

¿SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA EL EMPRESARIO ESPAÑOL? EVIDENTEMENTE, TODAVIA NO
José PAJARES ECHEVERRÍA*

Conviene principiar esta reflexión tomando como referencia la reciente y actual normativa española adoptada, por fin tras la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, pues se podrá advertir mediante su simple lectura su razón de ser y sus objetivos, pero sobre todo y con respecto a éstos su insuficiencia por ahora (y evidentemente, y de nuevo, fracaso en el futuro más próximo).

Y ello sin necesidad de aludir a los mecanismos norteamericanos comenzados a desarrollar a principios de los años 80, ni a la actual normativa de Francia, Italia y Alemania, que lo contemplan, aplican y realmente conceden una segunda oportunidad.

Reza así la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de caja financiera y otras medidas de orden social:

“En este ámbito se enmarca de manera muy especial la llamada legislación sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: la que una persona física, a pesar de su fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deudas que nunca podría sacrificar...”

Además, muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor. Planteándose enfocar en fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de las circunstancias, no pueden cumplir compromisos adquiridos...”

Se trata de permitir que aquel que lo ha pedido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, puede verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación...”

Con ello se alcanza el debido equilibrio y la necesaria justicia que debe inspirar cualquier norma jurídica...”

Sobran pues las palabras para ubicar temporal, conceptual y personalmente esta norma, pero no para intentar conocer su aplicabilidad al contorno actual de la economía española, que como he señalado antes adoptó la Recomendación de la Comisión Europea en febrero de 2015 desarrollando un mecanismo de segunda oportunidad respecto de deudores personas físicas que de algún modo pudieran iniciar su actividad industrial sin las deudas contraídas anteriormente, y sin que vulnerasen el principio de responsabilidad universal respondiendo con todos sus bienes

* Socio-Director de Pajares & Asociados Abogados. Consejero del Presidente de Unión Internacional de Abogados. Anterior Presidente de la Comisión de Insolvencias de la Unión Internacional de Abogados.

presentes y futuros recogido para el concurso en el artículo 178 de la Ley Concursal y para todo en el artículo 1911 del Código Civil.

Como la profesora Doña Pulgar ha escrito recientemente:

“Ello contrasta con lo que acontece respecto de la persona jurídica que en estas situaciones de conclusión del concurso con pasivo insatisfecho se cancela registralmente de oficio, lo que, aun cuando en puridad no extingue el pasivo, en conexión con la eficacia que se conceda a dicha cancelación registral, determinará la ausencia de sujeto al que hacer responsable de dichas deudas”.

Segunda oportunidad que el legislador español ha introducido en la propia Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio, admitiendo, a toro pasado, el fracaso de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que habilitaba un procedimiento extrajudicial de pagos que permitía de algún modo la exoneración de las deudas del concurso insolvente.

Fracaso (cuánto repetimos los concursalistas en España esta palabra cuando nos referimos a la norma concursal y a sus continuos y ya reiterados intentos de cambiarla y adaptarla a la realidad) que deriva de la enorme dificultad de aprobar convenios con los porcentajes exigidos y de la liquidación casi segura de los pocos que consiguen aprobarse, y lógica consecuencia de ello del mantenimiento de la responsabilidad universal dentro del concurso (artículo 178 de la Ley Concursal) y fuera del mismo (artículo 1911 del Código Civil).

Esta situación, como antes he señalado, se quiso evitar mediante la Ley de Emprendedores que reguló un acuerdo extrajudicial de pagos mediante la mediación concursal y modificó el art. 178 repetido, que permite la exoneración de deudas al deudor de buena fe si se liquidaban determinados porcentajes de pasivo (créditos contra la masa, crédito privilegiado tanto especial como general y un 25% del crédito ordinario).

La segunda oportunidad supone una excepción al principio de responsabilidad universal, que en particular se recoge en el artículo 178.2 de la Ley Concursal como sigue:

“Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme”.

Se evidencian así los principios y objetivos de la segunda oportunidad en España. Procederá a hora analizar cómo se puede se ha establecido que se acceda a ello.

El deudor persona natural, comerciante o no, o persona jurídica que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente podrá instar el acuerdo extrajudicial de pagos, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros (art. 231 de la Ley Concursal).

No podrán instarlo:

- Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental contra Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.
- Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso de acreedores.
- Quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

Es importante dejar consignado desde ahora ya que los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial.

Se hará mediante formulario normalizado suscrito por el deudor e incluirá un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos.

En el plazo de 10 días comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Si el deudor fuer persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, y en caso de ser ambos propietarios de la vivienda familiar y pueda verse afectada por ese acuerdo extrajudicial deberá realizarse la instancia de ello por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro.

Nombrado mediador y seguido el trámite hasta su finalización sin obtenerse el acuerdo “El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo mencionado en el ap. 3 de este artículo, decidieron no continuar las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente” (art. 237.4 de la Ley Concursal).

El concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación.

Es a partir de este instante cuando el deudor conforme a la nueva redacción de los arts. 178 bis y 176 bis de la Ley Concursal podrá acceder a la segunda oportunidad, aunque también podría en el caso de que se produzca la situación de insuficiencia de masa activa prevista en el art. 176 de la Ley Concursal.

Para ello deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juez del concurso, admitiéndose únicamente a los deudores de buena fe; se entenderá que concurre buena fe siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el concurso no haya sido declarado culpable.
- Que el deudor no haya sido ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.
- Que haya celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 % del importe de los créditos concursales ordinarios.

O alternativamente que el deudor:

- Acepte someterse al plan de pagos previsto.
- No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el art. 42 LC.
- No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos.
- No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.
- Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial de Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.

Si la administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

El deudor deberá presentar un plan de pagos respecto de los créditos a los que no afecte la exoneración, que deberán ser satisfechas por el deudor dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés.

Los acreedores cuyos créditos se extinguen no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos.

Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión:

- Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el ap. 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.
- Incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos.
- Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor.
- Se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados.

La solicitud de revocación se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal.

Transcurrido el plazo de 5 años previsto para la revocación y, en su caso, cumplido el plan de pagos sin revocación del beneficio a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

En razón a todo ello, se ha introducido el artículo 178 bis:

“También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables”

La exoneración por tanto sólo es provisional (5 años, dos más que los recomendados por la Comisión Europea), posible a instancia del deudor tras el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, en el concurso consecutivo y una vez se hayan realizado las operaciones de liquidación.

Este régimen opera en supuestos de inexistencia o insuficiencia de masa activa, afortunadamente.

En pocas palabras, se ha de instar –que no necesariamente conseguir– un acuerdo extrajudicial de pagos, tramitar el concurso consecutivo, liquidar el patrimonio y ofrecer un plan de pagos a cinco años, transcurrido el cual se declaran exoneradas las deudas.

Acuerdo extrajudicial del que no resulta exonerado el crédito público, habiendo de hacer frente el deudor a todos los créditos públicos, incluidos los subordinados, que deberán ser satisfechos por el concursado en los cinco años siguientes a la conclusión del concurso

Parece pues obvio que se quiera proteger el futuro empresarial y con ello darle al empresario una segunda oportunidad; pero esto sólo es sobre el papel.

Y ello porque además de la necesidad de abonar las deudas públicas resulta provisional porque puede revocarse en cualquier momento, de manera que como también ha dicho la profesora Doña Juana Pulga, el deudor “no iniciará de nuevo una actividad empresarial en los cinco años siguientes a la concesión del beneficio de la exoneración, o lo hará en la marco de una economía sumergida, con el fin de no perder la exoneración concedida, dado que sólo si no se recupera en el

plazo de cinco años se decretará la exoneración definitiva, que precisamente es lo que permitiría “retornar a mejor fortuna” con el ejercicio de su actividad empresarial”.

Aún es más, esa protección además de insuficiente parece a mi modo de ver un “canto al sol” ya que la segunda oportunidad no es tal cuando además se reabre la pieza de responsabilidad penal que ya existía en el siglo XIX al regular la reciente modificación del Código Penal español, especialmente en los artículos referidos a la crisis empresarial, que solo pueden producirse cuando se ha estado, o está, en concurso.

Así, el artículo 259 del código Penal dispone:

“1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas: .../... 6ª) Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera. .../... 3. Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

4. Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.

5. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

6. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal.”

Y el artículo 260 ibidem:

“1.Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial..../...”

Por consiguiente, no hay segunda oportunidad para el empresario español puesto que con toda esta regulación seguirá siendo deudor y, sobre todo, no pensará jamás en volver a ser aquél, siquiera sus descendientes.