circunstancias se indican en el art. 243 CIRE que, bajo epígrafe “cese anticipado del procedimiento de exoneración”, contienen, según palabras de CARVALHO FERNANDES

⁸⁸⁴ CRISTAS, A., «Exoneração do devedor...», *Themis...*, *op. cit.*, p. 172.

⁸⁸⁵ MENEZES LEITÃO presenta algunos ejemplos relativos al cumplimiento o incumplimiento de tales obligaciones. En el primer caso, tratándose de un sujeto con hijos menores, el cumplimiento puede satisfacerse con trabajo a tiempo parcial; tratándose de alguien con incapacidad, tendrá que aceptar trabajos que se adecuen a tal; sobre el incumplimiento, el deudor no puede cambiar de empleo, salvo por razones de salud o porque ha conseguido, en otro, mejores condiciones; también le corresponderá recurrir un despido por justa causa, si considera que esta no se observa, no pudiendo tampoco crear las condiciones para que la justa causa ocurra; el deudor debe, en caso de desempleo, salvo por motivos atendibles, aceptar cualquier trabajo para el cual esté calificado. MENEZES LEITÃO, L.M., *Direito...*, *op. cit.*, pp. 313-314.

“una sanción impuesta al deudor por comportamientos indebidos por él adoptados antes o durante el proceso de exoneración”.⁸⁸⁶

Dicho artículo establece que, antes de terminado el período de cesión, el juez, a requerimiento fundamentado de algún acreedor o del fiduciario, en el caso de que le compete la fiscalización del comportamiento del deudor (de acuerdo con los art. 239.4 y 241.3 CIRE), debe rechazar la exoneración, siempre que se verifiquen los hechos contemplados por la norma.

Estos hechos incluirán, en relación con lo que se indicó en el punto anterior, la violación dolosa o gravemente negligente de alguna de las obligaciones impuestas por el art. 239, perjudicando, con tales actos, la satisfacción de los créditos sobre la insolvencia – párrafo a) del apartado 1 del art. 243; en segundo lugar, el cálculo, en el decurso del período de cesión, de existencia de las circunstancias contenidas en el art. 238.1 b), e) y f), cuando sean conocidas por el demandante después de la emisión del auto inicial, o se verifiquen posteriormente – párrafo b); por último, cuando la calificación del concurso sea culpable – párrafo c) y art. 186.1 CIRE.

El cese anticipado del procedimiento de exoneración no se origina de oficio, como se puede comprobar por la lectura del artículo, sino que, tratándose esencialmente de evitar perjuicios para los acreedores, corresponderá a estos, directa, o indirectamente (a través de la función de supervisión del fiduciario), manifestar y comprobar la existencia de alguno de los hechos

⁸⁸⁶Traducción nuestra. CARVALHO FERNANDES, L.A., «A exoneração do passivo...», *Colectânea...*, *op. cit.*, p. 288. El artículo establece que:

“1 - Antes ainda de terminado o período da cessão, deve o juiz recusar a exoneração, a requerimento fundamentado de algum credor da insolvência, do administrador da insolvência, se estiver ainda em funções, ou do fiduciário, em el caso de que este tenha sido incumbido de fiscalizar o cumprimento das obrigações do devedor, quando:
a) O devedor tiver dolosamente ou com grave negligência violado alguma das obrigações que lhe são impostas pelo artigo 239.º, prejudicando por esse facto a satisfação dos créditos sobre a insolvência;
b) Se apure a existência de alguma das circunstâncias indicadas nas alíneas b), e) e f) do n.º 1 do artigo 238.º, se apenas tiver sido conhecida pelo requerente após o despacho inicial ou for de verificação superveniente;
c) A decisão do incidente de qualificação da insolvência tiver concluído pela existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência.
2 - O requerimento apenas pode ser apresentado dentro do ano seguinte à data em que o requerente teve ou poderia ter tido conhecimento dos fundamentos aducidos, devendo ser oferecida logo a respectiva prova.
3 - Quando o requerimento se baseie nas alíneas a) e b) do n.º 1, o juiz deve ouvir o devedor, o fiduciário e os credores da insolvência antes de decidir a questão; a exoneração é sempre recusada se o devedor, sem motivo razoável, não fornecer no prazo que lhe seja fixado informações que comprovem o cumprimento das suas obrigações, ou, devidamente convocado, faltar injustificadamente à audiência em que deveria prestá-las.
4 - O juiz, oficiosamente ou a requerimento do devedor ou do fiduciário, declara também encerrado o incidente logo que se mostrem integralmente satisfeitos todos os créditos sobre a insolvência.”

arriba indicados, incluso en los casos en los cuales el juez toma conocimiento directamente de la verificación de tales hechos, como es la calificación de la insolvencia como culpable.

La legitimación para instar la cesación anticipada de la exoneración corresponderá, de este modo, a cualquier acreedor, independientemente del valor de su pasivo, o al fiduciario encargado de la supervisión del comportamiento del deudor, debidamente sindicado por los acreedores, como se señaló. El requerimiento a que se alude debe hacerse, de acuerdo con el apartado 2 del art. 243 CIRE, dentro del plazo de un año después de la fecha en que el demandante ha tomado o podría haber tomado conocimiento de dichos fundamentos, añadiéndose de inmediato la respectiva prueba.

A continuación, de acuerdo con art. 243.3 CIRE, corresponderá al juez tomar la decisión: en el caso de que se trate de insolvencia culpable, el juez declara el cese anticipado, sin necesidad de más trámites; cuando se trate de otro de los fundamentos, el juez deberá escuchar al deudor, al fiduciario y a los acreedores de la insolvencia antes de tomar la decisión, que podrá ser favorable o desfavorable, conforme la prueba y los fundamentos, a la pretensión de los demandantes. Sin embargo, siempre que el deudor no comparezca injustificadamente a la audición o no aporte, en el plazo fijado, la información solicitada por el juez, a fin de comprobar el cumplimiento de sus obligaciones, el juez declarará el cese anticipado de la exoneración, y no se concederá, por lo tanto, la exoneración definitiva.

Este artículo también prevé, en su apartado 4, que cuando el deudor logre el pago integral de sus deudas antes del término del período de cesión, el juez, oficiosamente o a requerimiento de los acreedores o del fiduciario, declare cerrado el procedimiento.

El auto que declare el cese anticipado se somete a la publicación y registro tal como previstos en los art. 247, 230.2, 37 y 38 CIRE.

4.2.6 – La concesión definitiva de la exoneración

Agotado el período de cesión, corresponderá al juez, de acuerdo con los art. 244 y 237 d) CIRE, decidir sobre la concesión definitiva de la exoneración del pasivo restante. De acuerdo con el previsto en la ley, el juez debe interrogar al deudor, al fiduciario y a los acreedores, no estando vinculado por ninguna oposición por parte de los acreedores, sino por el integral cumplimiento de las obligaciones que impendían sobre el deudor, emitiendo su decisión en los diez días siguientes al término del plazo. Así, debe el juez analizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 239 CIRE ya que, en caso de incumplimiento, el juez podrá negar dicha exoneración.

De acuerdo con el art. 245 CIRE, la concesión definitiva de la exoneración del pasivo restante implica la extinción de todos los créditos concursales subsistentes en la fecha en que aquella es concedida, incluyéndose los no reclamados y verificados, como apunta la remisión al art. 217 CIRE.⁸⁸⁷

Sin embargo, el art. 245.2 CIRE introduce exclusiones a este principio general, estableciéndose que los créditos por alimentos, las indemnizaciones debidas por el deudor, derivadas de hechos ilícitos dolosos, los créditos por multas y otras sanciones pecuniarias con origen en delitos o contra ordenanzas, no serán contemplados por la extinción. Esta previsión legal viene precisamente materializar, tal como expusimos arriba, la imposibilidad legal de socialización del riesgo en relación a ciertos tipos de créditos, por diferentes motivaciones.⁸⁸⁸ Entre ellas se incluyen el carácter humanitario, relativo a los alimentos, el carácter público de los créditos, en lo que respecta a los tributarios y las multas. Con respecto a los créditos derivados de conductas ilícitas y dolosas del deudor, con origen contractual, señala CARVALHO FERNANDES sus reticencias sobre la inclusión de este tipo de créditos, toda vez que no se comprende el tratamiento más favorable dado a un crédito originado por un ilícito contractual, frente a uno derivado de un negocio jurídico.⁸⁸⁹

⁸⁸⁷ Importa precisar, particularmente, que de acuerdo con el art. 217.4 CIRE, los acreedores pueden perseguir el pago contra los codeudores o contra los garantes. Indica FERNANDÉZ CARRON que la exoneración implica un desaparecimiento del derecho de crédito, quedando para el deudor solo una obligación natural. FERNANDÉZ CARRON, C., *El Tratamiento de la insolvencia...*, op.cit., p. 139.

⁸⁸⁸ Así se observa en el párrafo §302 *InSo*.

⁸⁸⁹ Dando como ejemplo la falta de pago del precio, en una compraventa. CARVALHO FERNANDES, L.A., «A exoneração do passivo...», *Estudos...*, op. cit., p. 304. SERRA indica, sin embargo, que en este caso, los acreedores, al realizar un negocio jurídico, asumen una parte del riesgo, lo que no ocurre con los créditos de origen legal, toda vez que la creación de la obligación fue voluntaria. Véase SERRA, C., *O Novo Regime...*, op.

La decisión definitiva se publica y registra como se indica en los art. 247, 230.2, 37 y 38 CIRE, en los mismos términos con que se publica el cierre del proceso.

4.2.7 – La revocación de la exoneración del pasivo restante

La decisión definitiva, indicada en el punto anterior, puede, sin embargo, ser revocada, tal como prevé el art. 246 CIRE.⁸⁹⁰

Esto no significa que, cerrado el incidente de exoneración, el deudor se tenga de someter a nuevas pruebas o reglas relativas a su comportamiento posterior a la concesión de la exoneración, sino que la revocación se basa en el conocimiento posterior de hechos que, con anterioridad, podrían conducir a su no admisión o cese anticipado.

Se extrae, de la lectura del precepto, que la revocación puede ocurrir *ex officio*, o a solicitud de cualquier acreedor, hasta el final del año siguiente a la decisión de concesión definitiva de la exoneración – en el segundo caso, el acreedor debe comprobar que no tendría, hasta la decisión definitiva, conocimiento de los hechos que permiten la revocación. Al juez corresponderá interrogar al fiduciario y al deudor, antes de tomar la decisión, tal como consta en el apartado 3 del art. 246.

El art. 246.1 CIRE establece, pues, que se puede revocar la exoneración en caso de que se pruebe que el deudor ha, por una parte, practicado alguno de los actos previstos en los párrafos b) y ss. del art. 238.1 CIRE o, por otra, violado dolosamente sus obligaciones derivadas del período de cesión (art. 239.4 CIRE) causando, en cualquiera de los casos, perjuicios relevantes a la satisfacción de los pagos de los acreedores concursales. Se observa la necesidad de establecer un nexo de causalidad entre la práctica de tales actos y la

cit., p. 147. Para mayor desarrollo sobre esta cuestión véase GARCÍA-VICENTE, J-R., «¿Un régimen especial...», *ADC...*, *op. cit.*, p. 230 y ss.

⁸⁹⁰Dicho artículo establece que: “1 - A exoneração do passivo restante é revogada provando-se que o devedor incorreu em alguma das situações previstas nas alíneas b) e seguintes do n.º 1 do artigo 238.º, ou violou dolosamente as suas obrigações durante o período da cessão, e por algum desses motivos tenha prejudicado de forma relevante a satisfação dos credores da insolvência. 2 - A revogação apenas pode ser decretada até ao termo do ano subsequente ao trânsito em julgado do despacho de exoneração; quando requerida por um credor da insolvência, tem este ainda de provar não ter tido conhecimento dos fundamentos da revogação até ao momento do trânsito. 3 - Antes de decidir a questão, o juiz deve ouvir o devedor e o fiduciário. 4 - A revogação da exoneração importa a reconstituição de todos os créditos extintos.”

disminución relevante de la satisfacción de los acreedores, que no podrá calcularse de otra forma que no sea la confrontación entre los pagos efectivamente cumplidos y aquellos que, hipotéticamente, podrían haberse cumplido. Corresponderá al juez prever si ello se encuadra en el concepto abierto de perjuicio relevante, sin el cual no podrá existir revocación.

Las causas que pueden fundamentar la revocación equivalen, casi en su totalidad, a aquellas por las cuales se puede rechazar la admisión a trámite de la exoneración, así como, posteriormente, hacer cesar el período de cesión de créditos. Significa esto que, el legislador, teniendo en cuenta la gravedad, para los acreedores, de la exoneración del pasivo restante, establece diferentes etapas, en aras de seguridad jurídica, basadas en la fecha del conocimiento de hechos que indiquen un comportamiento de mala fe por parte del deudor, en las cuales se puede invertir el beneficio concedido.

Tal como nos dice SERRA, sería importante interpretar restrictivamente el art. 246 CIRE, a fin de que las causas de revocación se equivalgan solamente a las que permiten el cese anticipado. Esto porque existieron, a lo largo del procedimiento, distintas y variadas oportunidades para que los hechos señalado pudiesen conocerse, sin necesidad de destruir los efectos, a posteriori, de la exoneración. Nos dice la autora que

[...] es difícil imaginar que la ley consienta que un procedimiento que dura cinco años (con todos los sacrificios que impone y expectativas que crea al deudor y todos los gastos que conlleva) sea después revocado con fundamentos en hechos que ya existían y deberían haber sido presentados en momento anterior.⁸⁹¹

La necesidad extrema de cuantificar y medir la buena fe del deudor se presta, como vemos, a que la revocación se produzca, para que se opere la defensa de los intereses de los acreedores que, recordamos, podrán no ver sus créditos sustancialmente satisfechos, en virtud de la inexistencia de rentas superiores al mínimo necesario para un sustento digno, a lo largo de los cinco años. Sin embargo, tratándose de hechos que ocurrirán con mucha anterioridad temporal, o cuyos efectos se agotan inmediatamente (véase la calificación de la insolvencia como culpable, el cambio de empleo, la no entrega de las rentas al fiduciario), o de difícil comprobación, no nos parece necesaria la previsión de la revocación.

⁸⁹¹ SERRA, C., *O Novo Regime...*, *op. cit.*, p. 144. Traducción nuestra.

Podremos afirmar que la previsión de la revocación no perjudica al deudor que ha cumplido sus obligaciones que, como observamos, a pesar de la exigencia de un esfuerzo extraordinario en términos financieros, en lo que respecta a su comportamiento, no se distinguen de las ordinarias actuaciones del buen padre de familia que, diligentemente, pretende subsanar las deudas existentes. Así, el deudor diligente, celoso, preocupado, nada tiene a temer con esta previsión.

Por último, señalamos que, de acuerdo con el art. 246.4 CIRE, la revocación comporta la reconstitución de los créditos extinguidos, ya que se pierde el efecto útil del procedimiento.

4.2.8 – Relevancia de la exoneración del pasivo restante en el proceso concursal

En 2005, señalaba CARVALHO FERNANDES, poco tiempo después de la entrada en vigor del CIRE, sobre la exoneración del pasivo restante, que “no auguramos un futuro prometedor a la figura jurídica objeto de este estudio. Nos mueve en este sentido no solo la complejidad del procedimiento de exoneración y la *severidad* de las obligaciones impuestas al deudor”, terminando el autor afirmando que el deudor acabaría por optar por el plan de pagos, toda vez que este permitiría evitar, en su esencia, los efectos de la declaración de insolvencia.⁸⁹²

En realidad, el recurso del consumidor concursado al proceso concursal, en los últimos seis años de aplicación, no ha confirmado, consultándose las sentencias de declaración de insolvencia⁸⁹³, tales previsiones, ya que abundan las situaciones de liquidación, o de exoneración del pasivo restante, siendo la opción por el plan de pagos residual.

Hemos indicado arriba que la exoneración del pasivo restante, a pesar de sus desventajas inmediatas para el deudor, como son la producción de los efectos necesarios de la declaración de insolvencia sobre sus capacidades de administración y disposición (art. 81.1 CIRE), la mayor duración del proceso y, consecuentemente, sus mayores costes (que incluyen la remuneración del administrador de insolvencia y del fiduciario, como se constata por la lectura de los art. 60 y 240.1 CIRE, que correrán a cargo del deudor), la pérdida de los bienes, dados en liquidación previa al periodo de cesión, así como las desventajas mediatas, como son

⁸⁹² CARVALHO FERNANDES, L.A., «A exoneração do passivo...», *Colectânea...*, *op. cit.*, p. 309.

⁸⁹³ Recordamos que la publicidad del proceso concursal puede encontrarse en www.citius.mj.pt.

la sumisión, durante un periodo de cinco años, a rigurosas reglas de comportamiento, asociadas a la cesión de rentas, comporta una motivación psicológica al deudor de buena fe que, sumadas todas las desventajas, no obvia a la recompensa final esperada: la liberación de las deudas.

Indudablemente, el conjunto de consecuencias derivadas de la exoneración del pasivo restante es más pesado de lo que se deriva de la aprobación del plan de pagos. Es verdad que, como señalamos antes, las dificultades para obtención del plan de pagos, especialmente relativas a la negociación con los acreedores, y la inexistencia de masa activa que pueda “garantizar” la aprobación de aquellos, lo que no ocurre en la exoneración del pasivo restante, ha conducido los deudores a optar por la solución, por así decir, más fácil o evidente.⁸⁹⁴

Evaluando en general el marco legal implementado por el CIRE, podemos afirmar que este mantiene la base procedente del derecho alemán, con las diferencias que hemos ido refiriendo en la exposición anterior, incidiendo particularmente en la imposibilidad de que el deudor requiera la exoneración cuando vinculado a un plan de pagos, toda vez que se trata de dos soluciones alternativas en el derecho portugués. No solo el plan de pagos incluirá, normalmente, un perdón parcial de las deudas, sino que la propia exoneración, en el periodo de cesión, configurará una escala de pagos a los acreedores, dentro de las posibilidades del deudor, ya que la principal diferencia es que, en teoría, el plan de pagos no obliga a la venta de bienes (existiendo, en la práctica, tal posibilidad). Así dibujados, los dos mecanismos no son complementarios, pero pretenden alcanzar los mismos fines: permitir un respiro al deudor y consagrar, dentro de un marco financiero posible, la satisfacción, al menos parcial, de los derechos de los acreedores. Hay que recordar, además, que no se exige la buena fe del deudor para acceder al plan de pagos.

La exoneración del pasivo restante del CIRE establece, como hemos observado, no el *fresh start*, puro, inmediato al proceso de insolvencia, sino el *earned start*, implicando el cumplimiento de un conjunto de obligaciones previas y durante el procedimiento, estando el deudor vinculado a un comportamiento basado en la buena fe, lo que permite afirmar una mayor especificidad de esta solución respecto a las soluciones negociales, al menos plasmadas

⁸⁹⁴ Tal como afirma SERRA, el plan de pagos es más y menos que la exoneración: más, porque comprende un conjunto de instrumentos comunes con los institutos de reorganización del pasivo, pero menos toda vez que los perdones de deudas son delimitados por el contenido del plan. SERRA, C., *O Novo Regime...*, op. cit., pp. 150-151.

en la legislación concursal. A pesar de dibujada para las personas físicas, independientemente de si se tratan de empresarios o no, la exoneración del pasivo restante se presenta, de forma apelativa, como la solución adecuada a la insolvencia de los consumidores. Esto porque, tratándose de deudores consumidores endeudados de buena fe, la propia exoneración es el premio a sus tentativas de cumplimiento de las deudas acumuladas que, por motivos exógenos a su comportamiento, no han logrado.

Importa también señalar que la exoneración del pasivo restante, como demuestran el derecho americano, alemán y portugués, puede perfectamente enmarcarse en el derecho concursal, no siendo necesaria la creación de una ley separada para el tratamiento de la insolvencia de los consumidores.

Esta diferenciación, que se basa en el fundamento de las normas (protección del consumidor sobreendeudado frente a protección de los intereses de los acreedores), puede mitigarse, aprovechando la sistematización legal concursal para introducir un capítulo propio, en vez de repetir soluciones idénticas en diversas leyes. Se comprendería una ley propia para el sobreendeudamiento si en esta se tratase no solo la situación de insolvencia, tal como expusimos en el primer capítulo, sino su estado previo, permitiendo al deudor endeudado, pero no insolvente, recurrir a los mecanismos en ella contenidos (y que se diferenciarían, por no tratarse de la misma situación), o una ley que sistematizase, como el Anteproyecto del Código del Consumidor portugués, toda la materia de protección del consumidor.

Con esto se pretende afirmar que es perfectamente posible introducir, en la legislación concursal, reglas que beneficien al deudor, aunque mitigadas por las exigencias que, como vimos, la concesión de la exoneración del pasivo restante comporta.

La ley portuguesa establece así un mecanismo que permite al deudor, que no ha, der ninguna forma, contribuido a la creación o agravamiento de su situación de insolvencia, liquidados sus bienes, intentar pagar sus deudas durante un período bastante largo, manteniendo una buena conducta, garantizándose un nivel de vida digno, atribuyéndose, al final, la exoneración de las deudas restantes, lo que configura la necesidad, por una parte, de socialización del riesgo (con excepciones), y evitar la exclusión social.

Se observó que el período de cesión puede considerarse excesivo. El deudor, que mejore sus condiciones económicas en tal período, verá negada la posibilidad inmediata de recuperarse financieramente, ya que tal incremento será absorbido por el pago a los acreedores. Sin embargo, al compararse el periodo de cesión con el plazo general de prescripción de las obligaciones (20 años, de acuerdo con el art. 309 CC portugués, 15 años, de acuerdo con el art. 1964 CC español), siempre podrá aducirse que es beneficioso para el deudor recurrir a este mecanismo, incluso estando en contra las desventajas señaladas. El plazo se establece también a favor de los acreedores que, con un plazo más corto, podrían ver disminuida su posibilidad de pago – es, precisamente el equilibrio de intereses hemos tantas veces mencionado, lo que atraviesa este instituto, toda vez que, en cinco años, tendencialmente la capacidad del deudor, que no podrá endeudarse más, irá mejorar. Además, recordamos, el deudor puede no lograr, en los cinco años, obtener rentas que le permitan pagar a los acreedores, toda vez que no posee una capacidad financiera que exceda los valores mínimos para su supervivencia, obteniéndose la exoneración con un mayor sacrificio de los acreedores.

Hemos señalado también que la exoneración pretende adecuarse, por lo menos indirectamente, al mandato constitucional que implica la protección de la dignidad humana, en su propósito, pero las obligaciones del deudor en el período de cesión, especialmente las de pago, deberán también llevar implícito el mismo objetivo, en lo que respecta a la fijación de los montantes esenciales para el sustento digno del deudor. Se necesita, por lo tanto, de sensibilizar el juez para una decisión adecuada y justa, aunque ello implique un sacrificio mayor de los acreedores. También aquí reside la idea, que antes señalamos, de que la exoneración, así dibujada, no exige el cumplimiento mínimo de obligaciones ante los acreedores, lo que puede implicar que pasen los cinco años sin que se reúnan las condiciones para cumplir cualesquiera obligaciones.

Siempre se podrá decir que la exoneración es un método agresivo, tanto para deudores, como para acreedores. Para estos últimos, porque puede implicar la perspectiva de no recibir ningún pago, o en pequeño porcentaje. Para los primeros, esto se refleja en la cantidad, algo extensa, de obligaciones a cumplir, o en la sobrecarga de los costes del proceso. El plan de pagos parece más flexible, pero implica también que el deudor reúna condiciones para cumplir parte de sus obligaciones, así como la predisposición de los acreedores para negociar.⁸⁹⁵

⁸⁹⁵ Más agresivos son los planes de pagos típicos de las leyes de protección al sobreendeudado, que son impuestos a los acreedores una vez fracasada la negociación – véanse los art. 633 y ss. del Anteproyecto del

En defensa del mecanismo de la exoneración, en contra lo que acabamos de afirmar, podremos alegar que, incluso en caso de la situación extrema de que el deudor no consiga pagar parte o la totalidad de sus deudas en el período de cesión, difícilmente los acreedores conseguirían lograr tal pago por los mecanismos extraconcursales (por ejemplo, a través de ejecuciones). Por otra parte, el deudor diligente no tendrá dificultad en superar las obligaciones de comportamiento, iniciales o posteriores, en el periodo de cesión, y se encontrará motivado para cumplir las obligaciones de cariz financiero, en aras de obtención de la exoneración. Por otro lado, para los acreedores, como para el deudor, en términos puramente económicos, es importante que el deudor consumidor pueda regresar, con mayor rapidez, al mercado, una vez comprendidos los motivos que han conducido a la insolvencia.⁸⁹⁶

Es cierto que la exoneración puede conducir a abusos por parte del deudor, que puede descuidar tales obligaciones, y para ello existen los mecanismos de fiscalización que apuntamos, pero no sería despreciable, también en este sentido, la intervención de organismos de apoyo especializado, públicos o privados (como los servicios especializados de las asociaciones de consumidores) que, en colaboración con los tribunales, pudiesen realizar un seguimiento del deudor, no solo para verificar el transcurso del período de cesión, sino suministrando información sobre reeducación financiera.⁸⁹⁷ La existencia de mecanismos de exoneración, en la ley positiva, puede también acarrear, a medio plazo, que el sistema de concesión de crédito tenga de adaptarse a las circunstancias, dificultando el acceso al crédito, en particular para consumo e hipotecario, debido a una mayor asunción de riesgo por parte de los concedentes de crédito – sin embargo, las circunstancias económicas actualmente vividas, así como las reglas relativas a la evaluación preventiva de la solvencia del deudor han conducido naturalmente a tal restricción, no siendo la existencia de la exoneración, en el derecho concursal, que ha conducido a ello.

Código del Consumidor portugués y los art. art. 33 de las proposiciones de ley núm. 122/000295, de 2003 y 622/000012, de 2004, por ejemplo.

⁸⁹⁶ Como indica SOARES GOMES, un régimen que salvaguarde los intereses legítimos de los consumidores contribuye para la humanización de la economía de mercado, restringiendo los apetitos más voraces de los agentes económicos e imponiendo una ciudadanía más exigente y responsable, en el sentido de que el deudor debe moderarse en lo que respecta a los llamamientos de la sociedad de consumo. Véase SOARES GOMES, M.T «Do Sobreendividamento...», *Sub Judice*, núm. 24, *op. cit.*, p. 38.

⁸⁹⁷ Tal se puede encontrar, por ejemplo, en el art §727.11 del *Bankruptcy Act*. También en el sistema alemán la intervención de los organismos de mediación ha mostrado buenos resultados, pero la escasez de medios humanos y técnicos ha dificultado la aplicación de las medidas. Véase FRADE, C., *A Regulação...*, *op. cit.*, p. 561.

Por todo lo expuesto, nos parece que la exoneración del pasivo restante del régimen jurídico portugués, a pesar de no establecer verdaderamente el mecanismo del *fresh start*, presenta un núcleo de normas relativamente equilibrado, susceptible de encuadrar las situaciones de insolvencia de los consumidores sin necesidad de recurrir a una ley propia. Una vez más añadimos que la insolvencia es una circunstancia extrema, excepcional, en la vida del deudor consumidor, y el propio sistema, al establecer el período de “cuarentena”, al impedir que el deudor, en diez años, pueda recurrir de nuevo a la exoneración, previene la situación de abuso que indicamos más arriba.

El legislador español no ha introducido ningún mecanismo idéntico, ya que, como indicamos, el convenio no es aceptable en el caso de que se establezca la condonación, aunque aceptada por los acreedores, de la totalidad de las deudas. Se permite, a través del mecanismo de la quita, que el deudor quede exonerado de parte de sus deudas, siempre que se negocie previamente con los acreedores. Además, el art. 178.2 LC añade que, cuando el concurso se cierre por inexistencia de bienes o derechos, su responsabilidad ante los acreedores se mantenga extraconcurso⁸⁹⁸; el propio art. 179 LC establece expresamente que tras el cierre del concurso por los motivos expuestos, una nueva declaración de concurso en los cinco años posteriores al cierre del proceso tiene naturaleza de reapertura de concurso.

Esto significa que el derecho concursal español privilegia esencialmente, como tuvimos varias oportunidades de exponer, la protección de los intereses privados de los acreedores, descuidando las particularidades del concurso de consumidores. Hemos señalado que la LC presenta una estructura pesada, morosa y costosa para aquellos que, sin perjuicio de la posibilidad de obtención de convenio, no tienen oportunidad de un nuevo comienzo, por recurrir al concurso, incluso en caso de insolvencia marcada por hechos ajenos al comportamiento abusivo o fraudulento que, como sabemos, se encuentra excluida de los mecanismos de exoneración.

⁸⁹⁸En caso de que se trate de un deudor persona jurídica, el art. 178.3 LC establece su extinción, no quedando ninguna responsabilidad fuera del concurso contra sus representantes o titulares. Existe, por lo tanto, una discriminación ante el deudor persona física. A favor de una equiparación, DE LA CUESTA RUTE, J.M. «Persona física...» CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIÁVILLA, J.L. (coord.) *Endeudamiento del consumidor...*, op. cit., p. 118.

La introducción de un mecanismo de exoneración en el derecho concursal español es una cuestión de política legislativa, ya que, no solo en 2003, sino en 2009 y 2010, el legislador no demostró voluntad de especializar el concurso para incorporar medidas específicas para el concurso de deudores personas físicas, manteniendo España de fuera del núcleo de países que han reconocido, por imitación, la necesidad de tales medidas. Por imitación en el sentido de que los mecanismos relativos a la liberación de deudas se inspiran en el modelo americano primario y, a lo largo de los años, los derechos continentales han sentido necesidad, como hemos señalado en este estudio, de incorporar tales medidas.

La doctrina española se divide en este punto⁸⁹⁹, incidiendo la discusión sobre el interés más digno de protección – ¿corresponderá proteger fielmente el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, salvo excepciones aceptadas por los acreedores, protegiéndose de esta forma el interés único y exclusivo del acreedor o, por el contrario, teniendo en vista, *maxime*, el principio de la dignidad humana, proteger, en casos específicos, al deudor?

TRUJILLO DÍEZ escribía, en 2003, que

[...] Este mutismo de nuestro Derecho vigente no es coherente con las modernas concepciones de una política de protección de los consumidores. Bajo una concepción individualista del Derecho de obligaciones, que es la que preside nuestro Código Civil, la consecuencia del impago de las deudas consiste en la realización universal e ilimitada de la responsabilidad del deudor. Sin embargo, la moderna economía (masiva y profesionalizada), exige que también el sector empresarial asuma la parte de la responsabilidad que le corresponda en el sobreendeudamiento de los hogares, que no tendrían de soportar por sí solos el fracaso puntual de una actividad, como es el mercado de crédito, que aprovecha a toda la sociedad, en general, y a los profesionales de crédito, en particular [...].⁹⁰⁰

⁸⁹⁹ En contra, FERNÁNDEZ CARRON, alegando no solo los principios estructurantes del derecho concursal español, sino, entre otros motivos, indicando que la protección humanitaria del deudor no puede sobreponerse a los intereses de los acreedores. La autora refiere también las posibilidades de abusos por parte del deudor, el tratamiento desigual de los acreedores, el endurecimiento de la concesión de crédito y la pérdida de fuerza de los mecanismos negociales como elementos en contra la exoneración. Véase FERNÁNDEZ CARRON, C., *El Tratamiento...*, *op. cit.*, p. 146 y ss. A favor, por ejemplo, RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración ...», *RDCP*, núm. 6, *op. cit.*, p. 161, con especial referencia a la buena fe del deudor y al hecho de que el argumento de la tradición jurídica puede no proceder, toda vez que la propia unidad del sistema no sería parte integrante de la tradición jurídica concursal; FERRÉ, J. «La liberación de deudas en el concurso de consumidor (un apunte de derecho alemán), *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 7, Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 223; GUTIERREZ DE CABIDES, P. *El sobreendeudamiento domestico...*, *op. cit.*, p. 230, que indica que la exoneración del pasivo restante es un mecanismo de los sistemas concursales avanzados; ” BELTRÁN SANCHÉZ, E. «Insolvencia de las familias ...», *El Futuro ...*, *op. cit.*, p.209, justificándose la exoneración en el caso de que la insolvencia se declare fortuita.

⁹⁰⁰ TRUJILLO DÍEZ, I.J, *El sobreendeudamiento...*, *op. cit.*, p. 150.

Es precisamente en estos argumentos que el legislador deberá fijarse para establecer, o no, un conjunto normativo que aproveche, de forma más incisiva, a la insolvencia de los consumidores en España. Esto porque, a pesar de la vocación universal de la LC, esta, como hemos apuntado, no presenta las condiciones óptimas para dar solución al problema – a pesar de la existencia del convenio, que se adapta a todas las situaciones de insolvencia. La protección del consumidor, en estos supuestos, no puede actuar solo en aras de prevención, sino de la solución del endeudamiento fracasado por parte del deudor, particularmente en los casos en los cuales deriva de hechos ajenos al comportamiento del deudor, como hemos señalado.

Ante la inactividad del legislador, ya que el propio proyecto de reforma de 2011 no contempla modificaciones sustanciales en este sentido, existen tribunales que han concedido judicialmente, aunque *contra legem*, la liberación de deudas a deudores personas físicas, lo que también ha ocurrido recientemente en Portugal.⁹⁰¹ Esto significa que los propios aplicadores de la ley, aunque aisladamente, son partidarios de una solución que permita evitar que los deudores consumidores, de buena fe, como apreciable en estos dos casos, queden, por un plazo largo, sujetos al cobro de deudas por parte de sus acreedores, que permitiría un nuevo comienzo para de las familias endeudadas. La concesión de la liberación indicada, inmediatamente posterior al cierre del proceso, potencia el regreso de tales deudores a una situación económica y financiera exenta de una carga de deudas excesiva, cumpliendo los propósitos arriba indicados, que presentamos como esenciales en el dibujo jurídico de la figura de la exoneración del pasivo restante, repartiéndose el riesgo agravado por las actuales condiciones negativas del mercado hipotecario entre las diferentes partes implicadas en el contrato y evitando la exclusión social de los deudores – si los deudores pierden su vivienda y la eventual inversión hecha en su adquisición, los bancos tendrían, ante la disminución del

⁹⁰¹ La primera sentencia aparece en 4 de diciembre de 2009, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Estella, en el ámbito de una ejecución singular, concediéndose la exoneración inmediata de las deudas relativas a la diferencia entre el valor obtenido con la venta judicial de la vivienda entregada al banco acreedor y el valor de la hipoteca. La segunda data de 26 de octubre de 2010, y proviene de un proceso concursal tramitado en el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona donde se atribuye idéntico beneficio, toda vez que los deudores no poseían más bienes, salvo cláusula de mejor fortuna. En este caso concreto, estarían en cuestión deudas de diversa índole, ya que la vivienda del matrimonio concursado, de protección social, fue adquirida por la administración autonómica, permitiendo que la plusvalía se utilizara para un plan de pagos establecido por el tribunal. Se observa, en esta segunda situación, la combinación de soluciones de naturaleza negocial con la exoneración del pasivo restante. En Portugal, siete sentencias de varios tribunales de primera instancia han adoptado idéntica solución, como se aprecia en http://www.dn.pt/bolsa/interior.aspx?content_id=1880385, consultado por última vez el 21 de junio de 2011.

valor de los bienes, a que se añade la dificultad de obtención de crédito por parte de potenciales compradores, que contentarse con la dación en pago. Esto permitiría también corregir los efectos de una concesión de crédito facilitada, en los años anteriores a la crisis, por las propias entidades concedentes de crédito.

Se demuestra, de este modo, la urgencia de una reglamentación legal de tal materia, que tenga en cuenta la propia actuación, por estos días, de los tribunales, así como el surgimiento de un número considerable de concursos de consumidores de buena fe, particularmente por dificultades en el pago de la vivienda familiar, pero extendiéndose este beneficio con generalidad, en relación al conjunto de deudas del insolvente.⁹⁰²

La exoneración del pasivo restante, cuando respeta el conjunto de reglas que hemos indicado, especialmente relativas al acceso del deudor y a su manutención, obvia los abusos y los fraudes derivados, permitiendo al deudor volver a ganar, posiblemente, capacidad económica, y evitar su exclusión económica y social – en los casos de insolvencia de buena fe, la socialización del riesgo prevista en el instituto tiene contornos más positivos y necesarios. Creemos, por lo tanto, que en la LC, porque impone un deber de solicitud a todos los deudores insolventes, el mecanismo de la exoneración sería bien acogido, consagrándose verdaderamente como una ley adaptada a todo tipo de concurso

⁹⁰² El desbloqueo de ambos casos fue, sin embargo, distinto. El Banco recurrió la sentencia, y la Audiencia Provincial de Navarra confirmó la sentencia del tribunal recurrido, en 26 de enero de 2011, manteniendo la liberación de deudas. El primer auto fue, sin embargo, corregido por el AAP de Navarra núm. 4/2011, de 28 de enero, derogándose el beneficio atribuido. Como fundamentación, alegaron los jueces extensa jurisprudencia de tribunales superiores en la cual se indica que no existe enriquecimiento ilícito ni abuso de derecho cuando el acreedor, dentro de los límites legales y contractuales pactados por las partes en el ámbito del derecho hipotecario, pretende obtener el resarcimiento de las cuantías relativas a la deuda existente no cubiertas por la venta judicial del bien entregado por los deudores. Para mayor desarrollo, consúltese el dicho auto en <http://www.expansion.com/2011/02/08/economia/1297200179.html?a=180ac03f2ecdec134bf47c82dcb0cc13&t=1297605915>, consultado por última vez el 14 de febrero de 2011. En la actualidad, cuatro autos de la misma Audiencia Provincial confirmaron la no concesión de ninguna liberación de deudas en ejecuciones hipotecarias, como se lee en <http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/20110211/cuatro-nuevas-sentencias-rechazan-que-devolviendo-piso-salde-hipoteca/708988.shtml>, consultado la última vez el 14 de febrero de 2011. Con respecto a la sentencia dictada en el concurso de acreedores en Barcelona, esta se hizo definitiva, en virtud de la inexistencia de recurso. Se señaló que, conservando los deudores el equivalente al salario mínimo profesional, y tratándose de ancianos, el remanente de las deudas sería pago en 13 años, lo que supondría una carga excesiva. Se señaló también la buena fe de los deudores y el agotamiento de todas las vías previstas en la LC, por lo que se optó por la concesión de la exoneración. Véase <http://www.lavanguardia.es/vida/20110128/54107174035/un-juez-exime-a-una-pareja-insolvente-de-pagar-deudas-pendientes-a-la-banca.html>, consultado por última vez el 14 de febrero de 2011. El auto puede consultarse integralmente en www.westlaw.es, consultada por última vez el 14 de febrero de 2011.

CONCLUSIONES

La juventud del CIRE y de la LC, en la época en la cual empezamos este estudio, a que se añadió nuestra profunda curiosidad por el derecho concursal, fue el lema para optarnos por la temática de la insolvencia de los consumidores, siendo que el derecho del consumo sería otra de las áreas que nos despertaba mayor atención. Al destaque dado a la renovación del derecho concursal, especialmente cuando relacionado con las insolvencias empresariales, se oponía una creciente preocupación con el endeudamiento del consumidor, sin que verdaderamente se despertara la consciencia jurídica de insolventes y operadores judiciales para el hecho de que el derecho concursal podría configurar una solución válida para el tratamiento de dichas insolvencias. Sin embargo, las estadísticas demuestran que, a lo largo de estos años, desde la entrada en vigor del CIRE y de la LC, los concursos de consumidores, una extravagancia en los primeros tiempos, han crecido, de forma constante, para números que apelan a dos ideas: primero, que el endeudamiento de los consumidores se está convirtiendo, de forma preocupante, en insolvencia; segundo, que a pesar de todas las deficiencias que la ley positiva pueda demostrar, el derecho concursal es una forma viable de tratar las insolvencias de consumidores.

Dirigidos por este ánimo, el de comprender si la ley positiva sería, o no, adecuada a las referidas insolvencias, teniendo como punto de partida las opciones de ambos legisladores, próximos en el tiempo pero apartados en las soluciones, hemos optado por titular nuestro estudio con base en dos premisas: sumergirnos en el derecho positivo, recién-creado, por una parte, a fin de evaluar cuales, en términos sustanciales y procesales, serían los caminos a trazar por el deudor consumidor insolvente, por entre aquello que parecía una ley nueva tallada para las insolvencias empresariales y, por otro, habiendo mirado, en generalidad, los propósitos y soluciones de las reformas emprendidas, indicar, desde pronto, que a pesar de todos los esfuerzos, el legislador, tanto el portugués como el español, no habían logrado concretizar los objetivos de dibujar un proceso de insolvencia completamente adecuado al deudor consumidor persona física consumidora. Las dificultades sentidas, a lo largo del tiempo, en la aplicación de la ley, han tornado evidente que la reforma del derecho concursal, en estos supuestos, no se encuentra concluida, en ambos ordenamientos.

Así, consideramos inacabadas las reformas llevadas a cabo, en 2003, por el legislador español, y en 2004, por el legislador portugués: el decurso del tiempo, y la madurez de los sistemas concursales nos han dado parte de nuestra razón. El crecimiento de los números de insolvencias de consumidores refleja el estado de los tiempos, económica y financieramente hablando, pero la respuesta legal no es, en toda la línea, adecuada como debería, lo que es preocupante, en la actualidad, con la persistencia de la crisis y su impacto negativo en el crédito y en los presupuestos, debilitados, de las familias portuguesas y españolas. Esta conclusión, sin embargo, no encaja de modo idéntico en ambos ordenamientos: el legislador español ha optado por no especializar el proceso, tendente a acoger específicamente los consumidores; el legislador portugués lo hizo, pero el proceso presenta algunas deficiencias.

A fin de extraerse tal conclusión principal, se ha caminado largamente, desde el inicio de este estudio, por el derecho que positiva las reglas relativas a la insolvencia de los consumidores. Se han abordado diversas cuestiones que permiten, tanto con base en el derecho substantivo, así como adjetivo, conocer los mecanismos legales que permiten solucionar un estado de extrema debilidad patrimonial que puede sobrevenir al deudor consumidor persona física, como derivado de hechos relativos a una mala organización/estructuración de un presupuesto individual o familiar, o de hechos externos que, en virtud de la disminución patrimonial provocada, conducen a una situación de incumplimiento generalizado o regular de obligaciones exigibles, en conformidad con las nociones de insolvencia de que partimos.

Tuvimos, como base para este estudio, la Ley Concursal, aprobada en 2003, revista en 2009 y con una proyectada reforma para 2011, y el Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, de 2004, cuya proximidad y principios basilares semejantes, como sean la vocación universal, la unidad de sistema, la búsqueda por la celeridad y especialización técnica de los órganos del proceso han transformado el derecho concursal anterior, permitiendo la integración, en una sola ley, de todos tipos de deudores, independientemente de su caracterización como empresarios. En el campo de los presupuestos subjetivo y objetivo del proceso, nada tenemos a apuntar, una vez que el derecho concursal español y portugués se encuentra apto a acoger, en su seno, estos deudores específicos.

Sin embargo, las predichas reformas han conducido a distintos resultados: mientras que en Portugal el legislador ha mitigado el principio de la unidad de sistema, creando, *ab initio*, un

sistema que, aunque privilegiando, en la fase declarativa del proceso, la igualdad de las formas de tratamiento entre los deudores, permite, en su fase final, que el deudor persona física pueda optar por soluciones que le están directa y exclusivamente destinadas (plan de pagos y liquidación con exoneración del pasivo restante), en España no se han especializado ningunas soluciones específicas, teniendo en vista los deudores personas físicas. Para determinar tal diferencia no fueran ajenas las inspiraciones del legislador – en Portugal se ha basado la reforma de 2004 en la estructura concursal dibujada por la *Insolvenzordnung* alemana; en España, se ha privilegiado la creación de un derecho concursal que obvia a los problemas generados por la dispersión de las normas anteriores, creándose una estructura relativamente novedosa.

La implementación de un nuevo sistema concursal no ha impedido a que, desde la entrada en vigor tanto de la LC, como del CIRE, se haya intentado crear un sistema propio, apartado del derecho concursal y centrado en el derecho del consumo, para solucionar específicamente este problema. Los intentos legislativos, de 2003 y 2004, en España, pretendían rellenar la laguna dejada, aparentemente, por la falta de reglamentación específica de la LC; en Portugal, el proyecto de 2006 pretendía crear una alternativa al proceso concursal.

Estas propuestas legislativas, fuertemente inspiradas en el tratamiento francés del sobreendeudamiento, tenían como principio el acceso exclusivo, a estos mecanismos, por parte del deudor consumidor de buena fe, siempre que este se encontrara en situación de sobreendeudamiento/insolvencia, teniendo como principios básicos la negociación voluntaria del deudor con sus acreedores, mediada por organismos de apoyo y defensa del consumidor, potenciándose, en caso de desacuerdo o imposibilidad de trazar una solución negociada, la fijación judicial de un plan de pagos, a que se añadiría la exoneración del pasivo restante. Por razones de política legislativa, ninguno los proyectos antedichos obtuvo éxito, desalentándose la discusión en su entorno.

La existencia de estos proyectos demuestra la necesidad o la voluntad de creación de mecanismos propios para la insolvencia de los consumidores. No creemos, sin embargo, que sea necesaria la duplicación de regímenes. Hemos señalado, muchas veces, que la introducción, en la reglamentación concursal, de mecanismos propios para el tratamiento de la insolvencia de los consumidores, permite auxiliar, de forma inmediata, a los deudores consumidores. Por ese motivo, tanto el sistema portugués que, aunque imperfecto, representa

una forma válida de tratamiento de la insolvencia de los consumidores, presentando los mecanismos básicos que se observan en los instrumentos típicos procedentes del derecho de consumo, como el español, donde el deudor consumidor persona física debe sujetarse al proceso de insolvencia normalizado, son susceptibles o pasibles de modificación teniendo en cuenta el tratamiento concreto y direccionado para la insolvencia de los consumidores. Con esto pretendemos afirmar que la protección del deudor no es incompatible con el derecho concursal, pudiendo diferenciarse el deudor consumidor, carecido de especial atención, de los deudores empresarios, en el mismo instrumento legal. La dispersión de normas no sería beneficiosa para la unidad del derecho concursal, ni para el desarrollo de una especialización de tratamiento de este tipo de insolvencias, que entendemos deber ser apto tanto para aquellas que derivan de un endeudamiento de buena fe, como de mala fe.

De esta forma, creemos que el régimen portugués beneficiaria de puntuales alteraciones, manteniendo la estructura básica que hemos puesto de relieve, pero el régimen español beneficiaria de una profunda modificación, en estos supuestos, a fin de que se creasen las estructuras propias adaptadas al concurso de consumidores personas físicas. Esta es la conclusión principal que extraemos del análisis de los aspectos sustanciales y procesuales de ambos ordenamientos en cuanto respecta al tratamiento de la insolvencia de los consumidores. Iremos brevemente indicar el camino que nos ha conducido a ella.

En lo que respecta a los *aspectos subjetivos del proceso*, una vez que el deudor es acogido sin condiciones por la unidad de sistema, y a pesar de las insuficiencias detectadas a nivel del tratamiento dispensado a los deudores casados, particularmente cuando la insolvencia se verifica en relación a ambos cónyuges (o en relación a la propia comunidad de bienes), pensamos que el derecho concursal positivo no solo no niega la legitimación de dichos deudores, como pretende acogerlos directamente. La inexistencia de otras formas de tratamiento de la insolvencia de los consumidores es demostrativa de tal intención por parte del legislador.

El derecho concursal positivo también ofrece la bienvenida a este tipo de deudores en lo que respecta al *presupuesto objetivo del concurso*: la insolvencia, tanto en su vertiente inminente, como actual. Ambos ordenamientos han andado bien al promover la inclusión de un presupuesto único para el proceso, que ignora el origen de las deudas del insolvente. Los

conceptos de insolvencia, tal como patentes en la LC y en el CIRE, son de largo espectro, lo que permite, con su relativa flexibilidad, incluir situaciones distintas que permiten al consumidor abordar su insolvencia en un estado precoz, de ahí retirando ventajas que le posibiliten un mayor margen para la obtención de una solución beneficiosa.

En estrecha relación con los presupuestos subjetivo y objetivo del proceso, y haciendo la puente con la tramitación, la previsión expresa de un *deber de solicitud* marca una de las diferencias principales entre los ordenamientos que estudiamos. Universal en España, reservado a los empresarios, en Portugal, el deber de solicitud marca la intención del legislador en promover, verificada la insolvencia, un rápido inicio del proceso, a fin de que no se legitime el arrastre de la situación, pudiendo también verificarse, por su incumplimiento, efectos negativos en la persona y patrimonio del deudor concursado. Las dificultades puestas de relieve en la aplicación de la ley, en España, han conducido a una reformulación del deber de solicitud, en el sentido de que el deudor pueda aplazar su solicitud en el caso de que pretenda iniciar, extrajudicialmente, una negociación con sus acreedores. Comprendemos la bondad de la solución legal, pero somos partidarios de que, tratándose de deudores consumidores, la previsión del deber de solicitud debe ser acompañada, por las dificultades sentidas por este tipo de deudores, de acceso al proceso, de previsiones específicas para el tratamiento de la insolvencia de consumidores o, por lo menos, en este caso concreto de las negociaciones extrajudiciales, de una norma que contemple, por ejemplo, la intervención de mediadores o técnicos especializados. El deudor, aislado, o con una asistencia jurídica inadecuada, también no logrará beneficiarse del deber de solicitud.

Por otro lado, el caso portugués presenta una situación híbrida, una vez que el deudor consumidor persona física no está sujeto al deber de solicitud, pero la obtención de la exoneración del pasivo restante implica, desde la verificación de la insolvencia actual, que el deudor solicite su declaración de insolvencia en un plazo de seis meses, como requisito principal, lo que colide con la coherencia del sistema. De toda manera, se mitigan las dificultades creadas por el plazo con los requisitos adicionales de la concesión de la exoneración, como hemos visto, por lo que no se podrá hablar de deber de solicitud en el régimen portugués.

En ambos ordenamientos, se apela a la sensibilidad del tribunal en relación con la determinación del cumplimiento o incumplimiento de las normas apuntadas, bien como a los

restantes órganos de la insolvencia, en virtud de que el deudor puede no reconocer como insolvencia la situación con que se depare o haya, por ejemplo, recurrido a mecanismos extrajudiciales a fin de contornar su estado patrimonial negativo: con tal se pretende evitar que la exoneración no sea concedida (en el caso portugués) o que el concurso no se califique como necesario o culpable (en el caso español). Estos efectos, particularmente negativos, deberán reservarse a los casos más graves.

No es por deficiente previsión legal que el proceso de insolvencia puede parecer inadecuado a este tipo de deudores, pero esencialmente por factores ajenos al dibujo del proceso: el estigma social, la falta de información sobre su tramitación y soluciones, así como los elevados costes procesales a ello asociados pueden contribuir para las dificultades de recurso al mismo. Esto nos traslada para los *aspectos adjetivos*, concerniendo a la tramitación procesal. Nos parece que los legisladores han conseguido implementar un proceso relativamente rápido y sencillo, hablándose especialmente del período hasta la declaración de insolvencia, pero sin defecto de todo el proceso, hasta el alcance de una solución concreta.

Son buenas apuestas de ambos ordenamientos la especialización de los tribunales, la implementación del procedimiento abreviado o del incidente de aprobación del plan de pagos, respectivamente en España y en Portugal, la configuración de la administración procesal, los plazos cortos previstos en la ley. Como aspectos negativos se apuntan los elevados costes del proceso, con particular incidencia para el pago de tasa de justicia en Portugal, que pueden poner en causa el acceso a la justicia por parte de este tipo de deudores, la insuficiente asistencia jurídica o técnica, la falta de sensibilidad de los jueces para los particulares problemas planteados por este tipo de procesos, la deficiente distribución de los juzgados especializados por el territorio, especialmente en Portugal. Todos estos aspectos, sumados, podrán constituir un fuerte obstáculo al desarrollo del proceso concursal. Se han apuntado alternativas, como la entrega del proceso a tribunales arbitrales, la modificación de la composición de la administración concursal, la entrada en escena de técnicos públicos o privados especialistas en derecho del consumo, soluciones que, además de disminuir los costes en el proceso, podrían también permitir el suministro de otro tipo de acompañamiento y accesoria, a lo largo del proceso, que los tribunales judiciales no son capaces de suministrar.

Estos aspectos, laterales en relación al modelo del proceso concursal, podrían ser combatidos, en lo que respecta a los costes, con una asistencia jurídica efectiva, manteniéndose la competencia de los tribunales judiciales. La importancia de una decisión judicial no es despreciable, así como no lo será la mediación del juez en las negociaciones tendentes a la obtención de una solución con los acreedores cuyos intereses, no olvidamos, son particularmente protegidos en este proceso. Todavía, son estos aspectos que deberán, para facilitar el acceso al proceso, preocupar al legislador más fuertemente, una vez que los sistemas de tratamiento al sobreendeudamiento se caracterizan, esencialmente, por costes menos elevados. La formación de los operadores judiciales, en esta área, que pueden tendencialmente ser menos atentos a los aspectos de protección del consumidor, es también urgente.

En lo que respecta a los *efectos derivados de la declaración de insolvencia*, también se observan diferencias, no solo a nivel de los efectos sobre la persona y patrimonio del deudor, efectos instrumentales o necesarios, sino en relación a los efectos eventuales. El conjunto de *efectos personales*, en España, es más completo que aquél que se observa en Portugal, particularmente por vía del carácter unitario de la ley española, que establece soluciones universales pensadas, en primera instancia, para los deudores empresarios. Será determinante la gravedad del comportamiento del deudor, *ante* y *post* declaración de insolvencia, para implicar la aplicación de otros efectos que no sean la fijación de residencia y el deber de colaboración e información en el proceso, los dos únicos efectos que apreciamos en la ley portuguesa y que, en circunstancias normales, protegerán mediatamente la masa activa del proceso, así como, consecuentemente, los intereses de los acreedores. El deudor diligente nada tiene a temer en este campo. Pensamos, sin embargo, que las normas creadas por ambos legisladores están correctamente encuadradas con el propósito del proceso, en particular en lo que respecta a los deberes de comparecencia, colaboración e información – cuya violación, acordamos, podrá llevar a la calificación de la insolvencia como culpable.

Relativamente a los *efectos sobre la capacidad de administración y disposición del deudor*, en virtud de la distinta construcción de ambos ordenamientos, el tribunal, en el régimen español, tiene mayor flexibilidad para fijar o la suspensión o la intervención sobre dichos poderes del deudor, sustentando el juez la aplicación de las distintas medidas con base en la noción de concurso voluntario o necesario. También aquí será de ponderar la estrecha relación entre la protección de los intereses de los acreedores con el comportamiento demostrado por

el deudor anterior y a lo largo del proceso, siendo que, este caso, en aras de no interferir de forma desmesurada en el cotidiano del insolvente, se debe aplicar la suspensión de dichos poderes solo en los casos más gravosos de falta de diligencia del deudor concursado. Esta idea también se refleja en la concordancia que expresamos con la solución de la ley portuguesa, que establece como regla la suspensión de dichos poderes, una vez que estos efectos solo se verifican cuando la solución dada al proceso es la liquidación o la liquidación con exoneración del pasivo restante, lo que implica, obligatoriamente, la suspensión. Así, tratándose de procesos en los cuales el deudor pretende llegar a una solución negociada, con sus acreedores, será de aplicar la mera intervención o, como ocurre en el caso portugués, no existir cualquier impacto en los poderes del deudor.

El derecho a alimentos y la calificación de insolvencia, como *efectos eventuales derivados de la declaración de insolvencia* tienen también relevancia en el concurso de consumidores. El *derecho a alimentos* no nos plantea dudas en su forma de atribución e importancia, pero nos hemos cuestionado, en ambos ordenamientos, sobre el concepto de estado de necesidad y, atendiendo a la indeterminación de la norma, en España, así como a las decisiones jurisprudenciales, en Portugal, afirmamos que este derecho no se ciñe, en términos cuantitativos, al salario mínimo interprofesional, debiendo atenderse al caso en concreto, facultándose las condiciones de existencia mínimas y dignas al deudor. Tratándose de uno de los raros aspectos protectores de la ley, sentimos que su mejor interpretación, sin que, en la práctica, se lesionen en demasía los derechos de los acreedores, con que la atribución de alimentos debe contrabalancearse, es aquella que permitirá, casuísticamente, fijar la cuantía más adecuada.

Relativamente a la *calificación de la insolvencia*, no tenemos dudas que el legislador, en ambos ordenamientos, ha pensado en el deudor empresario como destinatario principal de este conjunto de normas. Esto tiene referencias explícitas en las presunciones patentes en la ley, pero la unidad del proceso, así como el presupuesto general de calificación, implican la aptitud de la aplicación de la calificación también a los deudores no empresarios. Concluimos también aquí que la calificación como culpable se encuentra reservada para los casos, tendencialmente más raros, de comportamientos extremadamente graves, tanto indicativos de dolo, como de negligencia, por parte del deudor. Reflejamos particularmente sobre los comportamientos sobre su patrimonio, así como sobre el incumplimiento del deber de

solicitud y de los deberes de colaboración en el proceso. También aquí se apela para el cuidado que el tribunal debe poner en la evaluación de los datos presentados, para que no se verifiquen los efectos negativos traídos por la calificación como culpable, particularmente la pérdida y obligación de devolución de los derechos a alimentos y, en lo que incide en el ordenamiento portugués, la inhabilitación y el cese anticipado de la exoneración del pasivo restante eventualmente concedida. Pensamos, incluso, que estos dos efectos son los que más contribuirán para la inutilidad del proceso de insolvencia, por lo que debe, también de la parte de los concursados, crearse una cultura de diligencia que permita que el proceso de insolvencia les sea favorable.

Llegados a este punto, afirmamos que el proceso concursal es apto, tanto en España, como en Portugal, a acoger las insolvencias de consumidores. En resumen, evaluados todos los elementos arriba indicados, el insolvente medio, diligente e informado, puede beneficiar, a pesar de las dificultades de acceso apuntadas, de un proceso relativamente rápido a fin de determinarse su destino en cuanto deudor y consumidor.

Dicha conclusión debe, sin embargo, mitigarse con la evaluación de los últimos aspectos indicados en nuestro estudio: las *soluciones normativas para la conclusión del proceso*. Es, precisamente aquí, como indicamos antes, que el legislador portugués se aparta de su congénere español. Donde el primero decidió especializar el proceso, el segundo mantuvo la generalidad de las soluciones abiertas a todos tipos de deudores. Nos quedamos, por lo tanto, con dos grandes bloques de soluciones: las negociadas, por un lado, dando lugar al plan de pagos portugués, aplicable en exclusivo a las personas físicas, y el convenio español, que sirve a todos los deudores; las basadas en liquidación, como sea la liquidación *strictu sensu*, común a ambos ordenamientos, y la liquidación acompañada con exoneración del pasivo restante, existente en el régimen portugués.

De esta forma, las insuficiencias detectadas en ambos ordenamientos no serán de igual monta: aunque se compartan problemas comunes a nivel de las soluciones negociadas, la ausencia de la exoneración del pasivo restante, del lado español, compromete la aptitud de la Ley Concursal en servir, también, las insolvencias de los consumidores.

Relativamente al *convenio y al plan de pagos*, dos realidades ocurren, que distinguen la relevancia de las dos soluciones: mientras que en España el convenio constituye la única

alternativa a la liquidación, por lo que configurará el mecanismo más buscado por los consumidores, en Portugal el plan de pago es residual en relación a la exoneración del pasivo restante que, abrumadoramente, surge como primera opción de los insolventes. Somos defensores de las soluciones negociadas, por cuanto permiten acudir, de forma más armoniosa, a los intereses en cuestión – no solo el deudor verá, por norma, reducido el montante de sus deudas, como los acreedores aseguran el pago, por lo menos parcial, de sus créditos. Tal solución permite también que el deudor conserve parte o la totalidad de sus bienes y posibilita una mayor auto-responsabilización del deudor, que debe buscar el proceso en una fase embrionaria de su insolvencia, para que alcance mayores posibilidades de llegar a un acuerdo beneficioso con sus acreedores. Los aspectos reeducativos, o sea, el hecho de que el concursado convenido o sujeto a un plan de pagos recupera su capacidad de planeamiento financiero y económico a lo largo del cumplimiento del convenio/plan, previenen un nuevo endeudamiento excesivo y permiten que el deudor mejor controle sus gastos y rentas futuras.

Todavía, la falta de una intervención especializada, como referimos muchas veces, sea de un mediador o de un técnico especializado, dejándose para los abogados los papeles indicados, hace que las soluciones negociadas no alcancen su papel pleno, por lo que una intervención legislativa, en ambos ordenamientos, en este ámbito, podría ser adecuada: tanto sería benéfica, en la LC, la fase extrajudicial, como judicial de la proposición de convenios, acelerándose el desfecho del proceso, como, en Portugal, potenciaría un mayor número de plan de pagos. En ambos ordenamientos, el acompañamiento *post* procesal sería importante para sí evitar el incumplimiento y prevenir nuevas insolvencias.

Por último, la *exoneración del pasivo restante*. Los insolventes consumidores portugueses la miran, como indicamos, como el propósito del proceso. La doctrina, así como la propia jurisprudencia española, la miran como una solución adecuada a completar la funcionalidad de la LC, probablemente la más importante. Verdad que la exoneración del pasivo restante es apelativa, pero no es la solución perfecta. Por un lado, se lesionan los derechos de los acreedores más do que se lesionarían con un convenio, o plan de pagos, particularmente cuando no se impone el cumplimiento de un pago mínimo de deudas. Por otro lado, la responsabilidad del deudor es menor, pudiendo atenerse a un nivel de vida idéntico, durante el período intermedio (si existir), no cumpliendo ninguna de las deudas contenidas en su masa pasiva. Consideramos, sin embargo, que la exoneración es un imperativo de un derecho

positivo que pretenda tratar de la insolvencia de los consumidores, por lo menos en los casos más agudos.

Todos los aspectos antedichos, como són la posibilidad de dar al deudor un nuevo comienzo, que es beneficioso tanto para sí y para su familia, como para el propio mercado, la importancia de responsabilizar los concedentes de crédito por años de política blanda de concesión de crédito, social y jurídicamente, así como el propósito inmediato de libertar el deudor de una inevitable exclusión social, expresan la urgencia de la exoneración. Sin embargo, su previsión normativa deberá ser acompañada de normas accesorias, que limiten su acceso, pero no tan exigentes que lo bloquen por completo. Defendemos, también en esta sed, sensibilidad por parte de los tribunales, así como una mayor flexibilidad en la aplicación de las reglas, especialmente, como ocurre en el caso portugués, en lo cual se establece un período de cesión, pudiendo este, así como un eventual plan de pagos, ser evaluados caso a caso. Cuidamos también que, concedida la exoneración, el insolvente beneficiaria también de un acompañamiento técnico, que el fiduciario, por ser tratar de un administrador concursal, no consigue prestar – por lo que el legislador podría también cuidar de este aspecto.

El aumento significativo del número de insolvencias de consumidores, que actualmente se verifica y se espera en un futuro próximo, implica que el derecho concursal se preocupe de forma más eficaz con estos deudores. Sus innegables diferencias para con los deudores empresarios imponen un tratamiento distinto, aunque siendo los acreedores los principales protegidos en el proceso de insolvencia. Los problemas de orden social y económico traídos por este tipo de insolvencias, aunque en menor escala que los planteados por las insolvencias empresariales, no pueden ser ignorados delante la crisis que atravesamos. Un consumidor insolvente y su familia carecen de un proceso concursal rápido, con pocos costes, y flexible: este estudio ha intentado demostrar, con las debidas diferencias entre ordenamientos, que el trabajo del legislador, en este campo, no está completo.

BIBLIOGRAFIA

I - Bibliografia portuguesa

AA.VV., *Um perfil dos sobreendividados em Portugal*, CES, Coimbra, 2008, disponible en http://oec.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Proj_Regulacao_Consumo.pdf

ALBURQUERQUE, P. «Declaração da Situação de Insolvência», *O Direito*, núm. 137, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 773-779

ALMEIDA, T. *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2001

ALMEIDA COSTA, M.J. *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008

ANTUNES, C. y GONÇALVES, R., *Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudo de avaliação sucessiva*, Direcção Geral de Política Legislativa, Ministério da Justiça, 2010, disponible en www.dgpj.mj.pt

ANTUNES VARELA, J.M. *Das Obrigações em Geral*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2006

_____ *Das Obrigações em Geral*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2000

_____ *Direito da Família*, Volume I, Petrony, Lisboa, 1999

BAPTISTA DE OLIVEIRA, F. *O Conceito de Consumidor – Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2009

CAEIRO, P. *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais – O Património, a Falência, a sua Incriminação e a Reforma Dela*, Studia Jurídica n.º 19, Coimbra, 1996

CARVALHO FERNANDES, L.A. «A exoneração do passivo restante na insolvência das pessoas singulares», *Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 275-310

_____ «O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do Regime da Falência no Direito Português», *Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 41-82.

_____ *Teoria Geral do Direito Civil, Tomo I*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001

CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2009

_____ «Regime Particular da Insolvência dos Cônjuges» *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 311-334

_____ *Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e Falência Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 1994

CASSIANO DOS SANTOS, F. y DUARTE FONSECA, H. «Pressupostos para a declaração de insolvência no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», *Cadernos de Direito Privado*, num. 29, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 13-24

CASTRO MENDES, J., *Direito Processual Civil*, Volume I, AAFDL, Lisboa, 1996

CRISTAS, A. «Exoneração do devedor pelo passivo restante», *Themis*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 165-182.

DUARTE PINHEIRO, J. «Os efeitos pessoais da declaração de insolvência», *Estudos em Memória do Professor Doutor Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 207-223

EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009

_____ *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000

FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005

FRADE, C., *A Regulação do Sobreendividamento*, tesis doctoral, Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra, 2008

_____ «Mediação do Sobreendividamento: Uma Solução Célere e de Proximidade», *Themis*, num.11, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 201-213.

FRADE, C. y ABREU LOPES, C., «Overindebtedness and Financial Stress: a comparative study in Europe», Niemi-Kiesiläinen, J, Ramsay, I. e Whitford, W. (dir), *Credit, Debt & Bankruptcy*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2009, pp. 249-272.

GUERRA MARTINS, A.M. «O Direito Comunitário do Consumo – Guia de Estudo» *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 63-92.

LAURENTINO, S. «Os Destinatários da Legislação do Consumidor», *Estudos de Direito do Consumidor*, num. 2, FDUC, Coimbra, 2000, pp. 414-441.

LEBRE DE FREITAS, J. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

LEITÃO MARQUES, M.M. [et al], *O Endividamento dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000

LEITÃO MARQUES, M.M. y FRADE, C. *Regular o Sobreendividamento*, CES, Coimbra, 2003

MARTINS, L.M., *Recuperação de Pessoas Singulares – Volume I*, Almedina, Coimbra, 2011
____ *Processo de Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009

MENEZES CORDEIRO, A. *Da Modernização do Direito Civil*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2004

____ *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, Almedina, Lisboa, 2000

____ *Direito das Obrigações*, Volume II, AAFDL, Lisboa, 1990

MENEZES LEITÃO, L.M. *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2007

____ *Direito das Obrigações*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2007

____ *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, Coimbra, 2004

____ «O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática» *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 11-30.

MIRANDA, J. y MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

MOTA PINTO, C.A. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

PEREIRA COELHO, F. y OLIVEIRA, G. *Curso de Direito da Família*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

PINTO DUARTE, R. «Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor», *Themis*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 131-150

QUEIROZ, C.M.M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

RAPOSO SUBTIL, A. [et al], *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Vida Económica, Porto, 2005

REIS SILVA, F. «Algumas questões processuais no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – Uma primeira abordagem», *Miscelâneas do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, núm. 2, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 51-80

SERRA, C. *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução* (4.ª Edição), Almedina, Coimbra, 2010

____ *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

____ «¿Un concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 345- 357

____ «As novas tendências do direito português da insolvência — Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto de Código da Insolvência», AA. VV., *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — Comunicações sobre o*

Anteproyecto de Código, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 21-49.

SOARES GOMES, M. T. «Do sobreendividamento das pessoas singulares – em busca de quadro legal», *Sub Judice* núm. 24, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 27-38.

TEIXEIRA DE SOUSA, M. *Estudos sobre o novo processo civil*, Lex, Lisboa, 1997

VIEIRA, J.A. «Insolvência de não empresários e titulares de pequenas empresas», *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 252-276

II - Bibliografía española

AA.VV., *Elementos de Derecho Civil II – Derecho de Obligaciones*; Dykinson, Madrid, 2003

ACEDO PENCO, A. «La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2000, pp. 297-340.

ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.13, La Ley, Madrid, 2010, pp. 321-330.

ALONSO LEDESMA, C. «Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: propuestas de regulación en el procedimiento concursal», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 459-468

____«Artículo 93», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 931-936

____«Artículo 116», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2285-2299

_____«Artículo 125», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2361-2375

ALVAREZ ALVAREZ, H. «Artículo 184.7», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 3043-3062.

ÁLVAREZ RUBIO, J., «Algunas reflexiones en torno a la reforma del «fresh start» del consumidor en USA», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 233-259

ÁLVAREZ VEGA, I. «El concurso de consumidor en España», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 299-337.

ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A. «Los problemas del convenio tras la reforma del RD Ley 2/2009, de 27 de marzo», *Los Problemas de la Ley Concursal – I Congreso Español de Derecho de Insolvencia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 302-317

ÁNGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J. «Artículo 41», *Tratado Práctico Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 55-64

ANTON, J. «Los problemas en la declaración del concurso necesario» *Los Problemas de la Ley Concursal*, S.L. Civitas Ediciones, Madrid, 2009, pp. 79-111

ARANGÜENA FANEGO, C. «Artículo 13 », SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 359-382

_____ «Artículo 14 », SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 383-392

_____ «Artículo 184 », SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 3001-3043.

ARNAU RAVENTÓS, L. *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa –Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Atelier, Barcelona, 2006

ASENCIO, J. M. «El problema de la constitucionalidad de las medidas limitativas de derechos del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 261-309

ASUA GONZÁLEZ, C.I., «Régimen de separación y concurso de acreedores (las presunciones de donación del art. 78 de la Ley Concursal)», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor y insolvencia familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 191-222

ÁVILA DE LA TORRE, A., «Las presunciones relativas de perjuicio (I): impugnación de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado», GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir), *La Reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 89-109.

_____ «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 439-457

BANACLOCHE PALAO, J. *Los Juzgados de lo Mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005

BELTRÁN, E. «El concurso de acreedores del consumidor», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 119-142.

_____ «La defectuosa concepción del presupuesto objetivo», *Los Problemas de la Ley Concursal – I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 68-79

_____ «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 29-52

_____ «Apertura de la liquidación a solicitud del deudor o de acreedor», (art. 142), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 2295-2314

BELTRÁN, E. y SANCHÉZ PAREDES, M.L., *Cinco Años de Aplicación de la Ley Concursal*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009

BELTRÁN SANCHÉZ, E. «Insolvencia de las familias en la Ley Concursal Española», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 199-210.

BENAVIDES VELASCO, P. y GUERRERO PALOMARES, S., «La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 13, La Ley, Madrid, 2010, pp. 175-193.

BERCOVITZ, A., *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Civitas, Cizur Menor, 1992

BERMEJO GUTIERREZ, N. «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 62, núm. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, pp. 5-88

BLANCO BUITRAGO, R. «Consecuencias del incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso: la calificación culpable del concurso» en AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo V, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4895-4912

BLANQUER UBEROS, R. «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso de matrimonio», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, La Ley, Madrid, 2008, pp. 17-41

_____ «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *La nueva ley concursal*, Consejo General del Poder Judicial – Centro de Documentación, Madrid, 2004, pp. 147-360

BONARDELL LENZANO, R., «Artículo 79», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 882-826

BOTANA GARCIA, G.A. «Noción de consumidor en el Derecho Comparado», *Estudios sobre Consumo*, núm. 18, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990, pp. 54-71.

CALDERÓN, P. «Provisión sobre la solicitud del deudor», (art. 14), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 379-388

CANDAU PÉREZ, A. «Artículo 4», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Lex Nova, Valladolid, Tomo I, 2004, pp. 171-190.

CASANELLAS BASSOLS, R. «Costes y Eficiencia Económica en el Concurso de Acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, La Ley, Madrid, 2008, pp. 571-577

CERDÁ ALBERO, F. «El presupuesto objetivo del concurso» in *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 103, núm. 4, Illustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Barcelona, 2004, pp. 986-1016.

COLINA GAREA, R. «Algunos deberes que el deudor tiene a su cargo como consecuencia de la declaración de concurso», *Aranzadi Civil*, núm. 14, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 2319-2342, disponible en www.westlaw.es.

_____ «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso (en torno de la aplicación del art. 40 de la Ley Concursal)», *Aranzadi Civil* núm.7, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 1999-2039, disponible en www.westlaw.es.

COLINO MEDIAVILLA, J.L. «La publicidad del concurso en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009», *RDCPC*, núm. 11, La Ley, Madrid, 2009, pp. 123-132.

_____ «Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor: ¿Procedimiento colectivo extrajudicial preconcursal, procedimiento colectivo preventivo, o procedimiento concursal especial?», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 429-458

_____ «Concurso de consumidor» *Convergencias y paralelismos en el Derecho de Sociedades y en el Derecho Concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea*, III Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los Negocios, 2007, disponible en <http://eprints.ucm.es/7848/1/concecons2007-publicHarv2006EPRINT.pdf>

_____ «Concurso de Consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona)» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.3, Editorial La Ley, 2005, pp. 209-251, disponible en www.laleydigital.es

_____ «Artículo 42», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 606-610

CONTRERAS DE LA ROSA, I. «[Efectos básicos de la declaración del concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal](#): especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado», *Estudios sobre la Ley concursal : libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volume II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1833-1842.

CORDÓN MORENO, F. «Artículo 40», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 489-502

_____ «Artículo 41», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 502-503

_____ «Artículo 42», *Comentarios a la ley concursal* (CORDÓN MORENO, F. dir.), Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 503-506

_____ «Artículo 76», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 873-885

_____ «Artículo 106», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 134-142

_____ «Artículo 109», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 154-160

_____ «Artículo 113», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 172-176

_____ «Artículo 114», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 177-186

_____ «Artículo 138», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*», Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 177-186

_____ «Artículo 139», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*», Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp.326-329

_____ «Artículo 140», CORDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*», Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 330-337

_____ «Los aspectos procesales de la reciente reforma de la ley concursal» *Los Problemas de la Ley Concursal*, S.L. Civitas Ediciones, Madrid, 2009, pp. 39-67

CRESPO ALLUÉ, F., «Artículo 71», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp.1365-1402

CUADRADO PÉREZ, C. «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 215-258

CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp.159-190

_____ «El derecho de alimentos en el concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 65-108

_____ «La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12, La Ley, Madrid, 2010, pp. 79-91

_____ «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 159-190.

_____ *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Civitas, Cizur Menor, 2008

_____ *La Protección de los Acreedores en el Régimen Económico Matrimonial de la Separación de Bienes*, Dykinson, Madrid, 1999

DE LA CUESTA RUTE, J.M. «Persona física y consumidor», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor y insolvencia familiar*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 103-118.

_____ *El Convenio Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004

DÍAZ ALABART, S. «Los alimentos del deudor en el concurso», *Endeudamiento del Consumidor e insolvencia familiar*, [CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coord.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 259-290

DÍAZ MORENO, A. «Los efectos de la declaración del concurso en la esfera patrimonial: en especial, los efectos sobre el deudor», *Ley 22/2003 Concursal: Puntos Críticos*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Sevilla, 2009, pp. 59-87

_____ «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», *Estudios Sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volumen II, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 1843-2530

_____ «Oposición a la aprobación del convenio», (art. 128), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thompson Civetas, Madrid, 2004, pp. 2139-2168

DOMINGUEZ LUELMO, A. «Artículo 146», SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volumen I, Lux Nova, Valladolid, 2004, pp. 2575-2598.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «Artículo 1», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 67-75

ESTEBAN RAMOS, L.M. «El presupuesto subjetivo del concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, La Ley, Madrid, 2009, pp. 153-193.

FAIREN GUILLÉN, V. «La solicitud por el deudor en la nueva ley concursal» in *Revista de Derecho Mercantil*, n. 251, Madrid, 2004, pp. 225 – 244

FARÍAS BATTLE, M. «La Calificación del Concurso», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 251, 2004, pp. 67-138

FERNÁNDEZ AGUADO, Don. J.I, «Conclusión y reapertura del concurso de deudor persona física», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 361-379

FERNÁNDEZ CARRON, C. *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Físicas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., «Una propuesta sobre el *patrimonio familiar inembargable*», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 207-247

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. «La posición jurídico procesal del cónyuge del concursado. Declaración de concurso de ambos cónyuges», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor y Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 143-158.

_____ «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 257-288.

FERRER BARRIENTOS, A.: «La calificación del concurso» en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, Ed. Illustri Collegi d'Advocats de Barcelona, Barcelona, 2004, pp. 1215-1236

FRADEJAS RUEDA, O.M., «Artículo 78», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 816-821

GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 134», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1245-1250

_____ «Calificación del Concurso», *Aspectos penales de la nueva Ley concursal*, Consejo General del Poder Judicial – Centro de Documentación, Madrid, 2004, pp. 301-333

GARCÍA-CRUCES, J.A., «Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores», GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 27-59

_____ *La calificación del concurso*, Ed. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004

_____ «Sentencia de calificación», (art. 172), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 2574-2602

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A y LÓPEZ SANCHÉZ, J., *La reforma de la Ley Concursal – Una primera lectura de Real Decreto-ley 3/2009*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009

GARCÍA MARRERO, J., «Apertura y publicidad de la liquidación concursal», GARCÍA-CRUCES, J.A. (coord.), *La Liquidación Concursal*, Civitas, Navarra, 2011, pp. 27-72

GARCÍA-VICENTE, J-R., «¿Un régimen especial para el concurso de consumidor? Notas sobre la exoneración de deudas pendientes», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 205-234

GARRIDO, J.M., «Extensión subjetiva», (Art. 134), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2221-2233

GÓMEZ AMIGO, L. «La limitación de los derechos fundamentales del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 7, Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 177-203

GOMEZ MARTIN, F. «Artículo 6», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 234-258

GONZÁLEZ CANO, M.I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

GONZÁLEZ LECUONA, M. «Artículo 3», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 115-126

_____ «Artículo 5», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 134-146

_____ «Artículo 6», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 146-154

GONZALEZ NAVARRO, B.A. «Los presupuestos del Concurso», in *Diario La Ley*, núm. 6250, Editorial La Ley, 2005, disponible en www.laleydigital.es

GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del TJCE» in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 47-82

_____ «La noción de consumidor en el Derecho Comunitario del Consumo», *Estudios sobre consumo*, num. 75, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2002, pp. 25-41.

GONZÁLEZ VELASCO, J-P, «Artículo 21», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 451-469

GOZALO LOPEZ, V. «La protección de los consumidores en el procedimiento concursal», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 283-297

_____ «Texto de la Ordenanza alemana de insolvencia [Insolvenzordnung (InSo)] de 5 de octubre de 1994, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 216, Madrid, 1995, pp. 561-679.

GUILARTE GUTIERREZ, V. «La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el derecho común: propuestas», GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. [et al], *Aspectos Civiles y Penales de las Crisis Matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 15-52

GUILARTE MARTIN-CALERO, C., «Artículo 47», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 927-942

_____ «Artículo 137», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2499-2508

GUILLÉN CARAMÉS, J., *El Estatuto Jurídico del Consumidor (Política Comunitaria, Bases Constitucionales y Actividad de la Administración)*, Civitas, Cizur Menor, 2002

GUTIERREZ DE CABIDES, P. «Artículo 191», CORDÓN MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 804-816

_____ *El sobreendeudamiento domestico: prevención y solución – crisis económica, crédito, familias y concurso*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009

GUTIÉRREZ GILSANZ, J. «Art. 47», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 628-633

_____ «Artículo 128», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1207-1228

HERBOSA MARTÍNEZ, I. «Los efectos del concurso en la ley concursal», *La Ley*, núm. 5992, Madrid, 2004, disponible en www.diariolaley.laley.es

HERNANDEZ MARTÍ, J. *Presupuesto Objetivo del Concurso y Fundamento de la Solicitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

HÉRNANDEZ RODRÍGUEZ y ORELLANA CANO, N. «Artículo 6», PRENDES CARRIL, (dir.) *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 220-231

HERRERA CUEVAS, E. *apud* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Artículo 77», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 1547-1578

HERRERO PEREZAGUA, J.F. «Acceso a la justicia costas y asistencia jurídica en el proceso civil español» *Anuario de Derecho Civil*, Volume 60, núm. 2, Ministerio de la Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007, pp. 621-848.

HIDALGO GARCIA, S. «Artículo 166», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2755-2760

HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 142», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 339-360

_____ «Artículo 142 bis», CORDÓN MORENO, F. (dir), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 360- 369

_____ *La fase de liquidación en el proceso concursal – Apertura, efectos y operaciones de liquidación*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008

ILLESCAS, R. «La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes», AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volume II, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, pp. 1989-2004.

JAVIER ORDUÑA, F. y PLAZA, J. «Derecho a alimentos», (Art. 47), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 951-959

_____ «Bienes Conyugales», (Art. 77), ROJO-BELTRÁN, *Comentarios de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 1407-1413

_____ «Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio», (Art. 78), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 1414-1424

JÍMENEZ PARIS, T.A. «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», *Diario La Ley*, núm. 7487, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1-17, disponible en www.laleydigital.es

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Manual de Derecho Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1984

LÉON, F., «Acciones de reintegración», (art. 71), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 1301-1321

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. «Los efectos de la declaración de concurso (Una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio)», AA VV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Volume II. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 2005-2052

MAGARIÑOS BLANCO, V. «El concurso y la sociedad de gananciales», AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, pp. 2053-2092

MARÍN LÓPEZ, M.J. «Las limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado», *Aranzadi Civil*, núm.2, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005, disponible en www.westlaw.es, pp. 2167-2214

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., «Artículo 133», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2467-2477

_____ «Artículo 139», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2521-2524

_____ «Artículo 140», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2225-2232

MARTÍN-CALERO, C.G. *La capacidad del deudor concursado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

MARTINEZ-FLORES, A., «Facultades patrimoniales del deudor», (Art. 40), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 771-820

_____ «Facultades patrimoniales del concursado convenido», (art. 137), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2249-2264

MARTINEZ-FLORES, A. y OLEO, F. «Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor», (Art. 41), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 821-867

MARTÍN REYES, M.A., «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12, La Ley, Madrid, 2010, pp. 167-196

MÉNENDEZ ESTÉBANEZ, F.J. *La oposición a la aprobación del convenio concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. «Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad», *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, pp. 357-374

MONTÉS PENADÉS, V. L., «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 7-27.

MORILLAS, M.J. «Deber de solicitar la declaración de concurso», (art.5), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 229-241

_____ «Información», (art. 138), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2265-2268

_____ «Cumplimiento», (art. 139), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2269-2275

MOYA JÍMENEZ, A. *La Responsabilidad de los Administradores de Empresas Insolventes*, Librería Bosch, Barcelona, 2004

MUÑOZ GARCIA, C., «Cuentas indistintas de titularidad conyugal. Protección del derecho de crédito del cónyuge no concursado», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 189-213

NANCLARES VALLE, J. «Artículo 47», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 534-549

_____ «Art. 77», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 885-891

_____ «Artículo 79», CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 908-914

NARA DE PAZ, V. «Artículo 140», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1273-1285

OCAÑA RODRIGUEZ, A. *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo derecho concursal – Aspectos Penales y Civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

OGANDO DELGADO, M.A. «Efectos sobre el deudor de la declaración de concurso», *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 101-132

OLEO BANET, F. «La limitación de derechos fundamentales por causa de concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, pp. 2205-2254

OLIVENCIA RUIZ, M. *La Terminología Jurídica de la Reforma Concursal*, Iustel, Madrid, 2006

ORDUÑA MORENO, F.J. *La insolvencia: análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

ORELLANA CANO, N. « Presupuestos de la declaración del concurso», *Competencias de los juzgados de lo mercantil - Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2008, consultado en www.tirantonline.com

PARRA LUCÁN, M.A., *Persona y Patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas, Cizur Menor, 2009

PEÑAS MOYANO, B. «Concurso de consumidores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, La Ley, Madrid, 2008, pp. 229-246

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: «Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva ley concursal» en AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Volume V, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, pp. 4499-5012

POZO MARTÍNEZ, J.L. «Artículo 113», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2263-2272

PRENDES CARRIL, P., PRENDES CARRIL (dir). *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 80-122

_____ «El presupuesto objetivo del concurso: La insolvencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 636, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 1-8.

PULGAR EZQUERRA, J. «El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 63-102.

_____ «Concurso y Consumidores en el Marco del Estado Social del Bienestar», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, La Ley, Madrid, 2008, pp. 43-73

_____ «Artículo 2», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 86-171

_____ «Artículo 5», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 212-234

_____ «Artículo 7», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 258-274

_____ «Artículo 100», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 972-1009

QUIJANO GONZALEZ, J. «Artículo 123», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1167-1173

QUINTANA CARLO, I «El sobreendeudamiento de los consumidores y la ley concursal» AAVV, *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, pp. 2255-2272.

ROBLES, P. «El concursado heredero», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 16, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 147-171

ROCA i TRIÁS, E. «El concurso del deudor persona física», *Revista Jurídica de Catalunya*, Volume 103, núm. 4, ICAB, Barcelona, 2004, pp. 1077-1088

RODRÍGUEZ ACHUTÉGUI, E., «Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa», GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (dir), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 59-87.

RODRÍGUEZ-CANO, A. «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores» in *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, 17-34.

RODRIGUEZ MERINO, A. «Artículo 25», SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 553-558

- ROJO, A. «La unidad del presupuesto subjetivo», ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 143-144.
- _____ «La capacidad concursal general», (art.1) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 144-154.
- _____ «Presupuesto objetivo», (art. 2), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 164-193.
- _____ «Legitimación», (art. 3), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 194-224
- _____ «Solicitud del deudor», (art. 6) ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 242-273.
- _____ «De la propuesta anticipada de convenio», (Sección 3.ª) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004
- _____ «Requisitos formales de la propuesta de convenio», (Art. 99) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1856-1863
- _____ «Contenido de la propuesta de convenio», (Art. 100) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1864-1899
- _____ «Propuestas con contenido alternativo», (Art. 102) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1907-1914
- _____ «Prohibiciones», (Art. 105) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1940-1958
- _____ «Adhesiones a la propuesta de convenio», (Art. 103) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1915-1930
- _____ «Admisión a trámite», (Art. 106) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1959-1968
- _____ «Informe de la administración concursal», (Art. 107), ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1969-1974
- _____ «Auto de apertura y convocatoria de la junta de acreedores», (Art. 111) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1997-2007
- _____ «Admisión a trámite de la propuesta», (Art. 114) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2029-2035
- _____ «Presentación de la propuesta de convenio», (Art. 113) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2016-2028

_____ «Tramitación de la propuesta», (Art. 115) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2036-2045

_____ *El Convenio Anticipado*, Civitas, Madrid, 2004

ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Legislación y Jurisprudencia Concursales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008

_____ «Título V», ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1850-1852

ROJO.A. y CALDERÓN. P. «Allanamiento u oposición del deudor», (art. 18) ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 416-432.

ROJO FERNANDÉZ-RIO, A. «Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 251-256

RONCERO SANCHÉZ, A. «Artículo 3», PULGAR EZQUERRA, J. [et al] *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 171-206

RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, La Ley, Madrid, 2007, pp. 133-167

_____ «Prevención de la insolvencia y propuestas de reforma», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, La Ley, Madrid, 2006, pp. 187-210.

SACRISTÁN REPRESA, M. «Artículo 104», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2207-2216

_____ «Artículo 107», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2229-2233

_____ «Artículo 142», PULGAR EZQUERRA, J. [et al], *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1288-1306

SANCHÉZ-CALERO GUILARTE, J. «La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, La Ley, Madrid, 2009, pp. 85-98

_____ «Artículo 1», SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 41-72.

_____ «Artículo 2», SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 95-139

_____ «Artículo 3», SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 139-170

_____ «Artículo 5», SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume I, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 191-217

SANCHO GARGALLO, A. «Calificación del concurso», *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 545-580

SANJUÁN y MUÑOZ, E. «La capacidad procesal del concursado tras la declaración del concurso de acreedores», *Delimitación y competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia frente a los Juzgados de lo Mercantil (Especial problemática que genera la aplicación de la Ley Concursal en éste ámbito)*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 123, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 175-252

SANTANA, E. y SENENT, S. «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12, Civitas, Madrid, 2007, pp. 166-175

SERRANO GOMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. A. y ORTEGA DÓMENECH, J. «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 23-95

SUARÉZ-LLANOS GOMES, L, «El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia», *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 35-48

TAMAYO HAYA, S. «El sobreendeudamiento de los consumidores», *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 346-375.

TIRADO, I. «Principio de universalidad», (art. 76), ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 1357-1406

TOMILLO, J. y GOZALO LOPÉZ, V., «Acreedores privilegiados», (Art. 123) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2104-2109

_____ «Mayorías necesarias para la aceptación de la propuesta de convenio», (Art. 124) ROJO-BÉLTRAN, *Comentario de la ley concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2110-2117

TRUJILLO DÍEZ, I.J. *El Sobreendeudamiento de los Consumidores*, Comares, Granada, 2003

ULL SALCEDO, M.V., *Los Costes del Nuevo Procedimiento Concursal*, Dykinson, Madrid, 2006

VALPUESTA GASTAMINZA, E. «Artículo 99», CÓRDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*», Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 69-76

_____ «Artículo 100», CÓRDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*», Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 76-100

_____ «Artículo 105», CÓRDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*», Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 126-133

_____ «Artículo 107», CÓRDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*», Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 143-148

_____ «Artículo 108», CÓRDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*», Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 149-154

_____ «Artículo 133», CÓRDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 289-299

_____ «Artículo 134», CÓRDON MORENO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 299-307

VARGAS BENJUENA, I., *La Acción Rescisoria Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008,

VÁZQUEZ BARROS, S., *Las Tercerías. Bienes Embargables, bienes inembargables*, Bosch, Barcelona, 2000

VEIGA COPO, A.B. «Los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 102, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 9-70

VELASCO SAN PEDRO, L.A. «De la Fase de Convenio», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2109-2116

_____ «Artículo 99», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2137-2145

_____ «Artículo 100», SANCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIERREZ, V. (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Volume III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2147-2171

VELA TORRES, P-J.: «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, Ed. La Ley, Madrid, 2005, pp. 89-106

YZQUIERDO TOLSADA, M. «¿Créditos intrínsecamente perversos? Apuntes acerca de los créditos subordinados que ostentan las personas cercanas al concursado», *Familia y Concurso de Acreedores*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 421-465

ZABALETA DÍAZ, M. «La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», *Revista*

de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 8, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pp. 217-228.

_____ «La condonación del pasivo restante en el derecho concursal alemán» in *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, pp. 885-916

III – Otra bibliografía

AA.VV. *Guía Legislativa sobre el Régimen de La Insolvencia* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf

AA. VV, *Towards a Common Operational European definition of Overindebtedness*, Dirección General del Empleo, Asuntos Sociales y Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, 2008, disponible en http://www.pfrc.bris.ac.uk/completed_research/Reports/2008_EC_Overindebtedness_Summ.pdf.

BOURGOIGNIE, T. *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Departamiento de Comercio, Consumo y Turismo del Gobierno Vasco, Vitoria, 1994

CALAIS-AULOY, J. *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 1992

FERRIÈRE, F. y CHATAIN, P-L, *Surrendetement des Particuliers*, Dalloz, Paris, 2006

FOURGOUX, J.C., MIHAÏLOV, J. y JEANNIN, M.V. *Principes et pratique du droit de la consommation*, J. Delmas & Cie. Paris, 1983

GROSS, K. *Failure and Forgiveness Rebalancing the Bankruptcy System*, Yale University Press, New Haven, 1997

HULS, N. «Overindebtedness and overlegalization: Consumer Bankruptcy as a Field for Alternative Dispute Resolution», *Journal of Consumer Policy*, núm. 20, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1997, pp. 143-159

KILBORN, J., «Two Decades, Three Key Questions, and Evolving Answers in European Consumer Insolvency Law: Responsibility, Discretion and Sacrifice», Niemi-Kiesiläinen, J, Ramsay, I. e Whitford, W. (dir), *Consumer Credit, Debt & Bankruptcy*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 307-330

_____ *Comparative Consumer Bankruptcy*, Carolina Academic Press, Durham, 2007

NIEMI, J., «Overindebted Households and Law: Prevention and Rehabilitation in Europe», Niemi-Kiesiläinen, J, Ramsay, I. e Whitford, W. (dir), *Consumer Credit, Debt & Bankruptcy*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 91-104

NIGRO, A. «La insolvencia de familias en derecho italiano», *Anuario de Derecho Concursal*, nnúm. 12, Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 215-231.

PICOD, Y. *Code de la Consommation Commenté*, 12.^a Edición, Dalloz, Paris, 2007

PORTER, K.M. y THORNE, D., «The Failure of Bankruptcy's Fresh Start», *Cornell Law Review*, núm. 92, 2006, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894453

SAINT-ALARY-HOUIN, C. «El tratamiento de las dificultades financieras de los deudores en Francia», CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del Consumidor y Insolvencia Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 401-416.

SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *Economía*, 14.^a Edición, McGraw Hill, Lisboa, 1996

SCHMIDT, K., *apud* CUENA CASAS, M., «Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 762, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, disponible en www.westlaw.es

IV - Jurisprudencia consultada

- Ac. STJ núm. 3850/09.9TBVLG-D.P1.S, de 21 de octubre de 2010
Ac. STJ núm. 02A4341, de 11 de marzo de 2003
Ac. TC núm. 487/08, de 7 octubre 2008
Ac. TC num. 564/2007, de 13 de noviembre de 2007
Ac. TC núm. 43/2007, de 17 de enero de 2007
Ac. TC núm. 692/2006, de 19 de diciembre de 2006
Ac. TC núm. 690/2006 de 19 de diciembre de 2006
Ac. TRC núm. 570/10.5TBMGR-B.C1 de 2 de noviembre de 2010
Ac. TRC núm. 570/10.5TBMGR-A.C1, de 7 de septiembre de 2010
Ac. TRC núm. 1734/09.9TBMGR.C, 1de 12 de enero de 2010
Ac. TRC núm. 331/09.4 TABAND-F.C1, de 2 de marzo de 2010
Ac. TRC núm. 1485/09.TBACB.C1, de 13 de octubre de 2009
Ac. TRC núm. 1526/09.6TBLRA.C1de 26 de mayo de 2009
Ac. TRC núm. 995/06 de 3 de mayo de 2009
Ac. TRC núm. 1017/03.9TBGRD-G.C1 de 6 de marzo de 2007
Ac. TRC, núm. 1054/03.3TBCTB, de 27 de febrero de 2007
Ac. TRG núm. 1718/07-2de 4 de octubre de 2007
Ac. TRL núm. 825/10.9TJLSB.L1-8 de 2 de diciembre de 2010
Ac. TRL núm. 4432/08.8TBFUN-E.L1-2, de 2 de julio de 2009
Ac. TRL, núm. 6415/08.9TBALM.L1-7, de 26 de mayo de 2009
Ac. TRP núm. 740/10.6TBPVZ-B.P1, de 15 de noviembre de 2010
Ac. TRP núm. 3922/09.0TBSTS-E.P1, de 8 de julio de 2010
Ac. TRP núm. 1627/09.0TJPRT-D.P1, de 25 de mayo de 2010
Ac. TRP núm. 8476/05.3TBMTS-F.P1de 17 de noviembre de 2009
Ac. TRP núm. 29/09.3TBVNG-A.P1, de 28 de mayo de 2009
Ac. TRP núm. 2384/06.8TJVNF-D.P1, de 23 de marzo de 2009
Ac. TRP núm. 086748, de 9 de diciembre de 2008
Ac. TRP núm. 0835760, de 20 de noviembre de 2008
Ac. TRP núm. 0754986, de 5 de noviembre de 2007
Ac. TRP núm. 0634582 de 26 de octubre de 2006
Ac. TRP núm. 1043/09.4TJVNF.B.P1, de 8 de abril de 2004

AAP Navarra, de 4 de 28 de enero de 2011
AAP Las Palmas (sección 4), de 11 de marzo de 2009
AAP Madrid de 27 de marzo de 2008
AAP Barcelona de 25 de septiembre de 2007
AP de Zaragoza, de 17 de septiembre de 2007
AAP Barcelona de 24 de marzo de 2006
AAP Pontevedra de 15 de diciembre de 2005
AJM núm. 3 Barcelona, de 26 de octubre de 2010
AJM de Bilbao de 24 de marzo de 2009
AJM núm. 5 de Madrid, de 8 de diciembre de 2008
AJM de Alicante, de 16 de junio de 2008
AJM Palma de Mallorca de 28 de marzo de 2008
AJM núm. 1 de Cádiz, de 4 de marzo de 2008
AJM núm. 1 de Cádiz, de 4 de marzo de 2008
AJM 1 de Madrid, de 4 de junio de 2007
AJM núm.1 de Pontevedra, de 24 de abril de 2007
AJM núm. 1 de Madrid, de 14 de noviembre de 2006
AJM núm. 1 de Santander, de 23 de diciembre de 2005
AJM núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004
AJM núm. 1 de Málaga, de 26 de noviembre de 2004
AJM de Tarragona, de 22 de noviembre de 2004
Sentencia TC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996

Sentencia TEDH *Bäck vs. Finlandia*