

LA LEY CONCURSAL: PROBLEMAS PRÁCTICOS

LA PERSONA FÍSICA

En la Actualidad, como muchos compañeros, tengo en mi haber concursos de Personas Físicas. Al principio creí que podría trátalos como los demás concursos, descubriendo que eso no es posible. Tratamos con personas: Padres, Madres, Abuelos (jubilados) y Niños.

Especialmente en los casos en los que tenemos niños de corta edad es en los que te haces alguna pregunta sobre las intenciones del Legislador a la hora de promulgar esta Ley. Para ello, veamos la

Casuística general:

Caso 1. Condición de Empresario (según Art. 1 del Código de Comercio)

- a) Persona Jurídica.
- b) Persona Física.

Caso 2. No Condición de Empresario

- a) Consumidor por pérdida de Puesto de Trabajo.
- b) Consumidor por Excesos en el consumo.

Caso 3. Garante

- a) Garante de empresa vinculada a él.
- b) Garante vinculado a una empresa (generalmente de un hijo).
- c) Garante vinculado a un Consumidor por pérdida de Puesto de Trabajo.
- d) Garante vinculado a un Consumidor por Excesos en el consumo.

Caso 1

Tenemos en principio, un punto en común: La sujeción, de conformidad con el Art. 25 del C. de c. (Código de Comercio), a la obligatoriedad de llevanza de una contabilidad, que el Legislador RATIFICA al considerarla, según el Art. 164.2.1° de la L.C. (Ley Concursal), una presunción “iuris et de iure”. No hay mayor incumplimiento que ¡NO LLEVAR CONTABILIDAD!

En este caso nos encontramos dos grandes supuestos: Las personas Jurídicas y las personas Físicas.

Respecto a las primeras, hay que diferenciar dos situaciones: Sujetas a Auditoria y No Sujetas a Auditoria.

Respecto a las primeras, no hay mucho que decir, salvo los problemas cardiacos de los Auditores. Me quiero centrar en las segundas, algunas pueden estar cerca de la obligación de ser auditadas y se están preparando para el cambio, otras no.

En este tipo de empresas la llevanza de la contabilidad puede tener muchos errores que pueden afectar a nuestra opinión en la calificación. Según mi criterio el Legislador cuando se vio obligado a adaptar nuestro ordenamiento Jurídico a las normas internacionales¹, no se recogió una Norma vigente en muchos países (Francia, Alemania, Chile, Argentina,...). Esta es la antigua Norma Internacional de Auditoria 930 (NIA 930), actualmente Norma Internacional de Servicios relacionados con la Auditoria 4410 (NISA 4410).

Dicha norma homogeniza la calidad de la Información Financiera en el país y educa al empresario en sus obligaciones. Y ello porque el

¹ Reforma de la legislación mercantil de 1.989.

empresario tiene una idea de negocio, pero en muchos casos desconoce sus obligaciones tributarias, laborales y especialmente las Mercantiles, que recogen todas las demás, a pesar de que el desconocimiento de la Ley no exime de su cumplimiento como establece el Art.6.1 del C.C. (Código Civil) La importancia de este hecho queda reflejada en la multitud de personas que se ven afectadas por un concurso de acreedores.

En este supuesto de Personas Físicas hay que tener en cuenta la perniciosa existencia de un Régimen Tributario que estimula el fraude, como es el Régimen de Estimación Objetiva por Signos, Índices o Módulos; más coloquialmente Régimen de Módulos.

Este Régimen exonera de la obligación de llevanza de Contabilidad a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Esta intromisión de la Legislación Tributaria en el ámbito Mercantil provoca en el empresario dos cosas: la primera una confusión, pues le dicen que tiene obligación, pero que no tiene obligación. Y la segunda, para mí más grave, es la de considerar la contabilidad como una **carga, una obligación más**, en vez de verla, destacarla, como una herramienta de gestión del Negocio.

Esta consideración, este tratamiento, ha arraigado tanto que existen Sentencias que “minoran/disculpan” esta obligación. Esto provoca un trato desigual entre las Personas Físicas y las Jurídicas, mandando al garete parte de la Reforma del año 1989 y que nos distancia de países como Francia, Alemania, etc..., donde la inexistencia de una contabilidad en un negocio es inconcebible para cualquier persona de la calle. Además, quiero recodar que esta obligación esta vigente **desde 1885**.

Esto provoca la obligación para la Administración Concursal, de conformidad con la L. C. según su Art. 164.21º, de calificar el concurso como **culpable**.

Al igual que en las empresas con personalidad jurídica no auditadas, estimo necesaria la obligatoriedad de la aplicación de la NISA 4410 para todo empresario, persona jurídica o física, (en Francia es obligatoria para un volumen de negocios bajísimo), en primer lugar por el bien del propio empresario, dado que sin datos, sin información adecuada y precisa, no se pueden tomar decisiones y calibrar los efectos de dichas decisiones.

Caso 2

En los dos supuestos de este caso el factor común, con carácter general, es que los rendimientos económicos se obtienen de una relación laboral.

En el primer supuesto es la pérdida de la fuente de ingresos lo que provoca la imposibilidad de hacer frente a las deudas. En el segundo el exceso en el consumo. Una casuística que nuestros compañeros juristas conocerán mejor que nosotros, pues podría ser prodigalidad o simplemente un mal cálculo de las expectativas previstas.

Caso 3

En este caso, en cualquiera de sus cuatro supuestos, el problema se plantea a resultas de una garantía dada a un tercero; este no puede hacer frente a la deuda y se exige al garante que responda y éste se ve imposibilitado de hacer frente a la misma.

¿Qué salida real y práctica tenemos con la Ley Concursal?

En el supuesto 1 –a, podemos ir a un Convenio o a una Liquidación. En el convenio se obtiene un acuerdo entre los acreedores y el deudor, y continúa la actividad económica. En la Liquidación vendemos todos los activos de la Empresa y con ello se pagan los créditos, la empresa queda disuelta y deja de existir.

¿Y las Personas Físicas?

Según el papel, quiero decir la Ley, las mismas alternativas que las Personas Jurídicas; Convenio, con un acuerdo entre el deudor y los acreedores y Liquidación vendiendo los activos de la persona física para pagar las deudas, y... ¿dejando de existir la persona física? **NO**, la Persona Física no deja de existir, y como es un ser vivo, sus deudas siguen vivas hasta su plena satisfacción.

¿Qué Supone un Plan de Liquidación en la Actualidad para una Persona Física?

El Plan de Liquidación al no delimitarse el alcance temporal del plan, parece desprenderse que la liquidación va a ser a perpetuidad, de por vida, dado que una persona física puede tener bienes futuros. Con lo cual no se protege uno de los Derechos Fundamentales de la persona.

Se incumple la Constitución, Art. 10.2, y la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, en su Art.4 (**Artículo 4.** *Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre*) y 5 (**Artículo 5.** *Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*), sometiendo a la esclavitud económica al Deudor, convirtiéndolo en un “*Mancipio Datus*”, como viene recogido en el antiguo Derecho Romano, puesto que él conservara los atributos de libertad y ciudadanía, pero en lo relacionado al patrimonio seguiría siendo un “*Caput Liberum y Civis*” lo cual es otro tipo de esclavitud.²

² Derecho Romano. Juan Iglesias. Ariel. Barcelona 1.972

¿Qué solución tenemos a todo esto?

Para mí, falta dar una solución al concurso de la persona física. En otros ordenamientos jurídicos (Alemania, Italia, Portugal,..) existe una figura para dar una Segunda Oportunidad.

Me parece razonable, que la “Liquidación” de la Persona Física conlleve a su vez una exoneración de las deudas residuales, con cautela.

Un sistema podría ser el siguiente:

Partiendo de un plan de liquidación por insolvencia de Personas Físicas, debería acabar con una exoneración de las deudas residuales siempre que se cumplan unos requisitos:

1.-Cuando.

Supone, que previa petición del deudor, en la solicitud del Concurso o en la apertura de la fase de liquidación, ceda sus créditos embargables durante un plazo de siete años desde la aprobación de la misma y suspensión temporal del concurso, a la Administración Concursal. Una vez vencido el plazo el deudor solicitaría la exoneración de las deudas, la cual sería concedida previa audición, ante el Juzgado de la Administración Concursal y los acreedores y si no se ha producido ninguno de los Requisitos anteriormente expuesto y hubiera cumplido con sus obligaciones, se aceptaría dicha exoneración.

2.-Para la cancelación.

La petición del acreedor deberá estar motivada y acreditada.

3.-Obligaciones.

Proponiendo unas obligaciones al deudor, como son las siguientes:

- a.-Desarrollar una adecuada actividad lucrativa y, si está sin empleo, hacer lo necesario para encontrarlo y no rechazar ninguna actividad razonable.

b.-Entregar al Administración Concursal la mitad del valor del patrimonio que adquiriera por causa de muerte o en consideración de un futuro derecho de sucesorio.

c.- Indicar sin demora todo cambio de domicilio o lugar de trabajo al Juzgado y a la Administración Concursal, no ocultar las remuneraciones y el patrimonio del punto anterior.

d.-Entregar los pagos sólo a la Administración Concursal para los acreedores del concurso, y no beneficiar en particular a ninguno de los acreedores.

e.-La realización de una actividad no remunerada no exonera del pago a los acreedores.

4.-Para Denegar.

La denegación de la exoneración, vía Auto, cuando a solicitud de un acreedor del concurso, y

a.- El Deudor haya sido condenado por un delito

b.- Cuando el Deudor, haya sido calificado de concurso culpable.

c.- En los seis³ años previos al procedimiento concursal o con posterioridad al mismo, se le haya concedido o denegado esta exoneración.

d.- El deudor, en el año anterior a la petición de apertura del procedimiento concursal o con posterioridad a esa solicitud, haya perjudicado la satisfacción de los acreedores, con dolo o culpa grave, mediante la creación de obligaciones imprudentes o el despilfarro patrimonial o retraso en la solicitud del procedimiento sin el propósito de corregir su situación económica.

Esto es “grosso modo”, la solución que he visto en otras legislaciones. Con ello, se da una segunda oportunidad, tanto en el caso del empresario persona física, como en el no empresario.

³ En relación con la prescripción mercantil

¿El garante?

Entiendo aquí como garante a la persona física no empresaria que garantiza o avala una operación. Este garante, por una causa sobrevenida entra en situación de insolvencia o de insolvencia inminente, sin existir ninguna diferencia por estar él mismo en concurso o no estarlo, las consecuencias son las mismas, y esto es independiente de su relación con el fallido principal y pese a que en muchos casos no haya tenido nada que ver con el indicado fallido principal. Si éste es una persona jurídica responde sólo con sus bienes actuales, ya que, independientemente de su calificación, se declara su extinción en el procedimiento concursal.

En esta situación la vara de medir es de nuevo diferente. Entiendo que por lo menos tendría que tener derecho al mismo tratamiento que el deudor principal. Esto es, si es una persona jurídica se extingue una vez liquidados todos sus activos, el garante una vez liquidados todos sus actuales activos (atención a las acciones de reintegración), también debería ver extinguida su obligación y empezar de nuevo.

Es decir, al garante, persona física distinta del deudor principal, con un Plan de Liquidación y la Exoneración de Deudas, se le aplicaría también el mismo criterio.

La “Equidad” es un Principio Fundamental, y la actual Ley no lo cumple.

En la actualidad el garante puede responder en gran parte de los casos (yo creo que en la mayoría) en mayor proporción, tanto en términos absolutos como relativos, que el deudor principal.

Caso contrario a la Persona Física se le crea un estigma de ciudadano de segunda, fracasado y sinvergüenza.

Esto no es **equitativo**, las Personas Jurídicas pasan y las Personas Físicas, de carne y hueso, se quedan. Las Personas Físicas tienen

necesidades, y esas necesidades tienen que poder ser cubiertas, para eso necesita trabajar, obtener remuneraciones. De igual manera que durante un procedimiento concursal **necesariamente** hay un Juzgado, que trabaja y cobra por ello, también hay una Administración Concursal, que trabaja pero que a la hora de cobrar se le considera “no necesaria pues es un ser que no incurre en gastos para subsistir”, al contrario que los gastos de inscripción en los Registros Públicos, al parecer estos registros públicos “son seres vivos”, lo que no es aplicable a la Administración Concursal.

Según mi leal saber y entender,

En Donostia – San Sebastián a 07 de febrero de 2012

Eduardo Comas