

PROCEDIMIENTOS LEGALES EN DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES ANTE SITUACIONES DE INSOLVENCIA

I. EL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR: INTRODUCCIÓN

II. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN CREDITICIA DEL CONSUMIDOR

III. POSIBLES SOLUCIONES AL SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR

IV. MECANISMOS DE RECLAMACIÓN DEL CONSUMIDOR BANCARIO

V. GLOSARIO

VI. EL CONSUMIDOR Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

INDICE



Euskal Herriko Kontsumitzaileen Batasuna-EHKB
Unión de Consumidores de Euskadi-UCE



I. EL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR: INTRODUCCIÓN

II. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN CREDITICIA DEL CONSUMIDOR

- 1.- Características generales de las operaciones de crédito y préstamo.
- 2.- Las garantías ofrecidas por el consumidor para el pago de sus posiciones deudoras.
 - 2.1.- La garantía personal. La fianza o aval.
 - 2.2.- La garantía hipotecaria.
- 3.- Nuevas modalidades de hipoteca. La hipoteca recargable y la hipoteca inversa.
- 4.- La regulación del sector del crédito al consumo y la tutela del consumidor: la Directiva de 2008 y la Ley de Contratos de Crédito al Consumo de 2011.
 - 4.1.- Concepto y aplicación de la Ley de Crédito al Consumo.
 - 4.2.- La formalización del contrato de crédito al consumo.
 - 4.3.- La TAE (Tasa Anual Equivalente).
 - 4.4.- Los derechos del consumidor.
 - 4.5.- Los contratos vinculados.
 - 4.6.- La regulación contenida en la Directiva de Crédito al Consumo.

III. POSIBLES SOLUCIONES AL SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR

1.- LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL CRÉDITO O PRÉSTAMO (renegociación hipotecaria)

- A.- La subrogación hipotecaria
 - ¿Cómo funciona la subrogación?
 - ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la Ley 2/1994?
 - ¿Cuáles son los requisitos exigidos por la Ley para la subrogación de una nueva entidad financiera?
 - ¿Ante la oferta de subrogación de otra entidad, qué puede hacer la entidad que concedió en su día un préstamo?
 - ¿Cuáles son las comisiones que puede verse obligado a pagar el consumidor?
- B.- Los supuestos de modificación del préstamo hipotecario
 - ¿Cuáles son las normas especiales para la ampliación del plazo del préstamo?
- C.- ¿Qué otras medidas de apoyo al prestatario en dificultades se han adoptado?

2.- LA REUNIFICACIÓN DE DEUDAS

- A.- Normativa aplicable.
 - A.1.- Entidades de crédito
 - A.2.- Empresas distintas a las entidades de crédito
 - A.3.- El problema de la reunificación de deudas a través de préstamos concedidos por particulares
- B.- Esquema típico de la reunificación
 - ¿Tiene desventajas o peligros la reunificación de deudas?

- C.- Las condiciones que debe reunir la publicidad sobre estas operaciones
 - ¿Cuáles son los costes de la reunificación de deudas?
- D.- La información precontractual al consumidor sobre los costes de la operación y sus condiciones
- E.- Condiciones del crédito
- F.- La actividad de intermediación en el crédito
 - ¿En qué sentido facilita el pago de sus deudas al consumidor la operación de reunificación de deudas?
 - ¿Es cierto que la operación de reunificación no comporta desembolso alguno para el cliente en el momento de la formalización?
 - ¿Resulta sencillo contactar con una empresa de reunificación de deudas si no consigo que mi banco renegocie mis créditos?

IV. MECANISMOS DE RECLAMACIÓN DEL CONSUMIDOR BANCARIO

- MECANISMOS DE RECLAMACIÓN DEL CONSUMIDOR BANCARIO
- Modelo de reclamación en materia de préstamos hipotecarios
- Documento anexo (MODELO RECLAMACIÓN BANCO DE ESPAÑA)

V. GLOSARIO

- ACREEDOR HIPOTECARIO
- CRÉDITO HIPOTECARIO
- DEUDOR HIPOTECARIO
- FIANZA
- HIPOTECA
- ÍNDICE DE REFERENCIA
- PERÍODO DE CARENIA
- PERÍODO DE INTERÉS
- PLAZO DE AMORTIZACIÓN
- PRÉSTAMO HIPOTECARIO
- REUNIFICACIÓN DE DEUDAS
- SUBASTA DE LA FINCA HIPOTECADA
- TASACIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA



VI. EL CONSUMIDOR Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

1.- EL CONCURSO DE ACREEDORES. CONCEPTOS BÁSICOS

1. EL CONCURSO DE ACREEDORES
2. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO
3. INSOLVENCIA ACTUAL
4. NSOLVENCIA INMINENTE
5. CONCURSO VOLUNTARIO Y CONCURSO NECESARIO
6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE EL CONCURSADO
 - 6.1. Facultades de administración y disposición del concursado
 - 6.2. Efectos sobre derechos fundamentales del concursado
 - 6.3. Efectos de la declaración de concurso sobre la actividad empresarial
7. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS ACREEDORES
8. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS
9. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL
10. LA JUNTA DE ACREEDORES
11. LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS
12. LAS FASES Y SECCIONES DEL CONCURSO
13. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA. Las acciones rescisorias o de reintegración
14. MASA PASIVA. La clasificación de los créditos
15. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES
 - 15.1. Créditos privilegiados
 - 15.2. Créditos ordinarios
 - 15.3. Créditos subordinados
 - 15.4. Créditos contingentes
16. CRÉDITOS CONTRA LA MASA
17. SOLUCIONES AL CONCURSO
 - 17.1. El convenio
 - 17.1.1. Propuesta anticipada de convenio
 - 17.1.2. Convenio ordinario
 - 17.2. Liquidación del patrimonio el concursado
18. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO. El concurso culpable y el concurso fortuito
19. LOS RECURSOS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. El incidente concursal

2.- EL CONSUMIDOR COMO ACREEDOR ANTE UN CONCURSO DE ACREEDORES

1. CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE LA SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR ACREEDOR DEL CONCURSADO
 - ¿Puede el acreedor solicitar el concurso de una empresa?
 - ¿Qué facultades patrimoniales tendrá el deudor declarado en concurso?
 - ¿Cuándo, cómo y a quién debe comunicar el acreedor la existencia de su crédito?
 - ¿Qué tipo de publicidad se da al concurso de acreedores?
 - ¿Qué posición ocupa el consumidor acreedor de una empresa que ha sido declarada en concurso?

• LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS:

- ¿Pueden intervenir en el concurso en el que son acreedores sus asociados?
- ¿Es posible comunicar, a efectos de su reconocimiento y clasificación, los créditos de numerosos acreedores asociados?
- ¿Pueden interponer un incidente de recusación contra uno de los miembros de la administración concursal?
- ¿Pueden impugnar la lista de acreedores elaborada por la administración concursal?

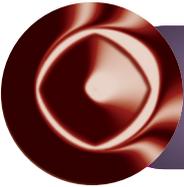
2. EL CONSUMIDOR ANTE EL CONCURSO DE LA ENTIDAD VENDEDORA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

- **SUPUESTOS** distinguidos por el régimen legal
- **CUESTIONES** sobre la situación del consumidor cuando la entidad vendedora del inmueble es declarada en concurso
 - ¿Cuál es la situación del consumidor comprador de una vivienda cuya entidad vendedora es declarada en concurso?
 - ¿El comprador puede resolver el contrato de compraventa? Algunos supuestos de resolución contractual
 - ¿Puede solicitar la declaración de concurso necesario de la entidad vendedora que ha entregado la vivienda?
 - ¿Qué normativa protege al comprador de vivienda en construcción?
 - Por tanto, ¿qué precauciones debe adoptar el comprador de una vivienda en construcción?
 - Más información sobre los derechos del comprador de vivienda

3.- EL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA NO COMERCIANTE

- ¿Puede ser declarado en concurso una persona física no comerciante?
- ¿Qué presupuestos son necesarios para que el Juez de lo Mercantil declare el concurso de una persona física?
- ¿Qué documentación debe presentar el deudor que solicita el concurso?
- ¿Qué es el procedimiento abreviado?
- ¿Puede acumularse el concurso de los cónyuges?
- ¿Qué medidas puede adoptar el juez de lo mercantil si declara el concurso?
- ¿Qué consecuencias tiene la declaración del concurso?
- ¿Qué consecuencias tiene la aprobación del convenio para el concursado?
- ¿Qué supone ser persona especialmente vinculada al concursado?
- ¿Tiene el concursado persona física derecho a alimentos?
- ¿Qué bienes integrarán la masa activa en el supuesto de concurso de persona casada con régimen de gananciales?





I. EL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR: INTRODUCCIÓN





A lo largo de las últimas décadas hemos asistido en nuestro país a un nivel considerable de desarrollo económico. Esta situación ha ido acompañada por un incremento notable del consumo, que además se ha visto estimulado por el hecho de que en la actualidad no es necesario contar con un capital procedente del ahorro para comprar. Por el contrario, existen numerosos medios de pago a crédito a disposición del consumidor.

La crisis económica de los últimos meses ha puesto de manifiesto, sin embargo, que el modelo de consumo a ultranza no puede mantenerse por más tiempo, dado que son muchas las familias españolas que se encuentran en situación de sobreendeudamiento.

Se denomina **SOBREENDEUDAMIENTO** a la situación de un consumidor que ha contraído deudas en exceso y que se encuentra en estos momentos imposibilitado de hacer frente a ellas.

Son numerosos los factores que conducen o pueden haber conducido a un consumidor a una situación de sobreendeudamiento. Además de factores de índole personal o psicológico, debemos destacar que en los últimos años se ha inducido al consumidor al uso (o mejor abuso) de los productos y servicios creados para facilitar el crédito y el pago aplazado de los bienes de consumo. Hasta tal punto se ha implantado en el consumidor la necesidad de adquirir bienes de consumo, que en muchas ocasiones bajo el paraguas del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual se engloban deudas provenientes de adquisiciones de consumo casi ordinario.

De este modo, el consumidor ve extraordinariamente comprometidos sus ingresos futuros y se encuentra a merced de cualquier factor imprevisto, como el desempleo, una crisis personal o familiar, una enfermedad grave, etc...

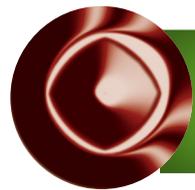
La situación de sobreendeudamiento no tiene normalmente una solución sencilla y libre de costes para el consumidor. En el mejor de los casos, puede perder el único bien del que es propietario, su vivienda habitual, llegando en ocasiones a situaciones realmente difíciles por tratarse de una imposibilidad de sustentarse con lo más básico.

La información que se ofrece en este CD intenta, en la medida de lo posible, informar sobre las medidas que se ofrecen al consumidor para reducir el coste de su crédito, al menos en algunos casos temporalmente (para cubrir una situación de desempleo temporal, un problema de salud...), refiriéndose la segunda parte al concurso, como última medida que se le ofrece para permitirle, en la mayor parte de ocasiones, empezar desde cero, intentando aplazar o reducir en la medida de lo posible el importe de sus deudas.

No obstante, lo dicho no supone que el consumidor no deba aceptar parte de responsabilidad en su situación. Ahora más que nunca debe recomendarse al consumidor que piense con la cabeza, que de más prioridad al ahorro que al crédito y que intente que el saldo de su cuenta doméstica no sea negativo a final de mes.



 INICIO



II. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN CREDITICIA DEL CONSUMIDOR



II. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN CREDITICIA DEL CONSUMIDOR

- 1.- Características generales de las operaciones de crédito y préstamo. 
- 2.- Las garantías ofrecidas por el consumidor para el pago de sus posiciones deudoras. 
 - 2.1.- La garantía personal. La fianza o aval.
 - 2.2.- La garantía hipotecaria.
- 3.- Nuevas modalidades de hipoteca. La hipoteca recargable y la hipoteca inversa. 
- 4.- La regulación del sector del crédito al consumo y la tutela del consumidor: la Directiva de 2008 y la Ley de Contratos de Crédito al Consumo de 2011. 
 - 4.1.- Concepto y aplicación de la Ley de Crédito al Consumo.
 - 4.2.- La formalización del contrato de crédito al consumo.
 - 4.3.- La TAE (Tasa Anual Equivalente).
 - 4.4.- Los derechos del consumidor.
 - 4.5.- Los contratos vinculados.
 - 4.6.- La regulación contenida en la Directiva de Crédito al Consumo.



1.- CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS OPERACIONES DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO

Las operaciones activas o de crédito son aquellas en las que la entidad de crédito entrega a su cliente una cantidad de dinero que tendrá que devolver, sumándole los intereses pactados, en el momento y en la forma estipulados en el contrato (supuesto típico del préstamo de dinero) o bien la disponibilidad del mismo, conforme a unos límites previamente fijados entre las partes (supuesto de la apertura de crédito, o crédito revolvente característico de las tarjetas de crédito).

El préstamo bancario de dinero es aquel contrato por el cual la entidad de crédito entrega una suma de dinero determinada, obligándose quien la recibe (prestatario) a restituir otro tanto de la misma especie y calidad en la época convenida y a pagar el importe de los intereses pactados.

Por el contrato de préstamo se obliga el banco a entregar el capital objeto del préstamo en el momento pactado, pudiendo el prestatario exigir esta entrega desde el momento de perfección del contrato, que variará dependiendo de la modalidad de préstamo ante el cual nos encontremos, principalmente atendiendo a las garantías exigidas para su concesión por la entidad de crédito.

En relación con las operaciones de crédito en general, debemos destacar que dentro del concepto amplio de crédito se comprenden no sólo los supuestos de préstamo de dinero, sino también otras modalidades que persiguen la misma finalidad, como la apertura de crédito, un aplazamiento de pago, el pago con tarjeta de crédito...

Se trata, por tanto, de operaciones que tienen normalmente un elevado coste para el consumidor, dado que al importe estipulado en concepto de intereses, deberá sumar las comisiones y gastos repercutibles que consten en el clausulado contractual.



2.- LAS GARANTÍAS OFRECIDAS POR EL CONSUMIDOR PARA EL PAGO DE SUS POSICIONES DEUDORAS. En especial, la garantía hipotecaria

Las entidades de crédito suelen exigir garantías de diversa naturaleza, cuya finalidad es la de ofrecer mayor seguridad a la entidad de crédito de que percibirá el importe del capital (principal) debido más los intereses en el supuesto de que el prestatario no los reembolse voluntariamente.

Las garantías más comunes son:

- ✓ La personal, mediante fianza, usualmente solidaria, constituida por una o varias personas distintas del deudor. En ocasiones, dicha garantía se instrumenta a través de un aval cambiario, si la obligación de pago de capital e intereses se incorpora a una o varias letras de cambio aceptadas por el deudor, haciendo coincidir su vencimiento con las fechas de restitución de la deuda (derivada, por ejemplo, de una operación de crédito o préstamo).
- ✓ La garantía hipotecaria, mediante hipoteca constituida sobre bienes inmuebles de titularidad del prestatario o mediante hipoteca mobiliaria constituida en la forma establecida en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión.
- ✓ Garantía pignoratícia, mediante prenda constituida sobre títulos-valores (por ejemplo, acciones de una sociedad anónima), o sobre mercancías (warrants); o mediante prenda sin desplazamiento, constituida en la forma establecida en la Ley mencionada.

La libertad de contratación que preside nuestro ordenamiento permite que, ante las circunstancias concretas, relativas al prestatario, su situación financiero-patrimonial, y la cantidad solicitada a crédito, el banco decida solicitar garantías adicionales a las anteriormente mencionadas. De forma reiterada, el Banco de España, a través de las resoluciones de su Servicio de Reclamaciones, así como las autoridades sobre competencia, en la resolución de algún conflicto sometido a su jurisdicción, han reconocido la libertad que tienen las entidades para solicitar aquellas garantías que estimen convenientes para garantizar la satisfacción de su crédito.



No obstante, cuando se trate de contratos de crédito a consumidores, no debe olvidarse el contenido de la legislación que los protege, en el sentido de no permitirse la exigencia de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. No existirá desproporción según esta misma normativa cuando el contrato de financiación o garantía se ajuste en su contenido a lo establecido en la normativa sectorial bancaria.

2.1.- La garantía personal. La fianza o aval

Una modalidad de garantía muy utilizada en la práctica bancaria responde a la solicitud de garantías por parte de terceros que se obligarán ante el banco a cumplir subsidiaria o solidariamente con las obligaciones propias del deudor principal. De este modo, se celebra un contrato entre el acreedor y el fiador, que añade a la responsabilidad personal del deudor principal la de otro sujeto.

La responsabilidad asumida por el fiador es accesoria y, en principio, subsidiaria de la principal. Ello quiere decir que la fianza no puede existir sin una obligación válida, que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal y que si la obligación principal deja de existir por la razón que sea, también lo hará la obligación del fiador.

La fianza podrá ser prestada por uno o por varios fiadores (supuesto de cofianza), en cuyo caso deberá hacerseles asumir la fianza como solidaria, no sólo respecto al deudor principal, sino también entre ellos, renunciando expresamente al denominado beneficio de división, que les permitiría rechazar una reclamación por el total de la deuda garantizada, ya que aquel beneficio les permite dividir su cuantía en tantas partes como cofiadores son. Por lo tanto, si el consumidor se convierte en cofiador solidario, le podrá ser reclamado el pago total de la deuda.

La fianza es un contrato formal que requiere la forma escrita para su validez, sin embargo no se requiere una forma determinada al margen de esta exigencia de que conste por escrito. No obstante, para que goce de eficacia ejecutiva, deberá constar el afianzamiento en la escritura de préstamo o la póliza de crédito cuya obligación de pago se encuentra garantizada.

La fianza puede otorgarse además sin que intervenga el banco, de forma que en este caso se tratará de un contrato a favor de tercero, que podrá exigir su cumplimiento siempre que hubiera dado su aceptación, que puede ser expresa o tácita antes de que se revoque la fianza constituida a su favor.



La fianza ha de ser expresa, no se presume nunca. Por ello, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, en beneficio del fiador. Éste, por otro lado, no podrá obligarse a más de aquello a lo que se obligó el deudor garantizado.

En principio, el consumidor goza de los denominados beneficios de división, que consiste en la posibilidad de dividir la deuda con los restantes cofiadores, cuando sean varios, y de excusión, que es una consecuencia del carácter subordinado de la obligación del fiador, que consiste en la posibilidad que tiene el fiador de oponerse a la reclamación efectuada por el acreedor si le consta que el deudor principal tiene bienes para responder. Deberá, en vía de excepción a la reclamación del acreedor, señalar los bienes del deudor que puedan realizarse en garantía, que se hallen en territorio español y sean suficientes para cubrir la deuda.

El beneficio de excusión no jugará cuando el fiador haya renunciado expresamente al mismo o cuando la fianza se pactó con el carácter de solidaria, es decir, cuando el fiador se obligó solidariamente con el deudor. Tampoco cabrá el beneficio de excusión en caso de insolvencia del deudor principal o cuando no sea posible demandarlo judicialmente en nuestro país. En estos casos, la posición del fiador es como la de un deudor solidario ante el banco, si bien en el plano interno, si el banco reclama el pago al fiador, éste tendrá la posibilidad de dirigirse contra el deudor principal.

El fiador podrá exigir al deudor que pague la obligación afianzada o que le sustituya ante el acreedor con otra garantía, lo que deberá consentir el banco cuando el fiador sea demandado judicialmente para el pago, en caso de concurso del deudor principal, cuando el deudor principal se obligó a relevarle de la fianza en un plazo determinado y no lo ha hecho, cuando la deuda ya sea exigible por llegada del momento del vencimiento de la misma y al cabo de diez años, cuando la obligación garantizada no tiene estipulado un período de duración determinado.

En caso de que el fiador pague, podrá reclamar al deudor principal lo pagado por dos vías: mediante el ejercicio de la acción de reembolso, debiendo el deudor abonar lo pagado por el fiador en concepto de principal, intereses, gastos, daños y perjuicios; o mediante la subrogación en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

En caso de que el fiador pagase antes de la llegada del vencimiento, no podrá exigir el pago al deudor principal hasta este momento.



En el supuesto de pago por el fiador sin comunicación al deudor principal, éste le podrá oponer al fiador todas las excepciones que pudiera tener frente al acreedor en el momento de efectuarse el pago. Además, si debido a la falta de comunicación, el deudor procede a realizar un segundo pago, el fiador sólo podrá reclamarle la restitución de lo pagado por él al banco acreedor.

Suele pactarse un período de duración de la fianza, como fecha de vencimiento de la garantía. Ello no impide una reclamación posterior, ya que dicha fecha se establece como plazo de garantía, que supone que el fiador responderá por las obligaciones nacidas antes de dicha fecha. No obstante, para reclamar su cumplimiento al fiador, el plazo de prescripción de la acción será de 15 años.

El supuesto normal de extinción de la garantía es la extinción de la obligación garantizada, por pago o por otra causa. También se extingue cuando por algún hecho del acreedor, el fiador no puede subrogarse en los derechos del acreedor y en caso de prórroga de la obligación principal concedida por el acreedor al deudor principal sin el consentimiento del fiador.

2.2.- La garantía hipotecaria

El cumplimiento de las obligaciones del deudor en un contrato de crédito puede garantizarse de diversas formas, y una de ellas es la constitución de una hipoteca sobre un bien inmueble, cuyo valor en el porcentaje establecido por la entidad cubra las responsabilidades hipotecarias.

Nada obsta a que la garantía hipotecaria se constituya sobre un bien distinto al que se pretende adquirir con el importe del préstamo o crédito garantizado con la hipoteca (de hecho, es usual hipotecar bienes que ya se encontraban dentro del patrimonio del solicitante del préstamo hipotecario; así también, en aquellos supuestos en los que resulta necesario para el prestatario, puede constituirse una hipoteca unilateral por éste, pudiendo ser posteriormente aceptada por una entidad crediticia). Por lo tanto, siempre que de la tasación del bien resulte un valor que sea suficiente para cubrir el importe del préstamo, junto con los demás gastos y responsabilidades a los que se ha de extender la hipoteca, podrá hipotecarse cualquier bien titularidad del prestatario, o, incluso de otra persona que constituye la garantía a favor del prestatario (p. ej., padre que constituye la hipoteca sobre su piso garantizando el pago del préstamo solicitado por su hijo).



La constitución de la hipoteca

La hipoteca es un contrato formal en nuestro ordenamiento, lo cual quiere decir que la ley exige el cumplimiento de una serie de formalidades necesarias para su perfección. De este modo, sólo existirá hipoteca cuando se haya formalizado en escritura pública ante Notario y se inscriba en el Registro de la Propiedad, dándose de este modo publicidad a la afección del bien inmueble hipotecado al pago de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo garantizado con la hipoteca.

Aún cuando aparentemente pueda parecer que la contratación de un préstamo hipotecario supone un mayor coste del crédito, dado que la ley exige el cumplimiento de las formalidades antes mencionadas, la garantía hipotecaria y la seguridad y menor grado de morosidad que conlleva permiten a los prestatarios beneficiarse de unos tipos de interés más bajos que los aplicados a los préstamos con garantía personal, así como también de plazos más largos para la devolución del préstamo.

Las entidades de crédito suelen exigir, junto con la constitución de la garantía hipotecaria garantías adicionales, y además puede hacerlo libremente.

Es habitual que se exijan algunas garantías de tipo personal y del propio inmueble sobre el cual va a recaer la hipoteca. Los bancos pueden solicitar las garantías que estimen convenientes para conceder una operación de crédito, si bien éstas no deberán ser desproporcionadas al riesgo asumido.

La Ley obliga al titular de un préstamo hipotecario a contratar un seguro de incendios sobre el inmueble a hipotecar. No obstante, las entidades suelen exigir al cliente la contratación de un seguro multirriesgo del hogar (que cubra otros riesgos además del incendio, así robo, daños, agua, daños a terceros, etc.).

También es habitual exigir a los clientes la contratación de un seguro de vida que cubra el riesgo de fallecimiento del titular de un préstamo, cancelando la compañía de seguros el capital pendiente de pago en ese momento. Si la entidad estima que resulta necesario, dadas las circunstancias concretas de la operación, solicitar este seguro al prestatario o



prestarios, podrá exigirlo como condición para la concesión de la operación, y así se ha manifestado en alguna resolución el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Lo que en ningún caso podrá realizar la entidad, como ha destacado en alguna de sus resoluciones el Tribunal de Defensa de la Competencia, es obligar al consumidor a contratar dichos seguros en entidad perteneciente al mismo grupo de la concedente del préstamo hipotecario, y en este sentido se ha manifestado igualmente el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Si se trata de un préstamo hipotecario de autopromotor (aquél que construye su propia vivienda), el seguro decenal regulado en la Ley de Ordenación de la Edificación garantiza los daños causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a los elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. No es obligatorio este seguro para autopromotores individuales de una vivienda de uso propio, sin embargo será obligatoria la acreditación de dicho seguro cuando en una transmisión no motivada por la muerte de una persona (así, una venta de la vivienda, por ejemplo), lo exija el nuevo adquirente, contratándose dicho seguro desde el momento de la transmisión hasta el término de los diez años de plazo fijados en la Ley.



3.- NUEVAS MODALIDADES DE HIPOTECA. La hipoteca recargable y la hipoteca inversa.

Existen numerosas modalidades de hipoteca, si bien vamos a centrarnos en aquellas que tengan mayor difusión en el tráfico económico y las nuevas modalidades presentes en las ofertas de las entidades de crédito.

Además de **la hipoteca ordinaria o “de tráfico”**, que es aquella en la que la obligación asegurada tiene existencia cierta y su cuantía está determinada, hay que destacar **la hipoteca “de seguridad”**, aquella constituida en garantía de determinadas obligaciones, cuyos elementos no están todos registralmente determinados.

Dentro de las hipotecas de seguridad, se destacan **las hipotecas “de máximo”** (en la que no se ha determinado la cuantía de la obligación, por ejemplo, hipoteca en garantía de cuentas corrientes); **las hipotecas de obligaciones futuras** o sujetas a condición o término (la indeterminación recae sobre la existencia o efectividad de la prestación); **hipoteca en garantía de títulos valores**, endosables o al portador (por ejemplo, hipoteca cambiaria).

Dependiendo del tipo de interés del préstamo, éstos pueden clasificarse en préstamos hipotecarios **de tipo fijo y de tipo variable**. Los primeros se caracterizan porque el tipo de interés establecido en el contrato permanece inalterable durante toda la vida de éste. El riesgo de interés, de que suban o bajen los tipos, es sufrido tanto por el banco como por el consumidor prestatario, puesto que si los intereses bajan éste no podrá beneficiarse de este descenso en el coste del crédito, mientras que si los intereses suben la situación será la contraria, siendo la entidad financiera la perjudicada al no poder repercutir al consumidor el aumento en el porcentaje de intereses.

Como consecuencia de ello, los plazos suelen ser más cortos en los préstamos a interés fijo, con el objeto de reducir al máximo las variaciones de los tipos de interés. No obstante, los préstamos a interés fijo permiten conocer desde el primer momento con exactitud el importe exacto de las cuotas de amortización durante toda la vida del préstamo, siendo ésta su principal ventaja.

Por el contrario, cuando se trata de un préstamo a interés variable, se trata de operaciones en las cuales el tipo de interés varía cada cierto período de tiempo, de acuerdo con las normas establecidas contractualmente. Al sufrir tanto la entidad financiera como el consumidor las variaciones en el tipo de interés, los bancos aceptan plazos de amortización más largos que los utilizados en préstamos a interés fijo.



Para los consumidores este tipo de préstamos goza de evidentes ventajas, como son las menores cuotas a pagar, ya que pueden disponer de mayor plazo, y además que podrán beneficiarse de las bajadas de interés que determine el mercado.

Resulta a nuestros efectos interesante analizar en qué consiste la denominada **HIPOTECA RECARGABLE**, que permite al consumidor financiar necesidades de consumo con un préstamo hipotecario. Las aparentes ventajas de esta modalidad hipotecaria pueden determinar una situación de sobreendeudamiento del consumidor, y, en consecuencia, su imposibilidad de hacer frente al pago del préstamo ante una repentina subida de intereses o una mayor debilidad económica de los ingresos del prestatario.

Efectivamente, se trata de una modalidad de hipoteca que puede resolver temporalmente problemas económicos graves del prestatario (desempleo, enfermedad, situaciones de sobreendeudamiento...), dado que su funcionamiento es similar a una reunificación de deudas, pero con menores costes. Pero no debe olvidarse que se trata de préstamos hipotecarios respecto de los cuales es prácticamente imposible realizar una subrogación para abaratar su coste (difícilmente otra entidad admitirá las condiciones pactadas por la prestamista inicial).

El funcionamiento de la **hipoteca recargable** es el siguiente: la entidad prestamista y el consumidor deciden prever en la escritura de hipoteca la posibilidad de que éste último amplíe el plazo del préstamo, para así abaratar los costes de la ampliación. Por lo tanto, se trata en realidad de una nueva modalidad de crédito hipotecario que permite ampliar y reducir la cantidad dispuesta del préstamo.

Normalmente, al inicio del préstamo se efectúa la mayor disposición posible para la adquisición de la vivienda y posteriormente, conforme se va amortizando el capital, estas cantidades son utilizadas para financiar gastos de mero consumo (automóvil, muebles, etc.). Estas disposiciones ulteriores suponen un pago de intereses muy superior a la disposición inicial, y además normalmente, a partir de un determinado momento, se restringe la disposición de los fondos, dado que a partir de un determinado momento el préstamo debía encontrarse totalmente amortizado. En consecuencia, normalmente, se alarga el plazo del préstamo para evitar este efecto. Por ello, su coste es similar al de pedir varias hipotecas, una por cada ampliación de capital que el consumidor solicite.

Recientemente se ha incorporado a nuestra legislación igualmente la **HIPOTECA INVERSA**.



En España se ha regulado la hipoteca inversa por la posibilidad de hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros, lo que podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida. El desarrollo de un mercado de hipotecas inversas, que permitan a los mayores utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta, ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. La posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta y consumo a lo largo del ciclo vital, con el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar.

¿En qué consiste la hipoteca inversa?

La hipoteca inversa, regulada en la Disposición Adicional 1ª de Ley 41/2007, se define como un crédito o préstamo hipotecario sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan una serie de requisitos. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto, más los intereses, se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario mediante la cancelación de la deuda por sus herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.

Es decir, la hipoteca inversa consiste básicamente en la cesión de la vivienda habitual a la entidad bancaria, tras el fallecimiento del propietario, y a cambio de una renta hasta donde llegue el valor de la vivienda. Podrán instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, pero en este caso no se les aplica el régimen general que vamos a detallar a continuación.

No se trata de una compraventa, sino más bien de un préstamo, el cual se resuelve cuando el suscriptor y su cónyuge mueren, momento en el que sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación. Cuando se extinga el préstamo o crédito, y los herederos del deudor hipotecario decidan no



reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

¿Qué requisitos se han de cumplir para poder solicitar la hipoteca inversa?

Para poder solicitar la hipoteca inversa se requiere:

- 1º que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia;
- 2º que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas;
- 3º que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios;
- 4º que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños.

¿Quiénes pueden conceder hipotecas inversas?

Las hipotecas inversas sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial.

Las entidades que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento que determine el Ministerio de Economía y Hacienda.

En cualquier caso, siempre es recomendable asesorarse en asociaciones de consumidores para obtener una información imparcial y aconsejarse sobre esta modalidad de hipoteca.



¿Qué ocurre en el caso de que se venda o transmita de cualquier modo el bien hipotecado?

En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

¿Cuáles son las ventajas fiscales de este tipo de operaciones?

Las hipotecas inversas tienen ventajas fiscales, de forma que estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios. Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.

No obstante, a pesar de todos estos incentivos fiscales, parece que de momento en nuestro país la figura no ha tenido demasiado éxito, tanto por la desconfianza de los consumidores como por la falta de asesoramiento imparcial y especializado, y por la escasa oferta de las entidades, ya sobrecargadas de inmuebles por la ejecución ante impagos de hipotecas tradicionales.



4.- LA NUEVA REGULACIÓN DEL SECTOR DEL CRÉDITO AL CONSUMO Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR: LA DIRECTIVA DE 2008 Y LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO DE 2011.

4.1.- Concepto y aplicación de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo

Un crédito al consumo es aquel por medio del cual un empresario concede crédito a un consumidor para financiar la adquisición de bienes o de servicios. No es necesario que se trate de un contrato de préstamo, sino que puede realizarse a través de una apertura de crédito, de un aplazamiento de pago, esto es, como establece la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, mediante cualquier medio equivalente de financiación, siempre y cuando sirva para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional.

No todo crédito al consumo entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, que establece una especial protección para los consumidores de crédito. En efecto, sólo se aplicará a aquellos créditos cuya cuantía se encuentre entre los 200 euros (límite mínimo) y los 75.000 euros (límite máximo; aunque en este caso, si se supera por arriba este límite igualmente son aplicables determinadas normas de la Ley, fundamentalmente las relativas a la oferta vinculante, la publicidad y el cálculo de la TAE).

Se excluyen igualmente de la aplicación de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo los siguientes supuestos:

- Aquellos contratos en los que el consumidor haya de reembolsar el crédito en un máximo de tres meses.
- Los contratos en los que el crédito esté libre de intereses.
- Los créditos bancarios por descubierto a devolver en un plazo máximo de un mes.
- Los créditos de un empresario a sus empleados, sin intereses o con una TAE inferior a la de mercado.
- Los créditos para realizar operaciones financieras o de inversión.
- Los créditos para el pago aplazado de una deuda existente.
- Los créditos garantizados entregando un bien y limitando la responsabilidad a dicho bien.



4.2.- La formalización del contrato de crédito al consumo

Establece la Ley de Contratos de Crédito al Consumo que los créditos al consumo que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación deberán formalizarse por escrito (en papel o soporte duradero), siendo en caso contrario nulos.

Todas las partes recibirán un ejemplar del contrato de crédito.

El contrato deberá contener de forma necesaria las siguientes menciones:

- ✓ El tipo de crédito.
- ✓ La identidad y el domicilio social de las partes contratantes, así como, si procede, la identidad y el domicilio social del intermediario de crédito.
- ✓ La duración del contrato de crédito.
- ✓ El importe total del crédito y las condiciones de disposición del mismo.
- ✓ En el caso de créditos en forma de pago diferido de un bien o servicio o en el caso de contratos de crédito vinculados, el producto o servicio y su precio al contado.
- ✓ El tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor y, si se aplican diferentes tipos deudores en diferentes circunstancias, la información arriba mencionada respecto de todos los tipos aplicables.
- ✓ La tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, calculados en el momento de la suscripción del contrato de crédito. Se mencionarán todas las hipótesis utilizadas para calcular dicho porcentaje.
- ✓ El importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y, cuando proceda, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso.
- ✓ En caso de amortización del capital de un contrato de crédito de duración fija, el derecho del consumidor a recibir gratuitamente un extracto de cuenta, en forma de cuadro de amortización, previa solicitud y en cualquier momento a lo largo de toda la duración del contrato de crédito.
- ✓ El cuadro de amortización indicará los pagos adeudados, así como los períodos y las condiciones de pago de tales importes. Este cuadro deberá contener un desglose de cada reembolso periódico que muestre la amortización del



capital, los intereses calculados sobre la base del tipo deudor y, en su caso, los costes adicionales.

- ✓ Cuando el tipo de interés no sea fijo o los costes adicionales puedan variar en virtud del contrato de crédito, en el cuadro de amortización figurará de forma clara y concisa la indicación de que los datos del cuadro solo serán válidos hasta la siguiente modificación del tipo deudor o de los costes adicionales en virtud del contrato de crédito.
- ✓ Si deben pagarse recargos e intereses sin amortización de capital, una relación de los períodos y las condiciones de pago de los intereses deudores y de los gastos conexos recurrentes y no recurrentes.
- ✓ Cuando proceda, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas que registren a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, salvo que la apertura de la cuenta sea opcional, los gastos relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar tanto operaciones de pago como de disposición del crédito, así como los demás gastos derivados del contrato de crédito y las condiciones en que dichos costes pueden modificarse.
- ✓ El tipo de interés de demora aplicable en el momento de la celebración del contrato de crédito y los procedimientos para su ajuste y, cuando proceda, los gastos por impago.
- ✓ Las consecuencias en caso de impago.
- ✓ Cuando proceda, una declaración que establezca el abono de gastos de notaría.
Las garantías y los seguros a los que se condicione la concesión del crédito, cuya contratación se ajustará a la legislación específica de los mismos.
- ✓ La existencia o ausencia de derecho de desistimiento y el plazo y demás condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa a la obligación del consumidor de pagar el capital dispuesto y los intereses de conformidad con el artículo 28, apartado 2, letra b, y el importe del interés diario.
- ✓ Información sobre los derechos derivados del artículo 29, así como las condiciones para el ejercicio de dichos derechos.
- ✓ El derecho de reembolso anticipado, el procedimiento aplicable, así como en su caso información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación. Para el caso de reembolso anticipado y en caso de que el contrato de crédito tenga vinculado uno de seguro, el derecho del prestatario a la devolución de la prima no consumida en los términos que establezca la póliza.



- ✓ El procedimiento que deberá seguirse para ejercer el derecho de poner fin al contrato de crédito.
- ✓ La existencia o no de procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso para el consumidor, y, en caso de que existan, la forma en que el consumidor puede acceder a ellos.
- ✓ Las demás condiciones del contrato, cuando proceda.
- ✓ En su caso, nombre y dirección de la autoridad de supervisión competente.

Para el supuesto en el cual estos contenidos se encuentren en el contrato, pero sean inexactos, se modularán teniendo en cuenta el perjuicio sufrido por el consumidor a causa de tal inexactitud.

4.3.- La TAE (Tasa Anual Equivalente)

La TAE no es más que el coste total del crédito expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido. El coste total del crédito comprende los intereses y todos los demás gastos y cargas que el consumidor esté obligado a pagar para el crédito, incluidos los de seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concesión del mismo. La TAE se calculará mediante una fórmula matemática publicada en un Anexo de la Ley de crédito al consumo.

Con carácter necesario, la publicidad y los anuncios y ofertas exhibidos en locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para celebrarlo, siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito, deberán mencionar también la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo.

4.4.- Los derechos del consumidor

Además de los beneficiosos derechos de defensa que la Ley atribuye al consumidor en el supuesto de contratos vinculados y el derecho de desistimiento, merece ser destacada la facultad de ejercitar el vencimiento anticipado del crédito, que podrá llevar a cabo de forma total o parcial, quedando únicamente obligado al pago de la comisión establecida por el concedente del crédito, que no podrá superar el 1% o 0,5%, según si resta más o menos de un año para la fecha de terminación del crédito.



El consumidor tendrá derecho a que le sea entregada antes de la celebración del contrato una oferta vinculante de crédito, siempre que lo solicite.

Esta oferta vinculante deberá contener todas las condiciones del crédito y deberá mantenerla la entidad durante un plazo mínimo de catorce días desde su entrega.

Asimismo, deberá informarse al consumidor del tipo de interés efectivo anual aplicado y de los posibles gastos, así como de sus eventuales modificaciones. La Ley de Contrato de Créditos al Consumo establece igualmente un límite imperativo al cobro de intereses en créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuenta corriente, que no podrán superar las 2,5 veces el interés legal del dinero.

4.5.- Los contratos vinculados

Son contratos vinculados aquellos contratos de financiación y de adquisición de bienes y servicios que van íntimamente ligados, en expresión de la Ley, cuando “ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo”.

Cuando se cumplan determinados requisitos el consumidor podrá ejercitar contra la entidad financiadora todos los derechos que tuviera frente al proveedor de los bienes o servicios.

Estos requisitos deben darse de forma cumulativa y son los siguientes:

- 1) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conformes a lo pactado en el contrato.
- 2) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no ha obtenido la satisfacción a que tiene derecho.

En este caso, el consumidor podrá ejercitar los derechos de que disponga frente al proveedor igualmente frente al cedente del crédito.



4.6.- La regulación contenida en la Directiva de crédito al consumo

La Directiva 2008/48/CE de 23 de abril de 2008 estableció un nuevo régimen para el crédito al consumo, aproximando las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo.

Con carácter previo, no obstante, debe decirse que nuestro nivel de tutela del consumidor de crédito era bastante elevado y, por tanto, la Directiva no supuso una transformación total y absoluto del régimen legal existente con anterioridad con la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo (vigente hasta el 25 de septiembre de 2011).

Es destacable la insistencia de la Directiva en la importancia de informar adecuadamente al consumidor, sea cliente efectivo o potencial, de los costes del producto que contrata o va a contratar. En este sentido, la Directiva se refiere a la información previa al contrato, a la que deba prestarse constante la relación jurídica entre el banco y el consumidor, a las medidas de ejecución contractuales, y también alude a la fórmula de la TAE, al acceso a bases de datos y al concepto de prestamistas o intermediarios de crédito.

De hecho, se insistía en la obligación de prestar una adecuada información precontractual y en la adecuada integración de los contenidos publicitarios.

La Directiva pretendía igualmente garantizar que la entidad de crédito oferente del crédito realizara una evaluación la solvencia del consumidor recabando la necesaria información al respecto, debiendo comunicar inmediatamente al consumidor si la negativa a su solicitud de crédito obedece al resultado de una consulta de una base de datos personales, lo que le permitirá, en el supuesto de la legislación española, ejercitar su derecho a la impugnación de las valoraciones automatizadas. De este modo, el consumidor, puede comprobar la corrección de los datos y, en todo caso, ofrecer más garantías para conseguir el crédito.

Según la Directiva, el contrato de crédito debía igualmente contener todas las menciones necesarias para determinar el coste de la operación para el consumidor. Resulta esencial por parte de la Directiva el hecho de que imponga a los Estados miembros la obligación de que los prestamistas o intermediarios financieros adviertan al consumidor de los riesgos que para su patrimonio puede comportar la concertación del crédito, esto es, del riesgo de impago. Desde luego, esta in-



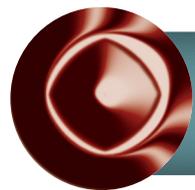
formación debe ir acompañada de las nociones esenciales para conocer las características de la operación y si responde o no a los intereses del consumidor.

La Directiva también establecía que el consumidor podría ejercitar su derecho de desistimiento durante los 14 días naturales siguientes a su contratación, sin necesidad de alegar justa causa. Cuando desista de un contrato de suministro de bienes o servicios al que se vinculó una operación de financiación, se entenderá que el consumidor igualmente desiste de este segundo. Se reconocía igualmente al consumidor el derecho a liquidar en todo momento, total o parcialmente, las obligaciones derivadas del contrato de crédito.

Es por último destacable en la Directiva el hecho de que si la entidad que concede el crédito se sirve de intermediarios para la colocación de sus créditos, y a éstos el consumidor debe pagar por sus servicios, este importe debe ser incorporado por la entidad acreedora al calcular la TAE de la operación.

Por tanto, estando vigente la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, tras la aprobación de la Directiva se incorporaron todas las nuevas disposiciones en la nueva Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, respetando su vocación de armonización total y conservando aquellas previsiones de nuestro derecho interno que ofrecían una mayor protección en el ámbito del crédito al consumo.





III. POSIBLES SOLUCIONES AL SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR



III. POSIBLES SOLUCIONES AL SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR

1.- LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL CRÉDITO O PRÉSTAMO (renegociación hipotecaria)

- A.- La subrogación hipotecaria
- B.- Los supuestos de modificación del préstamo hipotecario
- C.- ¿Qué otras medidas de apoyo al prestatario en dificultades se han adoptado?

2.- LA REUNIFICACIÓN DE DEUDAS

- A.- Normativa aplicable.
- B.- Esquema típico de la reunificación
- C.- Las condiciones que debe reunir la publicidad sobre estas operaciones
- D.- La información precontractual al consumidor sobre los costes de la operación y sus condiciones
- E.- Condiciones del crédito
- F.- La actividad de intermediación en el crédito



1.- LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL CRÉDITO O PRÉSTAMO (RENEGOCIACIÓN HIPOTECARIA)

A.- La subrogación hipotecaria

La subrogación del acreedor se encuentra regulada, con carácter general en el artículo 1.211 del Código Civil, y con carácter especial para la operación que nos afecta, en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que ha sido modificada por la Ley 41/2007, de modificación de la Ley Hipotecaria.

En efecto, las últimas modificaciones de esta Ley han tenido dos objetivos fundamentalmente: limitar el cobro de comisiones y reducir el coste de la subrogación, y ampliar los supuestos de modificaciones incluidos dentro del ámbito de la Ley.

- ¿Cómo funciona la subrogación?

De forma esquemática la subrogación funciona del siguiente modo: el deudor hipotecario contacta con una entidad de crédito, que le emite una oferta vinculante con las condiciones que le ofrece para su préstamo. En caso de que esta oferta vinculante sea aceptada por el deudor, será notificada a la entidad acreedora, que tendrá que emitir la certificación del importe de la deuda, pero que tiene el derecho de evitar o enervar la subrogación si iguala o mejora las condiciones del préstamo.

- ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la Ley 2/1994?

La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios se aplica exclusivamente a los préstamos concedidos por bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito, pudiéndose subrogar entidades análogas.

La Ley será de aplicación a las operaciones de préstamo hipotecario con independencia de la fecha de su formalización y será posible la subrogación aun cuando no se prevea en el contrato la posibilidad de amortización anticipada.



- ¿Cuáles son los requisitos exigidos por la Ley para la subrogación de una nueva entidad financiera?

Se encuentran establecidos en el art. 2 de la Ley:

- 1) La subrogación comprenderá todos los créditos o préstamos que tenga el deudor en la entidad acreedora original y que se encuentren garantizados con el inmueble. No es necesario el consentimiento de la entidad acreedora, siempre y cuando la subrogación se realice en escritura pública. De ahí que la entidad que originalmente concedió el préstamo hipotecario no tenga que comparecer en el acto de otorgamiento de la escritura de subrogación.
- 2) La entidad que desee subrogarse deberá entregar al prestatario una oferta vinculante, que deberá ser comunicada igualmente a la entidad acreedora.
- 3) La comunicación de la intención de subrogarse en el préstamo deberá ser comunicada a la entidad financiera por parte de la entidad subrogante por conducto notarial, requiriéndole para que aporte certificación del importe de la deuda. No obstante, aun cuando la entidad primitiva no aporte este certificado, la entidad que pretende subrogarse podrá calcular dicha cantidad bajo su responsabilidad.

- ¿Ante la oferta de subrogación de otra entidad, qué puede hacer la entidad que concedió en su día un préstamo?

La entidad primitiva puede intentar impedir la subrogación, lo que legalmente se conoce como “enervar”. Para ello dispondrá de 15 días hábiles a contar desde la notificación del saldo y su importe, debiendo comparecer mediante apoderado ante el Notario que efectuó la comunicación de la subrogación. El contenido de la oferta revisada de la entidad primitiva debe ser igual o más beneficioso para el particular. De hecho, los tribunales han manifestado de forma expresa que además la entidad primitiva no puede exigir la asunción de costes adicionales como por ejemplo el pago de una nueva comisión de apertura.

La enervación de la subrogación es, en todo caso, un derecho del acreedor primitivo, disponiendo de diez hábiles para comunicar al consumidor la nueva oferta vinculante conteniendo las modificaciones propuestas del préstamo preexistente.



En el caso de que la entidad primitiva no enerve la subrogación, será pagada por la entidad que se ha subrogado en el préstamo, quien podrá igualmente calcular bajo su responsabilidad el importe de la deuda, para el caso en el cual no se aporte por la entidad primitiva certificación de la deuda. El retraso por parte de la entidad primitiva de la entrega de la certificación es constitutivo de mala práctica bancaria, según el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Con posterioridad el Notario le notificará la escritura de subrogación al antiguo acreedor, que podrá alegar error en el plazo de los 8 días siguientes.

- ¿Cuáles son las comisiones que puede verse obligado a pagar el consumidor?

En relación con las comisiones derivadas de la operación de subrogación, se ha de atender a la fecha de formalización, puesto que ha variado esta materia en las sucesivas reformas que han afectado al texto de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios.

Las comisiones son las siguientes:

1) Comisión por vencimiento anticipado. Si se trata de préstamos hipotecarios a interés variable concertados antes del 27 de abril de 2003, el máximo a cobrar por este concepto es del 1% de la cantidad que se amortiza (no por el total de la deuda). Si el contrato se ha formalizado con posterioridad, el máximo es del 0,5 por ciento. Además, a partir de la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por Ley 41/2007 (el 9 de diciembre de 2007), no se podrá cobrar ya esta comisión si se trata de préstamos de vivienda en los que el prestatario sea persona física, así como si se tratara de una persona jurídica que tributa por el régimen de Impuesto de Sociedades de empresas de reducida dimensión.

2) Comisión por desistimiento. Es una de las novedades de la reforma de la Ley Hipotecaria de 2007, siendo aplicable a cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, estableciendo la Ley un máximo: 0'5% si la amortización anticipada se produce dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo; del 0'25 % si la amortización anticipada se produce después de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo.



3) Comisión por riesgo de tipo de interés. Igualmente introducida por la reforma de la Ley Hipotecaria de 2007, supone para la entidad financiera una especie de compensación por el lucro cesante o ganancia dejada de obtener. No se podrá cobrar si la cancelación se produce en un período de revisión de tipos de interés igual o inferior a doce meses. Tampoco si la cancelación genera una ganancia de capital a favor de la entidad (por ganancia de capital se entiende una diferencia positiva entre el capital pendiente y el valor de mercado del préstamo o crédito).

Resulta muy gráfica la exposición en forma de tabla comentada de los distintos supuestos que pueden plantearse en la práctica, según la fecha de formalización del préstamo hipotecario y el tipo de interés, fijo o variable, fijado para el mismo, que efectúa el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en su Memoria correspondiente al año 2007 (véase <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/07/Fic/2007msr.pdf>).

B.- Los supuestos de modificación del préstamo hipotecario

La Ley se aplica tanto a los supuestos de subrogación como a los de modificación de las condiciones pactadas del préstamo hipotecario. De este modo, el contenido de la escritura de subrogación puede comprender igualmente la modificación de las condiciones del tipo de interés, ordinario o de demora, o bien la alteración del plazo del préstamo. Pero además, suele ocurrir que la oferta de subrogación fuerce al acreedor primitivo si le interesa enervar la subrogación, a ofrecer mejores condiciones de crédito. Desde este punto de vista, la escritura de modificación del préstamo hipotecario puede contener:

- La ampliación o reducción del capital.
- La alteración del plazo.
- La modificación de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente.
- El método o el sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo.
- La prestación o la modificación de las garantías personales.

- ¿Cuáles son las normas especiales para la ampliación del plazo del préstamo?

En virtud de un acuerdo suscrito entre los Ministerios de Economía y Justicia, y representantes de la Asociación Española



de Banca, la Asociación Hipotecaria Española, la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, la Asociación Española de Establecimientos Financieros de Crédito, el Colegio de Registradores de la Propiedad, mercantiles y de Bienes Muebles de España y el Consejo General del Notariado de España, se posibilitó la ampliación del plazo del préstamo de forma gratuita hasta el 22 de abril de 2011. Dicha ampliación se producía por un acuerdo entre entidad acreedora y prestatario. Los requisitos que se deben cumplir para beneficiarse de la gratuidad de la modificación son los siguientes:

- 1) La modificación sólo debe referirse a la ampliación del plazo.
- 2) El prestatario ha de ser una persona física.
- 3) El préstamo se ha de celebrar con la finalidad de construir, rehabilitar o adquirir una vivienda habitual (no se aplica, por tanto, a los créditos hipotecarios).
- 4) La hipoteca debe recaer sobre la vivienda habitual.
- 5) El préstamo debe haber sido concedido por una entidad de crédito.

Tras este plazo, también es posible ampliar el plazo del préstamo, pero las entidades podrán percibir la comisión por ampliación de plazo, cuyo máximo se fijaba legalmente en el 0'1 % de la cifra de capital pendiente de amortizar.

También se encuentra exenta la ampliación del pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, prevista con carácter general en la propia Ley 2/1994.

Además, los gastos notariales y registrales ya han sido recortados de forma considerable por las reformas derivadas de la Ley 2/1994.

C.- ¿Qué otras medidas de apoyo al prestatario en dificultades se han adoptado?

El Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, modificado por Real Decreto 97/2009, de 6 de febrero, permite reducir el pago de la cuota mensual en un máximo del 50% con un límite de 500 euros mensuales (computables por operación,



no por titular), entre el 01/03/2009 y el 28/02/11. No obstante, el pago se aplaza y será prorrateado en las cuotas devengadas a partir del 01/03/2012, con un máximo de 15 años.

Para beneficiarse de esta medida es necesario cumplir los siguientes requisitos:

- 1) Que se trate de un préstamo anterior al 01/09/2008.
- 2) Que el importe del préstamo sea inferior a 170.000 euros.
- 3) Que la finalidad sea la adquisición de la vivienda habitual.

Y fundamentalmente, no hay que olvidar que, al igual que toda modificación, ha de ser fruto de un acuerdo entre el prestatario o consumidor y la entidad prestamista.



2.- LA REUNIFICACIÓN DE DEUDAS

En los últimos años, el incremento desmesurado del consumo y, por ende, del endeudamiento del consumidor, ha comportado que ante el empeoramiento de la situación económica general, el consumidor se vea obligado muchas veces a recurrir a operaciones de reunificación de deudas para intentar aliviar, al menos temporalmente, la carga del endeudamiento acumulado.

La creciente demanda de este tipo de operaciones financieras exige un tratamiento al menos general de la información que deba prestarse al consumidor y del estado actual de la regulación sobre esta actividad económica.

La reunificación de deudas es un negocio que ha venido siendo ofertado tradicionalmente por las entidades de crédito tradicionales. Es ahora, cuando han proliferado los consumidores sobreendeudados que ya no pueden encontrar crédito en las entidades tradicionales, cuando se ha incrementado notablemente el número de entidades no financieras que se dedican a este tipo de actividad.

A.- Normativa aplicable

Dado que en la actualidad la reunificación de deudas es un servicio que pueden prestar tanto entidades de crédito como otro tipo de entidades no financieras, se ha dictado una norma, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que lo que intenta es trasladar al ámbito de la celebración de estos contratos con entidades no crediticias, y, por tanto, no sometidas a la normativa sectorial bancaria que establece garantías de información para el consumidor, el mismo nivel de información de que dispone el consumidor de este producto cuando lo contrata con una entidad de crédito.

A.1.- Entidades de crédito

Cuando el préstamo hipotecario es concedido por una entidad de crédito o, en su caso, cuando una entidad de crédito reúne bajo el paraguas del préstamo hipotecario de su cliente las diversas deudas que acumula, la normativa sectorial bancaria resultará de plena aplicación. En este sentido, fundamentalmente la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, incor-



porada a la Circular 8/1990, del Banco de España establece las condiciones en cuanto a la información debida al consumidor sobre los costes, su variación y demás condiciones de la operación crediticia.

A.2.- Empresas distintas a las entidades de crédito

Hasta la promulgación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, estas entidades estaban actuando en una situación de vacío legal. En el caso de los consumidores, resultaban de aplicación sus normas de tutela, pero el nivel de protección no era comparable con el que tenían los consumidores del mismo producto cuando la contraparte contractual era una entidad de crédito.

De ahí precisamente además que la Ley no resulte aplicable a las entidades de crédito, que se rigen por su propia normativa, además de la aplicación con carácter general a los servicios financieros, de las normas sobre tutela de consumidores y usuarios.

Desde el punto de vista de su contenido, la Ley resulta de aplicación a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios y a la intermediación o asesoramiento en la concesión de préstamos o créditos.

A.3.- El problema de la reunificación de deudas a través de préstamos concedidos por particulares

Dado que en muchas ocasiones las personas que acuden a las entidades no crediticias a solicitar estos servicios de reunificación de deudas están fuera de los ordinarios márgenes de solvencia exigidos por las entidades de crédito, los intermediarios de crédito pueden verse en ocasiones con dificultades para conseguirlo de una entidad financiera. Es por ello por lo que abundan los supuestos en los que es un particular quien presta el dinero al consumidor y se convierte en su acreedor hipotecario, particular que contacta con el deudor a través de un intermediario de crédito.

Esta actividad, además de la ausencia de control fiscal, puede comportar numerosas dificultades, como la de contactar con el particular y que cancele la garantía hipotecaria en caso de pago, o la posibilidad de pérdida de la vivienda porque se fijó un tipo para subasta extraordinariamente bajo, que constituía uno de los atractivos para el particular prestamista.



Sin embargo, se trata de una operación que también tiene riesgos o problemas para el inversor prestamista, dado que él no conoce la vivienda, debe confiar en la tasación que se le aporta, y puede encontrarse finalmente con un bien de difícil realización. Por otro lado, cuando se publicita esta actividad como una actividad de inversión, no debe olvidar el consumidor que invierte en este tipo de operaciones que en numerosas ocasiones él cobra porque otro inversor participa en el negocio y que esta situación puede variar de forma radical en cualquier momento, y en ese caso, ante la elevada probabilidad de que el deudor no pueda pagar, se encontrará con una garantía que deberá ejecutar, pero que no es hoy en día fácilmente liquidable.

B.- Esquema típico de la reunificación

Normalmente, el consumidor que solicita este tipo de productos es un consumidor sobreendeudado o cercano a esta situación, que temporalmente al menos se ve imposibilitado de asumir el importe de las deudas contraídas.

De este modo, bajo el ámbito de un préstamo hipotecario nuevo o preexistente se engloban todas las deudas que el consumidor tenía, por otras operaciones de crédito, por deudas de consumo ordinario, o de cualquier otro tipo.

La publicidad hace olvidar al consumidor en numerosas ocasiones que la reunificación no es un regalo para solucionar esta situación económica difícil, sino que se trata de un incremento en cuanto a cantidad por principal y usualmente por plazo, de las deudas contraídas por el deudor. Lo que ocurre es que el préstamo hipotecario, normalmente a interés variable, tiene un tipo de interés favorable para el consumidor, lo que unido al incremento del plazo permite un cierto desahogo en el pago mensual de la deuda.

El consumidor, no obstante, no debe dejarse engañar por la publicidad ofrecida con carácter general, dado que la operación tiene costes, lo que ocurre es que se integran normalmente en el capital prestado y así el cliente no tiene que adelantarlos.



- ¿Tiene desventajas o peligros la reunificación de deudas?

Debe alertarse al consumidor de los peligros que entraña esta actividad, dado que éste se dedica a financiar con un préstamo con garantía hipotecaria, necesidades de consumo, reduciendo su capacidad patrimonial. Sin olvidar que, normalmente, la publicidad ha venido siendo muy agresiva, tratándolos casi como productos de ahorro, al resaltar la rebaja que se produce en la cuota resultante.

En efecto, el consumidor ve ampliado el plazo de devolución del crédito hipotecario nuevo o del preexistente. Aun cuando normalmente no se le exige ningún desembolso, la cantidad adeudada se incrementa notablemente, y también alarga el pago de intereses. Y además, el consumidor no tiene en muchas ocasiones certeza sobre el carácter financiero o no de la entidad que le presta el servicio, dado que hoy en día en raras ocasiones será un simple intermediario de crédito, puesto que el nivel de solvencia exigible por las entidades de crédito a sus clientes continúa situado en límites elevados.

C.- Las condiciones que debe reunir la publicidad sobre estas operaciones

Para evitar en la medida de lo posible los peligros que entraña la reunificación para el consumidor, la Ley 2/2009 ha regulado también el contenido de las comunicaciones comerciales y la publicidad, en muchas ocasiones claramente engañosa, por cuanto destacaba únicamente la ventaja de la operación de reunificación de deudas por cuanto suponía un ahorro inmediato, pero sin hacer referencia al coste total a medio plazo de la operación. El contenido de estas informaciones es prácticamente idéntico al exigido para las entidades de crédito, imponiéndose también la obligación de entregar un folleto informativo del préstamo, exigiendo la Ley que se proporcione al consumidor información suficiente sobre los costes, y demás características relevantes de la operación.

En este sentido, existe obligación por parte de la empresa prestamista, de mencionar en sus comunicaciones y publicidad la TAE, de forma similar a las entidades de crédito, esto es, con un ejemplo representativo.

Si se trata de una reunificación o agrupación de deudas, debe darse información detallada del coste de la operación.

Se prohíbe expresamente hacer referencia a la reducción de la cuota mensual a pagar, sin mencionar el aumento del capital pendiente y el plazo de pago del nuevo crédito.



- ¿Cuáles son los costes de la reunificación de deudas?

En la actualidad, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, regula el precio de la operación. De este modo, en relación con los préstamos hipotecarios, se aplicará la Ley Hipotecaria, y para los contratos celebrados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007, si se contempla en el contrato el régimen de la comisión por amortización anticipada contenido en la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, éste será el régimen aplicable.

Además, en los préstamos o créditos sobre viviendas, la comisión de apertura englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o de tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo.

El resto de comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que aplique la empresa sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito.

En ningún caso podrán las empresas establecer condiciones más gravosas que las derivadas de sus tarifas, que se deberán encontrar registradas en los Registros en que dichas empresas estén inscritas.

D.- La información precontractual al consumidor sobre los costes de la operación y sus condiciones

En primer lugar, debe destacarse que será necesario entregar al consumidor un folleto informativo sobre las condiciones del préstamo o crédito, de acuerdo con el contenido establecido en el anexo I de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Este folleto, sobre todo, contendrá todos los elementos relativos al coste de la operación, así como toda mención que sea exigida por la normativa autonómica.

Con carácter previo al contrato (artículo 14 de la Ley), la empresa deberá suministrar gratuitamente al consumidor, con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, siempre antes de que el consumidor asuma



cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de préstamo o crédito hipotecario, al menos información relativa a la empresa (identidad, datos de registro y de su página web, póliza de seguro de responsabilidad civil o aval y entidad aseguradora o de crédito con la que se haya contratado), al préstamo o crédito ofrecido (principales características, precio total con comisiones cargas, gastos e impuestos; advertencia al consumidor sobre el riesgo de subida de tipos y otros riesgos que la operación comporta, la posible existencia de otros impuestos o gastos, y las modalidades de pago y de ejecución), respecto del contrato de préstamo o crédito hipotecario (información sobre derechos de las partes, sistemas de reclamación, lenguas en que el contrato podrá formalizarse, tratamiento fiscal de la operación, supuestos en que existe el derecho a obtener oferta vinculante de la operación).

Esta información deberá prestarse por escrito o por cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia de la fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información. El incumplimiento de lo dispuesto en la norma sobre información precontractual podrá dar lugar a la invalidez del contrato.

E.- Condiciones del crédito

La Ley 2/2009 pretende dotar al consumidor de un nivel de tutela semejante al del prestatario hipotecario cuando el prestamista es una entidad de crédito.

Para ello insiste en la necesidad de que las condiciones contractuales y, sobre todo, la información precontractual sea completa y adecuada, pero además regula de forma concreta la importante transparencia en los precios, que será la que permitirá en definitiva al consumidor elegir de forma racional entre las ofertas de reunificación que más le convengan.

No obstante, en muchas ocasiones el consumidor se encuentra en una situación angustiosa, no consigue acceder al crédito para reunificar sus deudas y finalmente opta por la única oferta que le permite sobrellevar su delicada situación económica.

Por último, la Ley impone a estas entidades la contratación de un seguro de responsabilidad civil en entidad aseguradora o un aval en entidad de crédito que asegure las responsabilidades en que pueda incurrir en el desarrollo de su actividad.



En relación con los precios, la regla general es que existe libertad en el establecimiento de tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles, constituyendo límites evidentes la Ley 2/2009, la Ley de Usura y la legislación de defensa de los consumidores y usuarios.

Deberán indicarse los supuestos que originen el gasto y su periodicidad y, en todo caso, deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos, nunca podrán cobrarse por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor.

No se podrán cargar cantidades superiores a las tarifadas y deberán comunicarse previamente al Registro correspondiente los precios, tarifas y gastos repercutibles. Éstos se incorporarán a un folleto, que deberá ser claro, concreto y fácilmente comprensible, y que se entregará al consumidor.

Toda esta información deberá recogerse en el tablón de anuncios de la entidad estableciéndose obligaciones similares para las empresas que prestan sus servicios por Internet.

F.- La actividad de intermediación en el crédito

La Ley 2/2009 considera intermediario de crédito independiente a la empresa que, sin mantener vínculos contractuales que supongan vinculación con entidades de crédito o empresas que comercialicen préstamos o créditos, ofrezcan asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden su intervención para la obtención de un crédito o préstamo. Se presume que es intermediario de crédito independiente aquel que presente al menos tres ofertas vinculantes al consumidor.

Con carácter previo a la contratación, el intermediario de crédito deberá informar al consumidor sobre la empresa, sobre el propio servicio de intermediación y sobre el contrato a celebrar. En todo caso, los contratos deberán constar por escrito, gozando el consumidor de un derecho de desistimiento durante 14 días naturales.

Sólo podrá cobrar el intermediario independiente si previamente se ha pactado su remuneración mediante documento en papel o soporte duradero, sin que en ningún caso pueda recibir el importe o los fondos constitutivos del contrato principal.



Quedan sometidos los intermediarios a la obligación de prestar al consumidor toda la información exigida por la normativa específica del contrato de préstamo o crédito.

- ¿En qué sentido facilita el pago de sus deudas al consumidor la operación de reunificación de deudas?

Una operación de reunificación de deudas no puede considerarse un sistema casi milagroso que consiga que el consumidor soporte un coste de crédito inferior, dado que la realidad es que, si bien en el corto plazo, el consumidor verá reducida la cantidad que de sus ingresos ha de destinar para cumplir con sus numerosas obligaciones crediticias, será deudor por un importe superior y por más tiempo, lo que en definitiva supondrá en el medio y largo plazo un incremento considerable del coste de su crédito (pagará mucho más en concepto de intereses al incrementarse la cantidad y el plazo).

- ¿Es cierto que la operación de reunificación no comporta desembolso alguno para el cliente en el momento de la formalización?

La publicidad de las empresas no financieras que prestan este tipo de servicio de reunificación ha sido muy agresiva, basándose fundamentalmente en demostrar al consumidor, normalmente mediante un ejemplo representativo y bastante gráfico, que pasará a pagar mucho menos al mes y que la operación no le supondrá en el momento de contratar desembolso alguno.

Pero la realidad es que, si bien el consumidor, no deberá desembolsar en el momento de la formalización cantidad alguna, los costes de la operación existen, no suelen ser reducidos, y además, muchas veces, con ignorancia por parte del consumidor, se suman al principal del préstamo, que se ve considerablemente engrosado al incluir las deudas originales, los gastos de modificación, cancelación y, en su caso, formalización de los créditos, además de las comisiones cobradas por la empresa prestamista o intermediaria.

Ej. Luis García tiene un préstamo hipotecario sobre su vivienda habitual por el que paga mensualmente una cuota de 857 euros (principal del préstamo 130.000 euros, interés variable, actualmente del 3%, plazo de amortización 20 años), un crédito al consumo para compra del vehículo familiar por el que debe abonar mensualmente 257 euros (13.000 euros al 7%



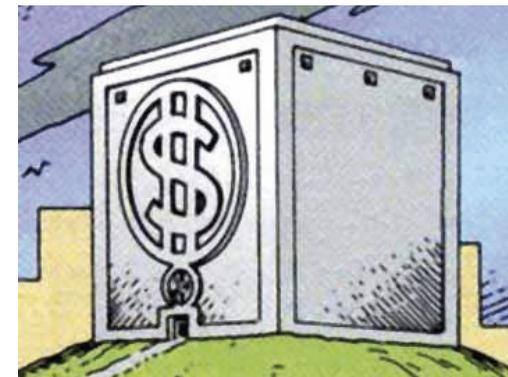
anual por cinco años) y un aplazamiento de la tarjeta por el que se le adeudan en la cuenta 110 euros (total a pagar 1.200 euros, TAE 19'65%, a un año).

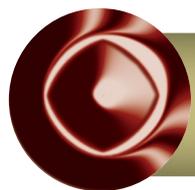
Tras la operación de reunificación de deudas, Luis pasa a pagar al mes, en vez de 1.224 euros, únicamente 858,91 euros (resultado de pagar una mensualidad del préstamo hipotecario resultante de la reunificación, que asciende ahora a 160.000 euros y que será pagadero en un plazo de 30 años).

El efecto inmediato para el consumidor es la rebaja en la cuota mensual, pero como contrapartida compromete fuertemente la titularidad del único y mayor bien de la familia, y ello no para afrontar su adquisición, sino por necesidades de consumo (el coche, las compras de ropa, viajes, ocio, pagadas con la tarjeta...). Igualmente, el consumidor soportará un incremento de los intereses a pagar por la cantidad reunificada (considerablemente aumentada por los costes de la operación de los que no se le informa previamente en ningún momento).

- ¿Resulta sencillo contactar con una empresa de reunificación de deudas si no consigo que mi banco renegocie mis créditos?

Tan fácil como conectarse a la red, dado que estas empresas operan en gran parte a distancia. En cualquier buscador en el que incluyamos las palabras renegociación o reunificación de deudas encontraremos inmediatamente numerosa publicidad de distintas empresas que ofertan estos servicios, algunas, como puede comprobarse fácilmente, con una publicidad muy agresiva, y en parte engañosa.





IV. MECANISMOS DE RECLAMACIÓN DEL CONSUMIDOR BANCARIO



IV. MECANISMOS DE RECLAMACIÓN DEL CONSUMIDOR BANCARIO

- MECANISMOS DE RECLAMACIÓN DEL CONSUMIDOR BANCARIO
- Modelo de reclamación en materia de préstamos hipotecarios
- Documento anexo (MODELO RECLAMACIÓN BANCO DE ESPAÑA)



En la actualidad, la actividad crediticia no es una actividad reservada a las entidades de crédito tradicionales. De este modo, cuando nos encontremos ante entidades de crédito dispondremos de un mecanismo de reclamación extrajudicial expresamente diseñado para la resolución de estas cuestiones. Pero cuando estemos ante entidades no financieras, el régimen de sanción de las actuaciones incorrectas por parte de estas entidades vendrá de los Servicios de Consumo de cada una de las Comunidades Autónomas en las que presten sus servicios.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, prevé la creación de un Registro, regulado actualmente por el Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se crea y regula el Registro estatal de empresas previsto en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y se fija el importe mínimo del seguro de responsabilidad o aval bancario para el ejercicio de estas actividades.

Este registro estatal de empresas se gestionará por el Instituto Nacional del Consumo, a través de Subdirección General de Calidad del Consumo.

En los casos de queja o reclamación, el consumidor, deberá acudir a los Servicios de Consumo (asociaciones de consumidores u organismos oficiales de consumo) para presentar su reclamación, si bien falta comprobar cuántas de estas entidades se adherirán al Sistema Arbitral de Consumo, que tantos beneficios está comportando al consumidor.

En relación con las entidades financieras, la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero establece un sistema de protección de los consumidores de servicios financieros, al establecer en su capítulo V (Protección de clientes de servicios financieros), la designación de órganos adscritos a sus correspondientes entidades supervisoras, como son el Departamento de atención al cliente y Defensor del Cliente, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el Servicio de Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Inicialmente, esta Ley estableció también la creación de Comisionados para la defensa del cliente de servicios bancarios, cuya función consistía en atender las quejas de los usuarios de servicios financieros, cualquiera que sea su origen, así como en asesorarles sobre el alcance de sus derechos en esta materia. En caso de que el Comisionado aprecie indicios



de incumplimiento de las normas sobre transparencia y protección de la clientela, remitirá la reclamación al organismo supervisor competente.

Estos Comisionados a los que hacía referencia la Ley funcionaban según el principio de ventanilla única y eran designados entre profesionales de reconocido prestigio en el ámbito económico o financiero, con al menos 10 años de experiencia profesional, siendo nombrados por cinco años, sin posibilidad de renovación.

Sin embargo, mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Disposición Derogatoria y Disposición Final Undécima), se suprimieron estos Comisionados a fin de simplificar el procedimiento de reclamación.

La Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero obliga a que las entidades financieras dispongan de un Departamento de Atención al cliente, que deberá, con carácter previo, resolver las quejas o reclamaciones de los consumidores. Con carácter potestativo se dispone igualmente que las entidades podrán tener un Defensor del Cliente, que puede haber sido nombrado individualmente para una entidad o compartido con otras. El Defensor del Cliente debe ser una entidad o experto independiente de reconocido prestigio, y además sus resoluciones favorables a los clientes serán vinculantes para la entidad reclamada.

En caso de dudas o de requerimiento de mayor información, el consumidor debe acudir en primer lugar a su entidad financiera, si bien puede dirigir igualmente sus consultas a las asociaciones de consumidores y, en caso de reclamación, que le representen ante los bancos u organismos oficiales de supervisión.

En todo caso, es muy importante disponer de toda la documentación posible sobre el objeto de reclamación, puesto que deberá aportarse en apoyo de los argumentos del consumidor. Éste debe ser diligente, pues, en la custodia y requerimiento de toda la documentación sobre el servicio contratado, o, en su caso, solicitado a la entidad, incluso de los folletos publicitarios o de otro tipo de documentación sobre el objeto de la reclamación.

La conveniencia de acudir en primer lugar al intermediario, se explica porque en numerosas ocasiones no se trata de una actuación negligente o de infracción de nor-



mas sobre transparencia o protección de la clientela, sino de que el consumidor no ha recibido una información clara o suficiente al existir deficiencias de comunicación entre la entidad y el consumidor. Si la aclaración ofrecida por la entidad no resulta suficiente y el consumidor continúa considerando necesario reclamar, debemos distinguir según que la reclamación se dirija contra una entidad de crédito, o ante otro tipo de entidades.

En el caso de que la reclamación se dirija contra una entidad de crédito, la Ley obliga a estas entidades a disponer de un Defensor del Cliente, a quien hay que dirigirse en primera instancia, antes de acudir al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, como ya hemos indicado (<http://www.bde.es/servicio/reclama/reclama.htm>).

Esta reclamación es un requisito administrativo previo necesario antes de presentar la queja ante el órgano supervisor de estas entidades, el Banco de España.

En caso de no admitirse a trámite la queja por el Defensor del Cliente, rechazar nuestra pretensión o no contestar durante un plazo de dos meses, el cliente podrá dirigirse al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, presentando una reclamación por escrito, con la correcta identificación del reclamante, de la entidad contra la cual se reclama, el lugar, la fecha y la firma y una descripción clara de los hechos que motivan la reclamación, acompañando en su caso las justificaciones documentales con que cuenta el consumidor.

La reclamación debe dirigirse a: Servicio de Reclamaciones del Banco de España, C/ Alcalá, 48, 28014-MADRID, Tlf. 901 545 400 (de 8'30 a 17'00 horas) si bien podrá presentarse igualmente en cualquiera de las oficinas del Banco de España en territorio español. En la actualidad, el Banco de España, a través de su página web prevé la posibilidad de presentar la reclamación de forma telemática.

La reclamación deberá presentarse en todo caso por escrito, identificativo del reclamante y conteniendo una descripción clara y detallada del asunto objeto de la reclamación, acompañando copias de los documentos que puedan apoyar los argumentos del reclamante.

En el ámbito de la contratación bancaria, la resolución del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, estimará si la conducta de la entidad de crédito ha sido ajustada o no a la normativa sectorial y las buenas prácticas bancarias, pero no podrá declarar la nulidad de cláusula alguna, dado que ello está reservado a los tribunales.



Dado que el Servicio se encuentra inserto en la organización del órgano supervisor de estas entidades, del Banco de España, éste iniciará un expediente de sanción si estima que la conducta de la entidad es constitutiva de una conducta ilícita.

- Modelo de reclamación en materia de préstamos hipotecarios

En la actualidad, en la página web del Banco de España, apartado relativo al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, se aporta al consumidor un modelo de reclamación en blanco, que contiene ya todas las menciones necesarias para la tramitación de la misma, el cual puede descargarse en formato PDF en:

http://www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/form_reclamacion.pdf

y que adjuntamos como documento anexo a la presente guía (modelo reclamación Banco de España).

Se pretende, de este modo, incluso para los supuestos de tramitación física, simplificar el procedimiento y facilitar la redacción de las reclamaciones a los clientes bancarios.

Es importante, no obstante, destacar que el consumidor deberá acompañar a su reclamación toda la documentación que funde su postura de reclamación, de modo que sin duda ello constituirá la prueba de que la actuación de la entidad de crédito no ha sido correcta. De ahí la importancia de conservar el documento contractual y cualesquiera otros documentos, publicidad, etc., en los que base el consumidor su reclamación.

No obstante, el consumidor puede, en caso de pérdida, solicitar a la entidad una copia del documento contractual así como confirmación escrita (duplicados de extractos remitidos, etc.) necesarios a tal efecto. Además, podrá comprobar la corrección de los costes de su operación consultando las tarifas debidamente autorizadas por el Banco de España y que podrá localizar en la página web de este banco, realizando una búsqueda por entidades (indicando el nombre de la entidad bancaria con la que contrató).

Es importante igualmente fundar la reclamación del consumidor, aun cuando no es imprescindible, dado que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España analizará la concreta conducta de la entidad de crédito, estimando su actuación correcta o incorrecta, y ajustada o no a las normas sobre transparencia (entre ellas, fundamentalmente, la Circular 8/1990,



del Banco de España, que todo consumidor puede fácilmente consultar en la página web del Banco de España, en el apartado Normativa).

Con el objetivo de fundar la reclamación el consumidor puede atender a la resolución de reclamaciones previas planteadas por otros consumidores, que podrá consultar en las Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que pueden ser gratuitamente consultadas y descargadas en formato PDF desde la página web del Banco de España, apartado Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Mostramos a continuación, el fundamento de una reclamación planteada por una consumidora a quien sustrajeron su tarjeta de crédito e interpuso su reclamación ante la actuación de la entidad, que pretendía que asumiera los costes totales de la disposición, aún cuando la cliente fue totalmente diligente en la custodia de la tarjeta y del PIN, así como en la notificación a las autoridades policiales y a la entidad emisora de la tarjeta, del hecho de su sustracción.

Puede constituir un ejemplo de cómo fundar la reclamación respecto de este u otros hechos constitutivos de una actuación incorrecta por parte de la entidad de crédito.

“Una vez enunciados los hechos, desearía realizar las siguientes ALEGACIONES, que fundan mi derecho a negarme al pago de dichas disposiciones ilegítimamente realizadas con mi tarjeta:

1º) Que en todo caso fui diligente en la custodia de la tarjeta y, sobre todo, del PIN. En cuanto a la tarjeta, la llevaba conmigo en el bolso, habiendo sido sustraída la cartera donde la portaba, como es usual con este tipo de instrumentos de pago. Hasta tal punto soy diligente con estos instrumentos de pago que seguí escrupulosamente las instrucciones recibidas por el emisor de la tarjeta, anotando en lugar seguro su numeración y memorizando el PIN, de forma que me fue posible proporcionar el primero cuando me fue solicitado. Me consta que no es la forma habitual de proceder de los clientes, por lo que pienso que no cabe reproche alguno a mi proceder diligente.

2º) Que inmediatamente después de apreciar el robo de la cartera inicié las diligencias oportunas y, sobre todo, debidas, para conseguir el bloqueo de mi tarjeta, para evitar así disposiciones fraudulentas con la misma: llamada a los distintos teléfonos de cancelación de tarjetas que conocía y que me proporcionó la policía, distintas personaciones en la comisaría para ampliar la denuncia y pesquisas a título personal ante las trabas que encontré para la obtención de información y su ulterior traslado a la policía.



3º) Que el mismo día de la sustracción me fue confirmada la cancelación de la tarjeta y la inexistencia de movimientos, y al día siguiente, para mi sorpresa, me enteré de que no había sido así y de que los movimientos fraudulentamente efectuados alcanzaban la cantidad de 1.500 euros.

Las alegaciones anteriormente expuestas se encuentran fundadas en numerosas resoluciones de reclamaciones efectuadas por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que amparan mi derecho a no soportar la pérdida patrimonial derivada de las disposiciones efectuadas fraudulentamente con mi tarjeta:

1.- En primer lugar, el SRBE ha manifestado en numerosas ocasiones que en el supuesto de que las disposiciones fraudulentas se efectúen con posterioridad al aviso de sustracción, deben ser asumidas por la entidad bancaria, estimando una actuación contraria como no ajustada a las buenas prácticas bancarias (Reclamación nº 2709/00, contra Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, Memoria del SRBE correspondiente al año 2001, pág. 81).

Asimismo, aun cuando no hubiera sido posible el bloqueo telefónico, a pesar de la confirmación que se me realizó de cancelación de la tarjeta la tarde del día 17 de diciembre de 2006, el SRBE ha manifestado que este proceder debe ser censurado, ya que la entidad debe contar con medios para el bloqueo inmediato de la cuenta ante la denuncia del cliente de la sustracción de los medios de disposición de la misma (así, Reclamación nº 1196/98, contra Banco de Santander, Memoria del SRBE correspondiente al año 1998, pág. 92).

Y en el supuesto de que dichos mecanismos fallen, o que no se traslade la orden de cancelación a la entidad emisora de forma adecuada para evitar las disposiciones fraudulentas, es la opinión del SRBE que dichas incidencias administrativas, estos fallos de comunicación no pueden ser repercutidas al cliente, quien actuó correcta y suficientemente notificando la sustracción, que debió ser suficiente para el bloqueo de la cuenta (Reclamación nº 2034/96, contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura, y Reclamación nº 1726/97, contra BNP España, en Memoria del SRBE correspondiente al año 1997, pág. 90).

2.- En todo caso, aun cuando las disposiciones hubieran sido efectuadas antes del apercebimiento del cliente y de la notificación de la sustracción, la cláusula duodécima del Código de buena conducta del sector bancario europeo, relativo a los sistemas de pago mediante tarjeta, de 14 de noviembre de 1990, establece que el titular no soportará aquellas pérdi-



das que excedan de 150 ecus (entiéndase euros), salvo que hubiese actuado de forma fraudulenta, a sabiendas o con negligencia grave o no haya observado las cláusulas 6.a), b) y c) de este Código (las cláusulas mencionadas se refieren a las obligaciones a cargo del tenedor de la tarjeta de custodiar la misma, mantener en secreto el número clave de acceso a las operaciones y comunicar al emisor las incidencias que puedan producirse), y en el mismo sentido se manifiesta la Recomendación de 1997.

Además, está generalizada la práctica de introducir en el condicionado de los contratos de tarjetas bancarias estipulaciones que limiten la responsabilidad del titular en modo análogo al Código de buena conducta.

Sin embargo, en muchas ocasiones las entidades no atienden tales requerimientos de seguridad, en la medida que no aplican tales límites, alegando negligencia grave de sus clientes en la custodia de las tarjetas o de sus números de acceso secretos. Son las entidades las que deben justificar dichas circunstancias, a juicio del SRBE, y ello dejando aparte el hecho de que el Servicio considera que son los tribunales de justicia -no las entidades como parte interesada- los que deben analizar y dictaminar sobre el grado de diligencia empleada por los titulares de tarjetas en su utilización y custodia (así, entre tantas, Reclamaciones nº 147/00, 1235/00, 869/00, 1645/00, 899/00, 1839/99, 1213/00, 2210/99, así como las nº 880/00 y 905/00 contra Barclays Bank, Memoria del SRBE correspondiente al año 2000, pág. 84).

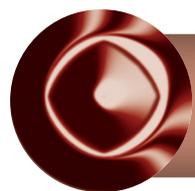
Por las razones alegadas, mantengo mi negativa a asumir el pago de la cantidad dispuesta fraudulentamente, por estimar que fui completamente diligente en la custodia del instrumento de pago y del PIN, así como a la hora de comunicar la sustracción y la orden de bloqueo de la tarjeta, habiéndome sido incluso confirmada el día de la sustracción la cancelación de la tarjeta y la inexistencia de disposiciones por personas no legitimadas.

Les ruego, por tanto, consideren las circunstancias de la disposición fraudulenta, mi actuación totalmente diligente e irreprochable en este punto, y la actuación poco seria y falta de rigor de la entidad, que me confirmó la cancelación y la inexistencia de disposiciones el mismo día de la sustracción, cuando en realidad la tarjeta no fue cancelada y las disposiciones se efectuaron por valor de 1500 euros, y resuelvan la reclamación en sentido favorable a mis intereses.

Atentamente,

Fdo. El consumidor”.





V. GLOSARIO

ACREEDOR HIPOTECARIO: Persona o entidad a quien se debe una cantidad de dinero, en este caso encontrándose el cumplimiento de la obligación de pago de la deuda garantizada por la constitución de un derecho real de hipoteca sobre un inmueble.

CRÉDITO HIPOTECARIO: Operación que comporta la puesta a disposición del cliente de una cantidad de dinero, durante un plazo y a un interés determinado. No existe una predeterminación de la finalidad del crédito. Será hipotecario cuando el cumplimiento de las obligaciones que de él nazcan para el deudor se encuentran garantizadas con hipoteca.

DEUDOR HIPOTECARIO: Persona que ha asumido la obligación de devolver una determinada cantidad de dinero con sus intereses, y que ha vinculado un bien inmueble de su propiedad o de un tercero (evidentemente con su consentimiento) al posible incumplimiento de sus obligaciones, en cuyo caso el inmueble será objeto de ejecución hipotecaria.

FIANZA: Garantía personal del pago de una obligación. Supone que la persona que afianza (fiador) se compromete al pago de esta obligación en caso de que el deudor principal no pague (fianza ordinaria) o indistintamente, sin necesidad de requerir al deudor principal para que pague (fianza solidaria).

HIPOTECA: Derecho real que grava un bien inmueble y que normalmente se utiliza para lograr la financiación necesaria para su compra (aunque también se pueden hipotecar bienes muebles). La hipoteca se inscribe en el Registro de la Propiedad.

ÍNDICE DE REFERENCIA: Indicador objetivo que permite determinar la variación que se produce dentro de un período de interés en el coste del préstamo hipotecario. El índice de referencia puede ser oficial o no oficial, pero siempre tendrá que ser objetivo. El índice de referencia oficial más usual es el euribor a 1 año.

PERÍODO DE CARENCIA: Período durante el cual el deudor hipotecario no ha de soportar el pago de capital (período de carencia parcial) o simplemente no paga nada (ni capital ni intereses) durante un determinado período de tiempo al inicio del plazo de amortización del préstamo (período de carencia total).

PERÍODO DE INTERÉS: Período de tiempo durante el cual el tipo de interés del préstamo no sufre variación.



PLAZO DE AMORTIZACIÓN: Plazo del cual goza el deudor hipotecario para pagar el préstamo y sus intereses.

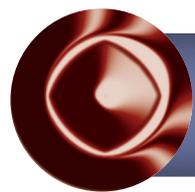
PRÉSTAMO HIPOTECARIO: Préstamo de dinero cuya devolución se encuentra garantizada con hipoteca.

REUNIFICACIÓN DE DEUDAS: Operación que pretende unificar la fuente del endeudamiento del consumidor, normalmente, un préstamo hipotecario nuevo o preexistente, con el objetivo de que el coste del crédito a corto plazo sea inferior y pueda aliviar la delicada situación del consumidor. No obstante, en el medio y largo plazo, el incremento de los costes del crédito es considerable, por lo que el consumidor debe conocer toda la información relativa a los mismos.

SUBASTA DE LA FINCA HIPOTECADA: Procedimiento de venta pública del bien hipotecado. Cuando se habla de REALIZACIÓN del bien nos referimos igualmente al procedimiento de venta pública del bien hipotecado.

TASACIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA: Cálculo del valor de un determinado bien. Por ejemplo, una vivienda se somete a tasación oficial por parte de un experto para conocer su valor real antes de contratar un préstamo hipotecario.





VI. EL CONSUMIDOR Y EL CONCURSO DE ACREEDORES



VI. EL CONSUMIDOR Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

1.- EL CONCURSO DE ACREEDORES. CONCEPTOS BÁSICOS



2.- EL CONSUMIDOR COMO ACREEDOR ANTE UN CONCURSO DE ACREEDORES



3.- EL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA NO COMERCIANTE



El objetivo de la segunda parte de esta guía es ofrecer información clara y sencilla sobre el procedimiento concursal aprobado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La Ley Concursal, complementada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal y modificada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 3 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, ha operado una profunda reforma de la obsoleta, dispersa y deficiente normativa concursal anteriormente vigente.

La Ley Concursal ha optado por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, de forma que el concurso de acreedores se aplica a todas las situaciones de insolvencia (provisional o definitiva, actual o inminente) y a todos los deudores (sean o no empresarios), sustituyendo los antiguos procedimientos de quiebra, suspensión de pagos y quita y espera.

Tras la definición de los conceptos básicos del procedimiento concursal, a modo de glosario (ap. I), se analizan algunas de las cuestiones de las que debe ser conocedor el consumidor para actuar en el supuesto de declaración de concurso de una entidad con la que haya contratado y de la que sea acreedor (ap. II).

En este punto se hace especial hincapié en la problemática que suscita la intervención de las asociaciones de consumidores y usuarios, en concursos en los que resultan afectados muchos consumidores, actuando en defensa de sus asociados (acreedores).

Para ello se analiza la praxis llevada a cabo en los últimos concursos en los que se han visto afectados numerosos consumidores y la jurisprudencia más importante sobre la materia.

En último lugar, se atiende a los presupuestos y consecuencias de una hipotética solicitud de concurso por parte de una persona física no comerciante, posibilidad contemplada por la Ley Concursal que está siendo bastante utilizada en estos tiempos de crisis económica. En este caso se analizan algunos de los supuestos en los que se ha declarado el concurso de personas físicas no comerciantes por parte de los Juzgados de lo Mercantil (ap. III).



1.- EL CONCURSO DE ACREEDORES. CONCEPTOS BÁSICOS

1. EL CONCURSO DE ACREEDORES

El concurso de acreedores puede definirse como un procedimiento judicial que tiene por finalidad esencial la satisfacción de una pluralidad de acreedores, en el supuesto de insolvencia de un deudor común, ya sea comerciante o no comerciante.

La doctrina lo define como *“un proceso judicial en el que confluye una pluralidad de intereses afectados por la crisis económica de un deudor que, teniendo una pluralidad de acreedores, se encuentra inmerso en una situación económica de insuficiencia patrimonial que no le permite cumplir sus obligaciones frente a todos los acreedores”*.

La Ley Concursal (en adelante LC) configura el concurso de acreedores como un procedimiento que persigue o protege no sólo el interés de los acreedores sino también la satisfacción de un interés público, cual es la estabilidad en el empleo y continuidad de las empresas. Por ello, la regla general es que la declaración de concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial del deudor (art.44 LC). Por la misma razón se fomenta la consecución de un convenio (acuerdo con los acreedores sobre la cuantía y momento en que se realizarán los pagos), en detrimento de la liquidación de sus bienes, que impedirá dicha continuidad empresarial.

Obviamente, la declaración del concurso por parte del Juez de lo Mercantil tiene importantes efectos tanto en la esfera personal como patrimonial del deudor, así como sobre los acreedores y los contratos suscritos entre ambos.

2. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO

Conforme a los artículos 1 y 2 LC, la declaración de concurso procede respecto de cualquier deudor, sea persona física o jurídica, que se encuentre en estado de insolvencia, por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Estos preceptos concretan los presupuestos subjetivo y objetivo necesarios para que se declare un concurso de acreedores.

El presupuesto objetivo viene referido a la situación o estado de insolvencia del deudor, definida como *“la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida que venzan y sean exigibles por los acreedores”*.



Si la solicitud de declaración de concurso la formula el deudor, conforme al artículo 2.3 LC, debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que puede ser *“actual o inminente”* (art. 2.3).

En cuanto al presupuesto subjetivo, el citado artículo 1.1. LC señala que la declaración de concurso procederá respecto de *“cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”*, ejerza o no actividad empresarial o profesional.

3. INSOLVENCIA ACTUAL

Como se ha dicho, el deudor debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia. El artículo 2.4 LC establece una serie de circunstancias reveladoras de la insolvencia:

1º) *Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones*. Es la causa más frecuente en el caso del concurso voluntario y debe valorarse en cada supuesto concreto. Debe tratarse de un sobreseimiento general, es decir, definitivo, no esporádico, aunque no sea total.

2º) La existencia de *embargos* por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. Ha de tratarse de embargo generalizado de bienes, es decir, que suponga una pluralidad de ejecuciones y embargos.

3º) *Alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de bienes*. El “alzamiento” requiere un acto consistente en la ocultación o desaparición de bienes o derechos que lesione total o parcialmente, aunque sea de forma potencial, el derecho de crédito de uno o varios acreedores a los que se ha pretendido defraudar con dicho acto. Para que exista “liquidación apresurada o ruinosa de bienes” es necesario que el deudor haya comenzado la liquidación de su patrimonio, y que ésta sea apresurada (realizada con especial prisa o rapidez) o ruinosa (con pérdida particularmente grave).

4º) *Incumplimiento generalizado de obligaciones significativas*, como la falta de pago de obligaciones tributarias (frente a Hacienda Pública, Comunidades Autónomas y Haciendas Locales); la falta de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso; y la falta de pago de salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de relaciones laborales, de las tres últimas mensualidades.



Si la solicitud la presenta el deudor, el juez dictará auto declarando el concurso si de la documentación resulta la existencia de algunos de estos hechos u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor (art. 14 LC).

4. INSOLVENCIA INMINENTE

Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor “*que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles*” (art. 2.3 LC). En la delimitación del contenido objetivo de la insolvencia inminente, ha de considerarse que se trata de una situación de futuro, de forma que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello vaya a acontecer, de forma que el incumplimiento de las obligaciones aún no debe de haberse producido, ya que en otro caso la insolvencia sería actual y no inminente.

Si la insolvencia es actual el deudor tiene la obligación de solicitar el concurso (art. 5 LC), mientras que si la insolvencia es inminente el deudor no tiene dicho deber legal.

5. CONCURSO VOLUNTARIO Y CONCURSO NECESARIO

El artículo 22 LC distingue entre concurso voluntario y necesario, siendo voluntario, como regla general, aquel en el que la primera de las solicitudes de concurso ha sido presentada por el deudor, y necesario en los demás casos.

El concurso es *necesario* cuando la primera solicitud es la presentada por cualquier legitimado distinto del deudor (art. 22.1 LC) y sólo puede ser declarado en el supuesto de insolvencia actual, es decir, cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, insolvencia que debe manifestarse (si no es instada por el propio deudor) por alguno de los hechos relacionados por el artículo 2.4 LC.

Por el contrario el concurso es *voluntario* si el primer solicitante es el deudor, que está obligado a solicitar su concurso en determinados plazos en caso de insolvencia actual (art. 5 LC). Dicha solicitud es facultativa, y corresponde únicamente al deudor, en el supuesto de insolvencia inminente, es decir, cuando éste prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 LC).



Por otro lado se dispone que el concurso solicitado por el deudor se considerará voluntario siempre que, si se hubiesen solicitado otros necesarios, la comunicación de negociaciones para llegar a una propuesta anticipada de convenio o la petición por el deudor sea la primera en el tiempo.

6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE EL CONCURSADO

6.1. Facultades de administración y disposición del concursado

Una vez declarado el concurso, el Juez de lo Mercantil debe decidir cual va a ser el régimen de disposición y administración de su patrimonio por parte del concursado. Se contemplan dos opciones:

a) La conservación de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, bajo la *intervención* de la administración concursal, que deberá autorizar o dar su conformidad a los actos que realice el concursado, que se aplica en el caso de concurso voluntario. El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el Juez del concurso y ante la administración judicial 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 incumben a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Estos deberes alcanzan también a los apoderados del deudor y a quienes lo hayan sido dentro de dicho período (art. 42 LC).

b) La *suspensión* del ejercicio de dichas facultades, que serán asumidas por la administración concursal, aplicable en el supuesto de concurso necesario. No obstante el Juez de lo Mercantil puede modificar dicho régimen y suspender las facultades patrimoniales del concursado en el caso de de concurso voluntario o someterlas a intervención en el caso de concurso necesario, siempre que motive el acuerdo y señale los riesgos y ventajas que el mismo supone (art. 40 LC). La única excepción la constituye el supuesto de apertura de la fase de liquidación, en cuyo caso siempre se suspenden las facultades de administración y disposición del concursado (art. 145 LC).

6.2. Efectos sobre derechos fundamentales del concursado

Una vez declarado el concurso, e incluso desde la admisión a trámite de su solicitud, de forma excepcional, y siempre que el juez del concurso motive adecuadamente su procedencia, idoneidad



y proporcionalidad, previa audiencia del Ministerio Fiscal, podrá adoptar en cualquier momento alguna o todas de las siguientes medidas:

- a) La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos ajenos al “interés del concurso”, siempre conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- b) El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si se incumple este deber o existen razones fundadas para temer que pueda incumplirlo, el juez podrá adoptar, como medida extrema, el arresto domiciliario.
- c) La entrada en el domicilio del deudor y su registro. Para ello es necesario que existan indicios racionales de existencia de documentación de interés para el procedimiento concursal. Si se trata de un persona jurídica, estas medidas pueden acordarse respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores (actuales o los que lo hayan sido en los dos años anteriores). La adopción de estas medidas puede realizarse de oficio o a instancias de cualquier interesado cuando ya se ha declarado el concurso e, incluso, a instancias del solicitante de concurso necesario que ha sido admitido a trámite.

Obviamente, tales decisiones judiciales podrán ser recurridas en apelación en el plazo de cinco días, sin efectos suspensivos, ante la correspondiente Audiencia Provincial. Todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

6.3. Efectos de la declaración de concurso sobre la actividad empresarial

De los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, debe destacarse el contenido en el artículo 44 LC, conforme al cual *“la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”*.

La norma pretende favorecer la continuidad de las empresas y contempla el cese empresarial o profesional como la excepción a dicha regla general. Con dicha finalidad, la Ley Concursal favorece el convenio con los acreedores, frente a la liquidación de los bienes del deudor, como solución al procedimiento, todo ello en beneficio de los acreedores, del concursado, de los trabajadores y de otros interesados.



7. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS ACREEDORES

El principal efecto en esta sede lo constituye la paralización de las acciones individuales ejercitadas por los acreedores contra el patrimonio del concursado, ya que éstos (sus créditos) se integrarán en la masa pasiva del concurso en virtud de uno de los principios informadores del procedimiento concursal, el denominado principio “*par conditio creditorum*” (*principio de igualdad de trato a los acreedores*). Es el caso de las acciones de carácter ejecutivo que quedarán en suspenso o no podrán iniciarse una vez declarado el concurso.

Por el contrario, no se paralizan las acciones declarativas de orden civil o social ya en tramitación, que continuarán hasta que sea firme la sentencia, ni las de naturaleza contencioso-administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor (arts. 50, 51, 52, 53 y 55 LC).

La ley trata de forma especial a las acciones de ejecución de garantías reales (hipoteca o prenda) ejercitadas normalmente por parte de entidades de crédito, sobre los bienes del concursado, que se paralizan temporalmente, durante el plazo de un año desde la declaración del concurso, mientras se alcanza una solución al concurso (convenio o liquidación), protegiendo de este modo a todos los intereses en juego.

Este régimen también se aplica a las acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo, a los que han sido objeto de arrendamiento financiero (leasing), siempre que los contratos estén inscritos en el correspondiente registro (Registro de venta a plazos de bienes muebles), y a las acciones resolutorias de venta de inmuebles por falta de pago del precio aplazado (arts. 56 y 57 LC).

Por su parte, el tratamiento de los créditos de los acreedores del concursado contempla las siguientes reglas:

- ✓ *Prohibición de compensación de las deudas y los créditos del concursado.* Esta prohibición sólo produce efectos cuando sus requisitos se han dado antes de la declaración del concurso (art. 58 LC).
- ✓ *Suspensión del devengo de intereses.* Ya sean legales o convencionales y con excepción de los intereses que correspondan a créditos garantizados con garantía real y a los créditos salariales reconocidos (art. 59 y 92.3 LC).



- ✓ *Interrupción de la prescripción de acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración del concurso* (art. 60.1 LC).

Sin embargo, la declaración del concurso no conlleva el vencimiento anticipado de los créditos aplazados, que sólo tendrá lugar con la apertura de la fase de liquidación (art. 146 LC)

8. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS

La Ley Concursal distingue varios supuestos:

- ✓ *Contratos ya cumplidos por una de las partes en el momento de declaración del concurso.* En el caso de contratos celebrados por el concursado en los que en el momento de declaración del concurso una de las partes (concurado o contraparte) ha cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra no, la ley establece que el crédito o la deuda que corresponda al deudor, deberá incluirse en la masa activa (si el concursado resulta acreedor) o en la masa pasiva (si el concursado resulta deudor) del concurso (art. 61.1 LC).
- ✓ *Contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas, pendientes de cumplimiento.* En esta materia el principio general es el de la *conservación del contrato*, que mantiene su vigencia, de manera que las prestaciones a las que esté obligado el concursado se realizarán *con cargo a la masa*, es decir, se clasificarán y realizarán como créditos contra la masa.

No obstante la ley permite que la administración concursal, en el caso de suspensión de las facultades patrimoniales del concursado, o éste mismo, en caso de intervención de las mismas, puedan solicitar la resolución del contrato si lo estiman conveniente para el “interés del concurso”. Si no hay acuerdo entre las partes, decidirá el Juez de lo Mercantil, que deberá acordar las restituciones e indemnizaciones que también deben satisfacerse *con cargo a la masa* (art. 61.2 LC).

De hecho, la norma deja bien claro que se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que otorguen a las partes la facultad de resolver el contrato o determinen su extinción por la sola declaración del concurso (sin perjuicio de algunas normas legales como pueden ser el artículo 1.732 Código Civil sobre extinción de mandato o el artículo 26 de la Ley sobre Contrato de Agencia).



- ✓ *Contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas, incumplidos con posterioridad a la declaración de concurso.* Como es natural en este caso, la ley permite ejercitar la facultad de resolución del contrato por la parte damnificada por el incumplimiento. Incluso extiende dicha posibilidad a los contratos de tracto sucesivo cuyo incumplimiento haya sido anterior a la declaración del concurso (art. 62.1 LC).

No obstante, a continuación, permite que el Juez de lo Mercantil acuerde que no procede la resolución del contrato, aunque exista causa de resolución, cuando resulte conveniente al *“interés del concurso”* (art. 62.3 LC).

Por último, la Ley Concursal se ocupa de los contratos de trabajo en los que el empleador es el concursado en el artículo 64. Cabe destacar que la competencia para conocer materias como la modificación sustancial de condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales corresponde al Juez de lo Mercantil que haya declarado el concurso.

La ley clasifica como *“crédito con privilegio general”* los créditos por salarios sin privilegio especial y las posibles indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en las cuantías establecidas en el artículo 91.1 LC.

9. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La Administración concursal es un órgano necesario del concurso que va a intervenir durante todo el procedimiento tras ser nombrado por el Juez de lo Mercantil.

Es un órgano colegiado compuesto por tres miembros excepto en el caso en que se siga un procedimiento abreviado, en el que la administración concursal es unipersonal.

En el primer caso estará integrada por los siguientes miembros: 1º) Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo; 2º) Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo; 3º) Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado (el Juez procederá a su nombramiento tan pronto como le conste la existencia de acreedores en quienes concurren esas condiciones (art. 27 LC).



El Juez de lo Mercantil debe comunicar el nombramiento a los designados haciéndoles saber que en el plazo de cinco días siguientes al recibo de la comunicación deberán comparecer ante este Juzgado y manifestar su aceptación o no del cargo.

Su recusación, si concurren determinadas causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición relacionadas en el artículo 28, se ocupa el artículo 33 LC, podrá instarse por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso (art. 33 LC).

Es importante resaltar que los administradores concursales están dotados de un régimen relativo a su retribución (mediante arancel) y a la diligencia exigible en el ejercicio del cargo, y que se someten a un régimen de responsabilidad similar al de los administradores de sociedades mercantiles (arts. 34 a 36 LC). Los administradores concursales tienen como funciones esenciales:

- Intervenir los actos realizados por el deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituirle cuando haya sido suspendido en su ejercicio (concurso necesario).
- Redactar el informe de la administración concursal, acompañado del inventario de la masa activa y el listado de acreedores. También deberá realizar una *“exposición motivada”* de la situación patrimonial del deudor.
- En su caso, informar las propuestas de convenio presentadas.

De todas estas actividades merece especial atención la emisión del informe de los administradores concursales, que debe realizarse en el plazo de dos meses desde su aceptación, plazo que podrá ser prorrogado por otro mes por el juez en casos complejos, como aquellos en los que resulten afectados múltiples acreedores.

A estos efectos debe destacarse que, tras su oportuna publicación en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado, cualquier interesado podrá impugnar la lista de acreedores y el inventario en el plazo de diez días desde la notificación de la presentación del informe de la administración concursal a través de los trámites del denominado incidente concursal (art. 96.3 LC).



10. LA JUNTA DE ACREEDORES

La junta de acreedores, compuesta por los acreedores incluidos en el texto definitivo de la lista elaborada por la administración concursal, ha perdido la importancia que tenía en la legislación anterior pues sólo debe constituirse en la fase de convenio cuando no se hay aprobado una propuesta anticipada de convenio mediante el sistema de adhesiones escritas o no se haya tramitado por escrito el convenio (ver más adelante el apartado *CONVENIO*).



No tienen derecho a voto en la junta los acreedores subordinados ni los que hubieran adquirido su crédito después de la declaración de concurso (salvo si se trata de una adquisición por título universal o por ejecución forzosa).

11. LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS

Los acreedores deben comunicar a 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 (BOE) del auto de declaración del concurso.

De hecho, el citado auto debe contener expresamente el llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo mencionado. Las reglas sobre comunicación de créditos se establecen en el artículo 85 LC.

12. LAS FASES Y SECCIONES DEL CONCURSO

El procedimiento concursal se desarrolla en dos fases, una *fase común*, que a su vez puede desembocar, bien en una *fase de convenio*, o bien en una *fase de liquidación*.

Como excepción a la regla general, no se abre la fase de convenio en los casos de aprobación de una propuesta anticipada de convenio, que se produce en la misma tramitación de la fase común.

La fase común se abre con el Auto de declaración de concurso, y comprende las actuaciones previstas en la ley (art. 21.2 LC), relativas a la declaración de concurso, a la administración concursal, a los electos de la declaración de concurso, y al informe de la administración concursal y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso.



La fase común finaliza dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hayan presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en secretaría del juzgado los textos definitivos de dichos documentos (art. 98 LC). El juez, dictará auto poniendo fin a la fase común, y decretando la apertura de la fase de convenio (art. 11 LC) o de la fase de liquidación (art. 142.2 LC), según proceda, y con apertura en ambos casos de la Sección Quinta.

No obstante, debe tenerse en cuenta, que hay ocasiones en que a pesar de haberse iniciado la fase de convenio, procederá la apertura de la fase de liquidación, en los casos en que no se presente propuesta de convenio, o no sea admitida ninguna, o no se acepte por la Junta de Acreedores, o se rechace el convenio por resolución judicial firme, o se declare judicialmente la nulidad del convenio o el incumplimiento del mismo (art. 143 LC), y en los casos en que el deudor conozca la imposibilidad de cumplir lo comprometido (art. 142.3 LC).

Secciones:

Hemos visto que en el auto de declaración del concurso se ordena la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta. Y es que el procedimiento concursal se divide en seis secciones (art. 183 LC):

1ª) *Sección Primera. Declaración del concurso, medidas cautelares y resolución de la fase común, que comprende todo lo relativo a “la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso”*

2ª) *Sección Segunda. Administración concursal, relativa a “la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales”.*

3ª) *Sección Tercera. Determinación de la masa activa, pago a acreedores y deudas de la masa, sobre “determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes y derechos y derechos que integran la masa activa, el pago de acreedores y a la deudas de la masa”.*



4ª) *Sección Cuarta. Determinación de la masa pasiva*, atinente a “*la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos*”. También se incluirán en pieza separada “*los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado*”.

5ª) *Sección Quinta. Convenio o liquidación*, que comprenderá “*lo relativo al convenio o, en su caso, a la liquidación*”.

6ª) *Sección Sexta. Calificación del concurso*, sobre “*lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos*”.

13. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA. Las acciones rescisorias o de reintegración

La masa activa se integra por el inventario de los bienes integrantes del patrimonio del deudor (art. 76 LC). La misma debe administrarse de la forma “*más conveniente para los intereses del concurso*”, sin que quepa enajenar o gravar ningún bien antes de aprobación judicial convenio o apertura de liquidación (art. 43.1 y 2 LC). La única excepción opera con los actos de disposición propios de la actividad empresarial o profesional (art. 44 LC).

En cuanto a los bienes que van a integrar dicha masa activa debe tenerse en cuenta que la Ley Concursal contempla una serie de acciones de separación para distraer de la masa activa los bienes que no sean propiedad del concursado (arts. 80 y 76.3 LC), y que ha de atenderse al régimen de los bienes conyugales en el caso de que el concursado sea una persona casada en régimen de gananciales (art. 77 LC). Para el supuesto de separación de bienes, se establece la denominada *presunción muciana* (art. 78 LC).

En la formación definitiva de la masa activa son trascendentales las llamadas acciones rescisorias o de reintegración, reguladas en el artículo 71 LC. Se trata de acciones encaminadas a rescindir actos *perjudiciales para la masa* realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin que sea necesario que haya existido intención fraudulenta.

Su régimen jurídico es el siguiente:

- ✓ No pueden ejercitarse en relación a los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en “condiciones normales” (art. 71.5 LC).



- ✓ Se establecen presunciones “iure et de iure” (que no admiten prueba en contrario) de perjuicio patrimonial en supuestos como los actos de disposición a título gratuito o pagos o extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración del concurso (art. 71.2 LC).
- ✓ Se establecen presunciones “iuris tantum” (que admiten prueba en contrario) como las disposiciones a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado o la superposición de garantías (art. 71.3 LC).



En el supuesto en que el juez del concurso, mediante sentencia, estime la acción, declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones, o en su caso a entregar el valor de los bienes o derechos objeto del mismo (art. 73 LC).

14. MASA PASIVA. La clasificación de los créditos

La masa pasiva la constituyen los créditos contra el deudor concursado, en definitiva viene a resultar el listado de acreedores del deudor. El procedimiento para su determinación es el siguiente:

Tras la oportuna comunicación de créditos por parte de los acreedores conforme a lo dispuesto en el artículo 85 LC, la administración concursal debe determinar la inclusión o exclusión de los mismos en la masa pasiva, reconociéndolos y clasificándolos.

Pero la administración concursal también debe considerar otros créditos que resulten de los libros de comercio o documentación del concursado e incluir necesariamente los créditos reconocidos por laudo o sentencia, por certificación administrativa, asegurados con garantía real inscrita y créditos de trabajadores que resulten de los libros o documentos del deudor o consten en la documentación del concurso. La ley establece normas especiales para los créditos sometidos a condición resolutoria, que se reconocerán como condicionales (art. 87.1 LC).

15. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES

La Ley Concursal distingue entre:



- 1º) Créditos privilegiados (con privilegio especial o privilegio general).
- 2º) Créditos ordinarios.
- 3º) Créditos subordinados.

En esta materia ha de destacarse la existencia de “*créditos contra la masa*” enumerados en el artículo 84 LC, distintos a los “*créditos concursales*”, que están sometidos al *principio de preeducibilidad* (art. 154 LC). También adquieren sustantividad propia los denominados créditos “*contingentes*”, sujetos a condición suspensiva.

15.1. Créditos privilegiados

Los créditos privilegiados se clasifican en dos categorías: *créditos con privilegio especial*, que son los que afectan a determinados bienes o derechos, o *créditos con privilegio general*, que son aquellos que afectan a la totalidad del patrimonio del concursado.

a) Créditos con privilegio especial, con cargo a bienes y derechos afectos a garantías reales.

El pago de estos créditos se hará con cargo a los bienes o derechos afectos (por ejemplo, mediante hipoteca o prenda), ya sea a través de ejecución separada o colectiva (art. 155.1 LC).

No obstante la administración puede comunicar a los titulares que opta por atender su pago con cargo a la masa, lo que evitará la ejecución de los bienes afectos (mientras no transcurran los plazos dispuestos por el artículo 56.1 LC o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración del concurso).

También se contempla la posibilidad de autorizar la venta de los bienes afectos con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor concursado, que quedará excluida de la masa pasiva (art. 155.3 LC).

La realización de los bienes se realizará en subasta salvo que tras solicitud de la administración concursal, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo pactado, con pago al contado (art. 155.4 LC).



b) Créditos con privilegio general.

Una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa, se atenderá al pago de los créditos con privilegio general con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial (o a su remanente), por el orden que se relacionan en el artículo 91 LC y, en caso de ser necesario, a prorrata dentro de cada ordinal (art. 89.2 LC).

Entre los créditos con privilegio se encuentran los siguientes:

- ✓ Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial en determinada cuantía, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos en determinada cuantía, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso;
- ✓ Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal;
- ✓ Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso;
- ✓ Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial, ni del privilegio general citado más arriba (hasta el cincuenta por ciento de su importe), y daños personales no asegurados,
- ✓ Los créditos por responsabilidad civil extracontractual; y
- ✓ Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe.

15.2. Créditos ordinarios

Son créditos ordinarios aquellos que no sean privilegiados ni subordinados. Su pago se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados (excepcionalmente podrá autorizarse su realización con antelación cuando el juez estime suficientemente cubierto el pago de los créditos citados) (art. 89.3 LC).



Serán satisfechos a prorrata y en función de la liquidez de la masa activa. La administración concursal podrá disponer de entregas de cuotas de importe no superior al cinco por ciento el nominal de cada crédito (art. 157 LC).

15.3. Créditos subordinados

Los créditos subordinados serán los últimos en pagarse, en su caso, después de haber quedado íntegramente satisfecho los créditos ordinarios (art. 158 LC). Su pago se realizará en el siguiente orden y, en caso de necesidad, a prorrata dentro de cada categoría o número, conforme a lo dispuesto en el artículo 92 LC:

- 1º) Créditos comunicados tardíamente;
- 2º) Créditos subordinados por pacto contractual;
- 3º) Créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía;
- 4º) Créditos por multas y demás sanciones pecuniarias;
- 5º) Créditos titularidad de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor;
- 6º) Créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado;
- 7º) Créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61, 62, 68 y 69 LC) cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

Hay que destacar la referencia a los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93 LC), a los que califica de subordinados. La norma exceptúa los créditos por salarios que no tengan privilegio especial cuando el concursado sea persona natural. A la fianza prestada por persona especialmente relacionada con el deudor se le aplica el artículo 87. 6 LC.

15.4. Créditos contingentes

La Ley Concursal considera como créditos contingentes a los sujetos a condición suspensiva y a los litigiosos, que se reconocerán sin cuantía propia. También se consideran contingentes los créditos que no puedan ser hechos efectivos con-



tra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor, mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión, confirmándose, en tal caso, el reconocimiento del crédito en el concurso por el saldo subsistente (art. 87. 5 LC).

Sus titulares tendrán suspendidos sus derechos de adhesión, voto y cobro, aunque una vez reconocidos éstos en sentencia (firme o susceptible de ejecución), ostentarán la titularidad que corresponda a su cuantía y calificación (art. 87.3 LC).

Si el juez del concurso estima probable la confirmación del crédito contingente puede adoptar, a petición de parte, las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que estime oportunas (art. 87.4 LC).

16. CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Forman parte de la masa pasiva los créditos contra el concursado que no se consideren como créditos contra la masa.

Estos créditos, por tanto, no son créditos concursales pero son los primeros que se realizarán conforme al principio de *prededucibilidad*. Es decir, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer estos créditos antes de proceder al pago de los créditos concursales (excepto aquellos con privilegio especial).

Se satisfarán a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. De hecho algunos de ellos (los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores al concurso) se pagarán de forma inmediata.



No obstante, no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso.

En caso de resultar insuficientes los bienes y derechos de la masa, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos.

Se consideran como créditos contra la masa los enumerados en el artículo 84.2 LC:



- 1º) Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional;
- 2º) Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas;
- 3º) Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos;
- 4º) Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el Juez de Primera Instancia;
- 5º) Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso;
- 6º) Los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado;
- 7º) Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado;



- 8º) Los que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el titular de este crédito; 9º) Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención;
- 10º) Los que resulten de obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso;
- 11º) Cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración.

17. SOLUCIONES AL CONCURSO

Las soluciones al concurso de acreedores son dos: el convenio o la liquidación.

17.1. El convenio

La Ley Concursal contempla el convenio como forma normal de terminación del concurso. Se trata de un convenio de mayorías (de acreedores) sometido a control judicial y se regula en los artículos 98 a 141 LC.

Pero se contemplan dos tipos de convenio: el presentado anticipadamente y el convenio ordinario, negociado una vez concluida la fase común del concurso. La última reforma de la Ley Concursal ha modificado el régimen de la propuesta de convenio anticipado y ha regulado la posible tramitación escrita de las propuestas de convenio ordinario.

17.1.1. Propuesta anticipada de convenio

La Ley contempla la posibilidad de una propuesta anticipada de convenio ante el juez del concurso. Puede presentarla el deudor que no haya solicitado liquidación y no esté afectado por las prohibiciones legales, *desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos.*

Téngase en cuenta que el plazo de dos meses para que el deudor solicite el concurso se amplía a tres meses si se han iniciado negociaciones con los acreedores para obtener un convenio anticipado y se ha puesto en conocimiento del Juez de lo Mercantil. Transcurridos los tres meses, si no se ha logrado un acuerdo, el deudor goza de un mes más para la solicitud del concurso.



La propuesta debe ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase 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, basta con que las adhesiones alcancen la décima parte del pasivo (art. 106.1 LC).

El Juez resolverá sobre su admisión a trámite en el auto de declaración de concurso voluntario, en su caso, o en los tres días siguientes al de su presentación.

Una vez admitida, la propuesta deberá ser evaluada por la administración concursal, atendiendo al plan de pago y de viabilidad en el plazo de diez días. Si la evaluación es favorable se unirá al informe de la administración y en caso contrario se presentará en el plazo más breve (art. 107 LC). Si la propuesta contempla contar con los recursos que genere la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, en cuyo caso ésta deberá ir acompañada de un plan de viabilidad, la ley permite que el juez autorice motivadamente la superación de los límites de la quita o espera previstos.

Para la aprobación judicial del convenio se sigue el citado sistema de adhesiones, cuya mayoría verificará el juez, proclamando el resultado por providencia. En otro caso, abrirá la fase de convenio o liquidación. Posteriormente, transcurrido el plazo de cinco días para oponerse a la aprobación del convenio, sin que ésta se haya planteado, el juez dictará sentencia aprobatoria que pondrá fin a la fase común. Dicha sentencia debe comunicarse al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento y publicarse oportunamente.

Por último, en el caso en que no se apruebe el convenio, se dispone que el deudor tiene que manifestar si mantiene dicha propuesta para su sometimiento a la junta de acreedores o si desea solicitar la liquidación.

17.1.2. Convenio ordinario. Se establecen las siguientes reglas:

a) Apertura y posible tramitación escrita. El Juez de lo Mercantil dictará auto poniendo fin a la fase común en los quince días siguientes a la expiración del plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta cuando el concursado no haya solicitado la liquidación y no haya sido aprobada propuesta anticipada.



En dicho auto se ordenará convocar a la junta de acreedores y se fijará lugar, día y hora de la reunión (art. 111 LC). No obstante, cuando el número de acreedores exceda de 300 el auto podrá acordar la tramitación escrita del convenio, fijando la fecha límite para presentar adhesiones o votos en contra, en la forma prevista en la ley (arts. 103 y 115.bis, sobre tramitación escrita del convenio).

b) Legitimación para presentar propuestas de convenio. Pueden presentar propuestas de convenio los acreedores que superen la quinta parte del pasivo o el propio deudor.

c) Contenido del convenio. De esta materia se ocupa el artículo 100 LC, que contempla proposiciones de quita y/o espera, o ambas. Será posible presentar proposiciones alternativas en los términos del artículo 100. 2 LC. Los límites al contenido del convenio se establecen en los artículos 100 y 101 LC, que han sido modificados en la reforma operada en marzo de 2009.

En el caso de créditos ordinarios las proposiciones de quita no pueden superar la mitad del importe de cada uno de ellos y las de espera no podrán exceder de cinco años desde la firmeza de la resolución judicial que aprueba el convenio. La ley permite que excepcionalmente, en el caso de empresas de *“gran trascendencia para la economía”*, el juez autorice la superación de tales límites.

La propuesta puede contener proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases (incluida la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o créditos participativos).

La ley también permite que se incluyan proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o de determinadas unidades productivas, a favor de una persona natural o jurídica determinada, que tendrá que comprometerse a la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas afectadas y al pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta. Junto a la propuesta deberá acompañarse un plan de pagos y, en su caso, un plan de viabilidad.

d) Celebración de la junta de acreedores. El siguiente paso es la celebración de la junta de acreedores (art. 116.4 LC) o, en su caso, la tramitación escrita del convenio.



En este punto ha de advertirse que están privados de voto los créditos subordinados y los adquiridos tras la declaración del concurso (art. 122 LC). Por el contrario, tienen una situación especial los acreedores privilegiados, que ostentan un derecho de abstención (art. 122.2 y 123.2 LC) y que, si no votan, no quedan sometidos al convenio.

Para aprobar el convenio es necesario alcanzar la mayoría de la mitad del pasivo ordinario. No obstante, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra, 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 (art. 124 LC).

e) Aprobación judicial del convenio. Una vez cumplidos los trámites anteriores, será necesaria la aprobación judicial del convenio. A dicha aprobación es posible oponerse en el plazo de diez días desde el siguiente al que el juez haya verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal (en el caso de propuesta anticipada o tramitación escrita) o desde la fecha de conclusión de la junta, siempre que se haya producido una infracción de las normas legales sobre contenido del convenio, forma y contenido de las adhesiones, reglas sobre tramitación escrita, constitución de la junta o su celebración (art. 128 LC).

La oposición deberá tramitarse mediante incidente concursal y se resolverá por sentencia que aprobará o no el convenio, sin posibilidad de modificarlo. Contra dicha decisión cabe recurso de apelación (art. 129 LC).

f) Condiciones de cumplimiento y conclusión del convenio. El deudor tiene la obligación de informar, semestralmente, acerca de su cumplimiento y podrá pedir, tras la presentación del correspondiente informe, la declaración judicial o de cumplimiento mediante auto. Así mismo, cualquier acreedor que lo considere incumplido podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento, mediante un incidente concursal, acción que caducará en el plazo de dos meses desde la publicación de dicho auto. Si se declara tal incumplimiento el convenio se entenderá rescindido.

Transcurrido dicho plazo o rechazadas las posibles acciones de declaración de incumplimiento, el juez dictará auto de conclusión del concurso, al que se dará la oportuna publicidad.



17.2. Liquidación del patrimonio del concursado

La ley dispone que la liquidación es siempre una solución *subsidiaria* a la que se acudirá cuando no se alcance un convenio. Supone la liquidación del patrimonio del concursado y el pago a los acreedores en la proporción que les corresponda, en su caso. La fase de liquidación puede abrirse tras la solicitud del deudor, de oficio o a instancia de un acreedor (arts. 142 y 143 LC).

a) Solicitud de liquidación. La liquidación puede solicitarse por el propio deudor con la propia solicitud de concurso voluntario, hasta la terminación del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (si no hubieran presentado impugnaciones o la fecha de presentación de las mismas, siempre que no se hubiera presentado propuesta de convenio o de haber presentado una anticipada, su tramitación se hubiera denegado), o si no se mantuviese la propuesta anticipada de convenio; o en los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio (art. 113.1 LC), salvo que el deudor hubiera presentado una suya.

En tal supuesto, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común y abrirá la fase de liquidación. En todo caso, el deudor está obligado a solicitarla si conoce la imposibilidad de cumplir con pagos comprometidos. En su defecto, puede solicitarse por cualquier acreedor (art. 142.4 LC). La liquidación también puede solicitarse de oficio cuando no haya presentado propuestas de convenio, cuando no se haya aceptado en la junta de acreedores, o en la tramitación escrita del convenio, ninguna propuesta de convenio, cuando se rechace judicialmente el convenio aceptado, cuando se declare la nulidad del mismo o se declare judicialmente su incumplimiento.

b) Del *plan de liquidación anticipada*, que puede evitar la depreciación de los bienes o activos si el concurso se prolonga, se ocupa el artículo 142. bis LC, que permite al deudor presentar una propuesta anticipada de liquidación hasta los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal. La propuesta deberá ser valorada por la administración concursal, que puede presentar propuesta de modificación. El Juez resolverá mediante auto rechazar o aprobar la propuesta original o modificada. En este último caso, dicho auto acordará la apertura de la fase de liquidación.

c) Efectos de la liquidación y operaciones de liquidación. Una vez abierta la fase de liquidación, el auto de apertura contemplará la suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado. Es más, si el deudor es persona natural, se extinguirá el derecho de alimentos con cargo a la masa activa. Si es persona jurídica, se declarará la disolución



de la sociedad y el cese de los administradores o liquidadores (art. 145 LC). La liquidación también acarreará el vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de créditos no dinerarios.

En cuanto a las operaciones de liquidación, la administración concursal debe presentar un plan liquidación de la masa activa en el plazo de 15 días siguientes al de la notificación de la resolución de apertura, plazo que es susceptible de prórroga en el supuesto de complejidad del concurso. Al mismo se podrán presentar observaciones por los acreedores en otro plazo de quince días.

También en este caso, el legislador sigue intentando favorecer la continuidad de las empresas, recogiendo entre las reglas legales supletorias, la enajenación como un todo del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor, salvo que el juez, previo informe de la administración concursal, estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división y realización aislada (art. 149 LC).

En el caso de liquidación es la administración concursal, que no debe prolongar sus actividades y que puede ser separada en caso contrario, la que debe informar trimestralmente sobre las operaciones realizadas. En todo caso, transcurrido un año de desde la apertura, cualquier interesado puede interesar su separación y el nombramiento de nuevos administradores concursales (153.1 LC).

Por último, como ya se ha visto, la Ley Concursal regula el pago a los acreedores en los artículos 154 y siguientes (créditos contra la masa, créditos privilegiados, créditos ordinarios y créditos subordinados).

18. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO. El concurso culpable y el concurso fortuito

La sección de calificación tiene por objeto la declaración del concurso como fortuito o culpable. En el caso en que se declare culpable, la sentencia debe identificar a las personas afectadas por la calificación y, en su caso, a los cómplices, y pronunciarse sobre los efectos personales y patrimoniales previstos en el artículo 172, 2º y 3º de la LC.

La Ley Concursal sólo señala cuándo el concurso es culpable, por lo que, por exclusión, deberá calificarse como fortuito el concurso que no sea culpable.



El concurso se calificará de 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 hecho o de derecho*” (art. 164.1 LC).

La Ley Concursal establece una serie de presunciones que no admiten prueba en contrario (*iure et de iure*) en el artículo 164.2 y otras presunciones que sí admiten prueba en contrario (*iuris tantum*) en el artículo 165.

19. LOS RECURSOS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. El incidente concursal

La Ley Concursal establece un singular sistema de recursos contra las decisiones judiciales.

Contra el auto de declaración del concurso podrá interponerse, por quien acredite interés legítimo, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial competente, que no tendrá el carácter de suspensivo.

El recurso debe prepararse por medio de escrito que se presentará ante el Juzgado que ha declarado en el plazo de cinco días, contados desde el día siguiente a su notificación a los personados y desde la última publicación del anuncio para el resto de legitimados.

Contra el resto de pronunciamientos del auto de declaración cabe interponer recurso de reposición mediante escrito dirigido al Juzgado en cuestión en el plazo de cinco días, computados como se ha indicado más arriba.

La consideración de apelación más próxima a los efectos de reproducir las cuestiones planteadas en recursos de reposición o incidentes concursales, se circunscribe a la resolución judicial que pone fin a la fase común (art. 98.2 LC). Pero la institución procesal más importante en el procedimiento concursal es el denominado incidente concursal.

El incidente concursal es un proceso declarativo especial, con sustantividad propia, que se sustancia ante el Juez del concurso. Su ámbito de aplicación se circunscribe a “*todas las cuestiones que se susciten en el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal*” (art. 192 LC). Es decir, su objetivo



es la resolución de cualquier tipo de incidencia o cuestión sustantiva que pueda surgir durante la tramitación del concurso de acreedores, y para cuya resolución la Ley Concursal no prevea otra alternativa o posibilidad.

Mediante este cauce procesal se tramitan no solo las cuestiones que dimanen del procedimiento concursal, por estar relacionadas con el objeto del mismo sino también los juicios declarativos de los que deba conocer el Juez del concurso (art. 50.1 LC) y la posible acumulación de juicios declarativos pendientes (art. 51.1. LC), supuestos ajenos al proceso concursal, pero que por disposición de la Ley Concursal se tramitarán a través del incidente concursal.

En cuanto a las partes intervinientes en el incidente concursal (art. 193 LC), la Ley Concursal dispone que se consideran *partes demandadas* aquellas contra las que se dirija la demanda (“y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora”).

Por otro lado, puede intervenir en el incidente, “con plena autonomía”, cualquier persona comparecida en forma en el concurso, *coadyuvando* con la parte que lo haya promovido o con la contraria.



2.- EL CONSUMIDOR COMO ACREEDOR ANTE UN CONCURSO DE ACREEDORES

Una vez conocidos los conceptos básicos del procedimiento concursal, podemos atender a algunas cuestiones que debe conocer el consumidor que se vea afectado por la insolvencia de una entidad con lo que haya contratado y de la que resulte acreedor.

Debe advertirse que la Ley Concursal no contempla adecuadamente normas aplicables a los concursos en los que hay un gran número de afectados. La reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009 ha introducido la posibilidad de tramitar el convenio mediante un procedimiento escrito, pero esta medida no resulta suficiente para resolver todos los problemas que plantea este tipo de “grandes” concursos. La Ley Concursal tampoco clarifica cuál puede ser la intervención por parte de asociaciones de consumidores y usuarios en defensa de sus asociados.

1.- CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE LA SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR ACREEDOR DEL CONCURSADO

• ¿Puede el acreedor solicitar el concurso de una empresa?

Sí. La Ley Concursal contempla el llamado “concurso necesario”, que es aquel en el que la solicitud del concurso la presenta un acreedor fundándose en un embargo infructuoso, en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del empresario o en el incumplimiento generalizado de algunos pagos (ver Apartados 3 y 4).

Para ello el acreedor deberá expresar en su solicitud el origen, la naturaleza, el importe, las fechas de adquisición y vencimiento y la situación actual del crédito en que basa la misma, acompañando documentos acreditativos.

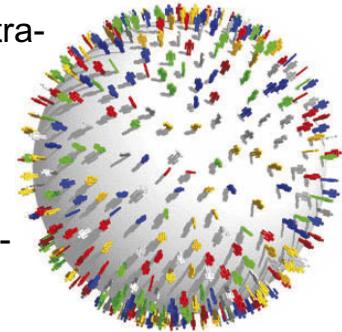
Como ejemplo puede citarse el Auto de 11 de enero de 2007 del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, que declaró el concurso necesario de la compañía “Air Madrid” de conformidad con el artículo 22 de la Ley Concursal.

En este caso Dña. A. y D. F. presentaron el 19 de diciembre de 2006 solicitud de concurso necesario de la entidad “Air Madrid Líneas Aereas, S.A.”, fundada en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones de la compañía, que suspendió su actividad el 15 de diciembre de 2006 desatendiendo los compromisos adquiridos con sus clientes. Los solicitantes invocaron como título de crédito los derechos económicos derivados de la cancelación anticipada del



vuelo para el que adquirieron, el 2 de marzo de 2006, cuatro reservas *on line* de billetes de avión a través de la página web de la aerolínea, por las que abonaron un total de 2.852,32 euros.

La entidad deudora formuló escrito de oposición en el que negó la legitimación de los instantes como acreedores al afirmar que éstos manifiestan ser titulares de un supuesto crédito nacido de la decisión de resolver unilateralmente el contrato de transporte con la deudora antes de que ésta incumpliera ninguna de sus obligaciones, pues presentaron su solicitud con anterioridad al día de inicio del viaje.



En la resolución, por tanto, se discutió si puede solicitar la declaración de concurso cualquier acreedor o sólo aquellos que ostenten un crédito dinerario vencido y exigible. Para el Juzgado de lo Mercantil la amplitud de los términos del artículo 3 LC impide restringir la legitimación a los acreedores en quienes concurren determinados requisitos respecto del contenido de la prestación a la que tengan derecho a su vencimiento, pues el precepto atribuye la legitimación “a cualquiera de los acreedores” sin limitación ni distinción alguna. Es más, se reconoce el interés del acreedor por crédito no vencido para instar el concurso del deudor común “*en aras a salvaguardar el principio de comunidad de pérdidas e igualdad de trato entre los acreedores sin que unos puedan ver satisfechos sus créditos en perjuicio de otros*”.

En cuanto a la concurrencia del presupuesto objetivo, es decir, la insolvencia exigida por el artículo 2 de la Ley Concursal, el Juzgado reitera que no cabe limitar el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones a aquellas que consistan en una prestación dineraria y concluye que desde el momento en que la compañía decide suspender su actividad el 15 de diciembre se produce dicho sobreseimiento general en el pago corriente de obligaciones, consistentes en su obligación de transportar a los viajeros de manera general.

Sobre el caso puede consultarse:

<http://administracionconcurzal.airmadrid.com>

• **¿Qué facultades patrimoniales tendrá el deudor declarado en concurso?**

El artículo 40 de la Ley Concursal relaciona el concurso necesario con el régimen de suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, según el cual éstas serán ejercidas por los admi-



nistradores concursales. En cambio, si se declara el concurso voluntario, en principio el deudor conserva dichas facultades y queda sometido a la intervención de los administradores mediante su autorización o conformidad.

Sin embargo el juez del concurso tiene amplias facultades para adaptar o modificar dicho régimen y podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la simple intervención en caso de concurso necesario, siempre que motive el acuerdo y señale los riesgos que se pretende evitar y las ventajas que se quieren obtener (art. 40.3 LC).

• **¿Cuándo, cómo y a quién debe comunicar el acreedor la existencia de su crédito?**

Tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, el acreedor debe comunicar la existencia de su crédito a la administración concursal en el plazo de un mes a contar desde la publicación del auto de declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado (art. 25.1 LC).

La comunicación debe formularse mediante escrito firmado por el acreedor, cualquier otro interesado en el crédito *o por quien acredite representación suficiente de los mismos* y ha de presentarse en el juzgado competente (art. 85.2 LC).

El contenido del escrito es el siguiente: debe contener el nombre, domicilio y demás datos que identifiquen al acreedor, así como también los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda.

El escrito de comunicación debe acompañarse de los originales (o copias autenticadas) del título o documentos relativos al crédito y escrituras de poder. Si los originales de los títulos o documentos han sido aportados o constan en otro procedimiento judicial o administrativo, pueden acompañarse copias no autenticadas de los mismos siempre que se justifique la solicitud efectuada ante el juzgado u organismo correspondiente para la obtención de testimonio o la devolución de originales.

Una vez comunicado el crédito, será la administración concursal la que incluirá o excluirá en la lista de acreedores, los créditos puestos de manifiesto o insinuados por los acreedores.



Cualquier cuestión que se suscite en relación al reconocimiento de créditos debe ser dirimida a través del llamado incidente concursal.

• **¿Qué tipo de publicidad se da al concurso de acreedores?**

La Ley Concursal contempla determinados mecanismos de publicidad de la declaración del concurso, cuyo régimen jurídico ha sido modificado por el Real Decreto-Ley de 3/2009, de 27 de marzo con la finalidad de agilizar y abaratar los costes de la tramitación del concurso.

Entre otras medidas, se sustituye la publicación en periódicos privados por otra gratuita en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal. El denominado Registro de Resoluciones Concursales constituye el sistema de publicidad legal en Internet de situaciones concursales previsto en el artículo 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que desarrolla su reglamento aprobado por el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio.

Al registro, dependientes del Ministerio de Justicia, puede accederse por internet, a través de la siguiente página web

<http://www.publicidadconcursal.es/>

Téngase en cuenta también que la modificación ha implicado la de otros preceptos en los que se establecen que los plazos para llevar a cabo algunas actuaciones se computan desde dicha publicación en el BOE y en el Registro Público Concursal (v.g. art. 20.4, art. 12.1. art. 21.5).

También se han modificado las normas sobre publicidad de cambios del régimen de facultades patrimoniales del deudor (art. 40.4), las de cumplimiento del convenio (art. 140.1), las de publicidad del informe de la administración concursal (art. 95.2) y las de personación en la pieza de calificación (art. 175.2).

En todo caso es obvio que los acreedores deberán estar muy pendientes del Registro Público Concursal:

1) *Publicidad de la declaración del concurso y de otras notificaciones, comunicaciones o trámites del procedimiento*. A la declaración del concurso debe dársele la publicidad obligatoria establecida en el artículo 23. 1 de la Ley Concursal



- Se realizará *preferentemente* por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine.
- La declaración del concurso (su extracto) se publicará de modo gratuito y de forma urgente en el BOE y en el Registro Público Concursal. Contendrá datos indispensables de identificación del concursado, juzgado competente, datos del auto, el plazo para comunicar los créditos, el régimen de facultades patrimoniales del concursado, y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las oportunas resoluciones.
- El juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, puede acordar publicidad complementaria siempre que éste resulte “imprescindible” para difundir los actos del concurso (por ejemplo, debido al gran número de afectados por el concurso). Su coste correrá a cargo de la masa del concurso.

Lo habitual es acordar el anuncio de la declaración de concurso mediante edictos en el Boletín Oficial del Estado y en algún diario de información general de los de mayor difusión en la provincia, indicando los datos de identificación del proceso, las formas de personarse en él, y la identidad y domicilio de los administradores concursales.

- El traslado de los oficios con edictos también se realizará *preferentemente* por vía telemática desde el juzgado. En su defecto, dichos oficios serán entregados al procurador del solicitante del concurso para que los remita a los oportunos medios de publicidad.
- El resto de publicaciones que deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.
- Todos los actos citados se insertarán en el Registro Público Concursal.

2) *Publicidad registral*. Si el deudor es una persona física, se inscribirán (preferentemente por medios telemáticos) en el Registro Civil, la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, suspensión de sus facultades de administración y disposición, y el nombramiento de los administradores concursales.



En el caso de persona jurídica es necesario librar mandamiento al Registro Mercantil o a otro registro público a fin de que se anote las circunstancias citadas. Si el deudor no está inscrito, se practicará previamente su inscripción.

También hay que librar mandamiento a los Registros Públicos en los que figuren inscritos bienes o derechos de propiedad industrial titularidad del deudor para proceder a la anotación preventiva de la intervención de dichas facultades, con expresión de su fecha y del nombramiento de los administradores concursales.

El traslado de los oficios se realizará preferentemente por vía telemática desde el correspondiente juzgado. Como excepción, es decir, si no es posible la comunicación por vía telemática, los oficios con los edictos han de entregarse al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para practicar dichos asientos registrales.

3) *El Registro Público Concursal* Este Registro, creado por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, tiene como objeto dar publicidad y difusión de carácter público, a través de un portal de Internet, de todas aquellas resoluciones concursales que requieran publicidad. El mismo será accesible de forma gratuita en Internet y publicará todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo conforme a lo dispuesto por la Ley Concursal (art. 198.1 LC).

También se publicarán las resoluciones dictadas en procedimientos concursales que se califiquen como culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales, así como las demás resoluciones concursales inscribibles en el Registro Mercantil (art. 198.2 LC).

El registro puede consultarse en la página <http://www.publicidadconcursal.es>

El Registro está gestionado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Inmuebles de España, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia.

• **¿Qué posición ocupa el consumidor acreedor de una empresa que ha sido declarada en concurso?**

Dependerá de cómo se clasifique su crédito por parte de la administración concursal (vid. apartado I.16). Normalmente los créditos de los consumidores serán, por defecto, ordinarios si no reúnen las condiciones para ser privilegiados. Todo ello sin perjuicio de su consideración como crédito contra la masa si es aplicable el régimen de contratos con prestacio-



nes recíprocas pendientes de cumplimiento en las que el deudor incumple sus obligaciones, al que se hará referencia más adelante. En algunos casos podrán ser considerados contingentes (vid. Ap. I. 15).

• LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS:

¿Pueden intervenir en el concurso en el que son acreedores sus asociados?

Es obvio que cuando el concurso afecta a muchos consumidores, la actuación de las asociaciones de consumidores y usuarios puede ser fundamental para poder defender adecuadamente los intereses de sus asociados, proporcionándoles información e incluso gestionando el procedimiento concursal.

En particular, dichas Asociaciones pueden actuar agrupando y coordinando a los consumidores afectados, presentando escritos y comunicaciones (como la comunicación de créditos) e interviniendo en fases posteriores del concurso.

Pero la Ley Concursal guarda silencio al respecto. Por ello, en ausencia de disposiciones legales específicas, tenemos que acudir a las normas generales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para poder determinar qué actos pueden realizar en representación de sus asociados. Aunque sin duda, son los administradores concursales y el juez del concurso los que deben facilitar la defensa de los afectados en grandes concursos.

Al respecto hay que destacar que se plantean dudas sobre la posibilidad de que las asociaciones de consumidores y usuarios puedan solicitar el concurso (art. 3 LC y art. 11 LEC), intervenir en la vista sobre la oposición (art. 19 LC), recurrir el auto de declaración (art. 20.3 LC), recusar a los administradores concursales o recurrir su retribución (arts. 33.1, 37.1 y 34.5 LC).

Pero alguna resolución jurisprudencial se ha pronunciado a favor de la posibilidad de realizar dichos actos cuando actúen en representación y defensa de los intereses individuales de sus asociados.

En todo caso parece claro que sí pueden impugnar la lista de acreedores o el inventario de bienes, dado que el artículo 96.1 LC legitima a “cualquier interesado”. También podrán requerir que se ejerciten acciones de reintegración o rescisión (art. 72.2 LC) e incluso representar a sus asociados en la Junta de Acreedores (art. 118.2), tal y como se relaciona a continuación.



Más dudoso es que las asociaciones de consumidores puedan actuar en defensa de *intereses colectivos o difusos*, en cuyo caso incluso podrían intervenir en la sección de calificación siendo su posición la de coadyuvante (art.193.2 LC).

Todas estas dudas hacen necesaria una reforma de la legislación vigente, que no ha sido acometida por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.

¿Es posible comunicar, a efectos de su reconocimiento y clasificación, los créditos de numerosos acreedores asociados?

Sí. Para ello ha de procederse a la agrupación y coordinación de los consumidores afectados y elaborar listados que pueden remitirse al Juzgado en papel o incluso en soporte informático (CD).

De hecho, esta situación ya se ha dado en supuestos en los que existía muchos consumidores afectados, como es el caso de “Forum Filatélico, S.A” o el de “Afinisa Bienes Tangibles, S.A”. La redacción del artículo 85.2 LC, que alude a que la comunicación de los créditos puede formularse por escrito firmado “*por quien acredite representación suficiente de ellos*” (de los acreedores), permite despejar las dudas al respecto.

¿Pueden interponer un incidente de recusación contra uno de los miembros de la administración concursal?

Sí. Como ejemplo puede ponerse el Auto número 123/2007, de 17 de mayo, de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que admitió la legitimación de una asociación de consumidores y usuarios, en defensa de sus asociados, para interponer un incidente de recusación concursal.

En este caso, la Asociación Uribe-Kosta de Usuarios y Consumidores (URKOA) interpuso demanda incidental, en el seno del concurso de la entidad AFINSA, para la recusación como administrador concursal de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT). El Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid dictó Auto de fecha 27 de julio de 2006 en el que estimó no haber lugar a trámite de la citada demanda. El Juzgado entendió que la asociación apelante no podía defender los intereses particulares de determinados acreedores y no cumplía con el requisito de ser acreedora de la entidad concursada.



Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación contra dicha resolución al entender que la asociación apelante dispone de legitimación activa, en defensa de los intereses de sus asociados que sean acreedores del concurso, para interponer un incidente de recusación contra un administrador concursal conforme a lo previsto en el artículo 33.1 de la Ley Concursal, que sólo atribuye la posibilidad de iniciar este tipo de incidente a las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso (el deudor y cualquiera de sus acreedores, según lo dispuesto en el artículo 3 LC).

La Audiencia entendió que la asociación de consumidores apelante estaba actuando en defensa de los derechos e intereses de sus asociados, actuando en representación de éstos, tal y como prevé el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras haber identificado a los afiliados o asociados por los que actúa, y rechazó una interpretación restrictiva del artículo 33.1 LC. Como la entidad actúa en representación de algunos acreedores, se afirma, no estaría justificado que se le opusiese obstáculo para promover la recusación: *“Es, desde luego, materia susceptible de común interés a dichos acreedores suscitar a través de su representante la existencia de una posible causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para el desempeño de su función por parte de un administrador concursal o poner de manifiesto una circunstancia que afecte a su imparcialidad”*.

¿Pueden impugnar la lista de acreedores elaborada por la administración concursal?

Sí. Sobre esta cuestión puede ponerse de ejemplo el Auto de 28 de marzo de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, relativo al caso “FORUM FILATÉLICO”, que admitió la posibilidad de impugnar la lista de acreedores por parte de una asociación de consumidores (OCU).

En este caso la referida asociación presentó demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores en base a la legitimación que ostenta conforme al artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados, actuando en representación de éstos, identificando a los afiliados por los que actuaba mediante la aportación de listados en soporte informático (varios C.D). Unos días más tarde, presentó escrito de subsanación de la demanda incidental dado que uno de los citados soportes informáticos había omitido la inclusión de dos de los afiliados de la asociación.



El Juzgado de lo Mercantil competente declaró no haber lugar a la subsanación al considerar que se trataba de una nueva demanda presentada fuera de plazo (art. 96 LC).

Sin embargo, la Audiencia Provincial, considerando la enorme cantidad de afectados por el concurso, entendió que se trataba de una mera omisión involuntaria y admitió la subsanación de la demanda incidental presentada por la Asociación.

Algunos enlaces donde consultar más información:

<http://www.administracionconcursalforum.com>

<http://www.consumo-inc.gob.es>

2.- EL CONSUMIDOR ANTE EL CONCURSO DE LA ENTIDAD VENDEDORA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

La compraventa de vivienda, normalmente en construcción, tiene unas características singulares que dificultan su incardinación en la normativa sobre los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos en los que es parte el concursado (ver los apartados I. 7 y 8).

Se trata de una materia muy controvertida en la que existe doctrina científica y jurisprudencia contradictoria. El punto de partida es la condición de acreedores a la entrega del bien inmueble objeto del contrato de los compradores contratantes con la entidad vendedora (promotora, constructora o inmobiliaria). Por su parte, como hemos visto, la Ley Concursal dispone que la declaración del concurso no interrumpe la actividad empresarial del deudor.

- SUPUESTOS

El régimen legal distingue entre los siguientes supuestos:

1º) El comprador ha cumplido con todas sus obligaciones de pago y la entidad vendedora no ha entregado la vivienda (Contratos con obligaciones recíprocas en los que en el momento de declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones)



En este caso, si el comprador ha cumplido con sus obligaciones de pago de la vivienda y el vendedor tiene pendiente el cumplimiento las suyas (entrega de la vivienda), el crédito en cuestión se incluirá en la masa pasiva del concurso.

Es decir, el comprador comunicará o insinuará su crédito y la administración concursal lo incluirá en la lista de acreedores y clasificará su crédito, que parece tener consideración de *crédito concursal ordinario* (y no contra la masa).

2º) El comprador todavía tiene pendientes obligaciones de pago y la entidad vendedora tiene pendiente la obligación de entrega de la vivienda en las condiciones pactadas cuando se declara el concurso (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes).

a) En este caso, la ley contempla como principio general que la declaración de concurso no afecta a la vigencia de estos contratos, es decir, que ambas partes deberán seguir cumpliendo el mismo. Por tanto, el comprador debe seguir pagando las cantidades pactadas en el momento de formalización del contrato.

Como compensación a dicha imposición, se dispone que las prestaciones del vendedor, deudor concursado, se realizarán *con cargo a la masa*.

b) No obstante, la norma permite que bien la administración concursal (en el supuesto de suspensión de las facultades patrimoniales del concursado), bien el propio deudor (en el supuesto de intervención de dichas facultades), pueden solicitar la resolución del contrato si lo estiman conveniente para el "interés del concurso". Nótese que dicha facultad no se atribuye al acreedor.

Si esto ocurre, el juez de lo mercantil citará a las partes, que pueden ponerse de acuerdo o no en torno a la resolución y sus efectos. Si hay acuerdo, se dictará auto de declaración de resolución del contrato. Si no hay acuerdo, mediante los trámites de un incidente concursal, el juez decidirá sobre la resolución y acordará, en su caso, las restituciones que procedan así como la indemnización, que deberán satisfacerse con *cargo a la masa*.

3º) Contratos incumplidos con posterioridad a la declaración del concurso por cualquiera de las partes.

a) En este supuesto en el que existe causa para una resolución por incumplimiento (por ejemplo, no entrega de la vivienda en el plazo pactado), la ley sí permite que se ejercite la oportuna acción de rescisión del contrato por cualquiera



de las partes, comprador y vendedor. Es más, dicha posibilidad también se contempla para los denominados contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento haya sido anterior a la declaración del concurso.

La acción debe ejercitarse ante el juez de lo mercantil y se sustanciará mediante un incidente concursal. Las consecuencias de la resolución son las siguientes. Si el contrato se resuelve, quedan extinguidas todas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las obligaciones vencidas (restituciones e indemnizaciones) se distingue, a su vez, entre dos supuestos:

- Si el incumplimiento del vendedor concursado fue anterior a la declaración del concurso, el crédito que corresponde al comprador se incluirá en el concurso, es decir, se considerará un crédito concursal.
- Si el incumplimiento del vendedor ha sido posterior a la declaración del concurso, el crédito del comprador cumplidor se satisfará con cargo a la masa. En ambos casos, el crédito comprenderá, en su caso, la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

b) No obstante, la ley dispone que en estos casos, el juez del concurso, atendiendo de nuevo al “interés del concurso” puede acordar el cumplimiento del contrato, es decir, obligar a las partes a seguir cumpliendo con sus obligaciones.

También aquí las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado se realizarán *con cargo a la masa*.

- CUESTIONES sobre la situación del consumidor cuando la entidad vendedora del inmueble es declarada en concurso

Es obvio que el conjunto de normas referidas genera un importante grado de confusión e inseguridad para el comprador de una vivienda que ha pagado puntualmente sus obligaciones y ve como la entidad vendedora del inmueble es declarada en concurso. Al respecto, conviene saber:

• ¿Cuál es la situación del consumidor comprador de una vivienda cuya entidad vendedora es declarada en concurso?

Como hemos visto, deben distinguirse diversos supuestos. El comprador que ha entregado cantidades a cuenta antes de la declaración del concurso podrá recibir de la entidad concursado bien la vivienda (si el contrato se cumple), bien el di-



nero en el que la misma se cuantifique y, en su caso, el correspondiente a una indemnización por daños y perjuicios, si el contrato se resuelve.

El comprador sólo puede resolver el contrato cuando el mismo se incumpla por el vendedor, que no entrega la vivienda, tras la declaración del concurso. En este caso las cantidades correspondientes a las cantidades entregadas y a los posibles daños y perjuicios será un crédito contra la masa y, por tanto, uno de los primeros en pagarse.

En cambio, si el comprador tenía derecho a la entrega de la vivienda antes de la declaración del concurso, su crédito será ordinario y se posterga su pago (ver el apartado I.15).

• **¿El comprador puede resolver el contrato de compraventa? Algunos supuestos de resolución contractual.**

Como hemos visto el comprador puede resolver el contrato cuando la entidad vendedora incumple su obligación de entrega de la vivienda tras la declaración del concurso. Veamos algunos ejemplos:

a) Algunas resoluciones no han admitido las solicitudes de resolución contractual ejercitadas por los compradores. Es el caso de la Sentencia de 28 de Enero de 2009 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, en la que no se consideró procedente acordar la resolución del contrato instada por la parte compradora de un inmueble en construcción formalizado con el promotor concursado, basándose en el artículo 62.1 LC y en el incumplimiento de éste último, por considerar que los contratos podrían llegar a buen fin y esta circunstancia beneficiaría el interés del concurso.

El Juzgado de lo Mercantil analiza los presupuestos concurrentes, y, concluye que no considera que proceda declarar la resolución del contrato, todo ello, *“(...) considerando el estado de evolución de la promoción, que se cuantifica por el arquitecto director a 13 de Junio de 2008 en un porcentaje superior al 39 %, siendo el propósito de la Administración concursal impulsar el buen fin de las promociones en curso y bien entendiendo que los contratantes con la promotora son precisamente acreedores a la entrega del bien inmueble objeto del contrato en condiciones idóneas para el fin que le es propio. En base a todo ello debe desestimarse la demanda”*.

En este supuesto en el que las obras se encuentran realizadas en un porcentaje del 39%, el Juez del concurso consideró oportuno obligar a los acreedores a esperar a la conclusión de la construcción durante la duración del concurso.



A la misma solución se llega en la Sentencia de 2 de abril de 2009 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, que resolvía otro caso en que los compradores instaron la resolución del contrato privado de compraventa de inmueble en construcción por encontrarse pendiente el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la concursada. El Juez del concurso también consideró que no concurrían los presupuestos legalmente exigidos para considerar que la resolución pudiera prosperar, ya que, dado el estado de evolución de la construcción, la obra podía ser concluida en un breve periodo de tiempo, cumpliéndose así el fin del contrato.

b) En cambio, en otras resoluciones si se ha declarado procedente la resolución del contrato de compraventa solicitado por la parte compradora. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, de 15 de Junio de 2009, consideró que procedía declarar la resolución del contrato de compraventa solicitada por la parte compradora, en un supuesto en el que las obras ni siquiera se habían iniciado, y en el que la resolución no era un hecho controvertido de contrario. Al respecto se afirma: *“(...)no se cuestiona la procedencia de la resolución contractual, sin que haya litigio al respecto lo cual justifica ya la estimación de la resolución del contrato de compraventa que liga a la concursada con la parte actora, que en todo caso es evidente que cuando no se discute que no se han iniciado las actividades de construcción de la vivienda, obtención de licencias administrativas precisas para su ocupación, entrega y titulación pública a favor de los compradores y aparecer como cauce imprescindible para poner fin al ligamen contractual que no puede impedir su ejercicio al contratante in bonis cumplidor, pues lo contrario sería tanto como sujetarle de manera indefinida a una relación en la que no se ve posibilidad alguna de ver satisfecho su interés en la forma convenida...”*.

En definitiva, la Sentencia declaró la procedencia de la resolución del contrato de compraventa porque las obras ni siquiera habían sido iniciadas, y obligó a la vendedora-concursada a reintegrar a la parte actora la suma anticipada más los intereses legales anuales desde la fecha de los pagos anticipados, hasta la fecha de declaración de concurso, declarando que el derecho de restitución a favor del contratante *“in bonis”* es un crédito contra la masa.

También entienden que procede la resolución de una serie de contratos de compraventa privados de inmuebles en construcción al amparo del artículo 61.2 LC, entre otros, el Auto de 27 de febrero de 2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, el Auto de 16 de Julio de 2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, que admitió la resolución y la cesión de los contratos de compraventa, y el Auto de 25 de junio de 2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia.

En definitiva, podemos distinguir entre dos supuestos extremos, aquél en el que las viviendas no han sido iniciadas y aquél en el que las viviendas han sido concluidas o están a punto de estar terminadas. En este último caso, suele decirse que se concluyan los proyectos más avanzados para que las viviendas puedan entregarse a los clientes.



• **¿El comprador de vivienda puede solicitar la declaración de concurso necesario de la entidad vendedora que ha incumplido con su obligación de entrega de la vivienda? ¿Qué puede hacer si no se le reconoce tal posibilidad?**

Entendemos que sí, aunque es una cuestión controvertida. Los compradores son acreedores a la entrega del bien inmueble objeto del contrato de compraventa en condiciones idóneas y, por tanto, aunque se consideren acreedores de una prestación no dineraria, están legitimados conforme a lo dispuesto en el artículo 2.4 LC, para solicitar el concurso del vendedor incumplidor.

No obstante, existe una corriente doctrinal y jurisprudencial que mantiene una postura contraria. Como ejemplo puede ponerse el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga de 5 de febrero de 2009, que afirma que hasta que no resuelva judicialmente el contrato, el comprador no es acreedor y no está legitimado para solicitar el concurso necesario del vendedor.

Puede observarse que el contenido del auto es contrario, entre otras, a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2008, que en el ya estudiado caso “Air Madrid” En todo caso, si esta es la postura adoptada por el juzgado en cuestión (por ejemplo, caso Martinsa-Fadesa), es conveniente que el comprador comunique a la administración concursal su crédito para que éste sea considerado “contingente” es decir, condicionado, por lo que se convierte en una especie de posible acreedor futuro (ver el apartado I. 15). Si no comunica su crédito en tiempo y forma, éste podrá ser considerado como subordinado, que será de los últimos en pagarse, en su caso.

Y si no quiere esperar a que la vendedora le entregue la vivienda, si es que ello es posible, deberá ejercitar una acción de resolución del contrato por incumplimiento para poder ser, ahora sí, un *verdadero* acreedor.

• **¿Qué normativa protege al comprador de vivienda en construcción?**

La Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (Disp. Ad. Primera), establecen la obligación del vendedor de constituir garantías a favor del comprador a fin de garantizar el buen fin del contrato, y la devolución de las cantidades entregadas durante el periodo de construcción por el vendedor, más el interés legal, para el supuesto de que exista un incumplimiento contractual, algo que está siendo bastante habitual en estos momentos de crisis económica en los que las viviendas no se finalizan o se finalizan después del plazo pactado.



Según las normas citadas la garantía podrá consistir en una fianza o aval bancario o en un seguro de crédito o caución. Su finalidad no es otra que la defensa del comprador, que será reintegrado de sus anticipos del pago del precio para el caso en que la vivienda no se construya o no se pueda ocupar, en situaciones de retraso en la entrega o imposibilidad de construcción por problemas urbanísticos.

Debe retenerse, por tanto, aunque esta cuestión ha suscitado diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, que el comprador puede ejecutar dichas garantías en el supuesto de incumplimiento del vendedor, dirigiéndose a la entidad aseguradora o avalista.

Es más, el incumplimiento del deber de constituir las garantías también debe considerarse causa de resolución del contrato a instancia del comprador.

La problemática que suscita este deber ha sido objeto de estudio por diversa jurisprudencia, entre la que cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de abril de 2008, que concluye que la obligación de avalar exigida por la citada Ley 67/1968 se consagra como un derecho automático del comprador protegido como consumidor frente a la promotora obligada. Con anterioridad, dicha Audiencia ya consideró que dicha ley, aunque la mayor parte de su contenido es de carácter administrativo, es "*civilmente aplicable*" (Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 4 de febrero de 2005).

En otro sentido, la constitución de la garantía es una obligación legal y accesoria cuya falta de inclusión en el contrato de compraventa sólo tiene como consecuencia jurídica la posibilidad de imponer una sanción pecuniaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 67/1968, pero no habilitaría a la parte compradora para instar la resolución contractual por no haber cumplido el vendedor dicha obligación, y así se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo de 23 de marzo de 2006.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que en caso de pago por parte del fiador, se aplicará lo dispuesto en el artículo 87.6 LC, conforme al cual los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna (sin subordinarse) y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Ahora bien, cuando se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso (entre la que corresponde al acreedor o al fiador).



- **Por tanto, ¿qué precauciones debe adoptar el comprador de una vivienda en construcción?**

El comprador de una vivienda en construcción no debe entregar ninguna cantidad de dinero sin asegurarse de la existencia de un seguro de caución o un aval bancario. Entre otras razones, porque dicha garantía implica que la compañía aseguradora o la entidad financiera garante han valorado favorablemente la viabilidad de la construcción o promoción. El comprador debe asegurarse, por tanto, de la entrega en el acto de la firma del documento privado de compra del documento o aval o seguro de sus pagos anticipados, realizados mediante ingreso en cuenta bancaria.

Antes de firmar dicho documento, ha de solicitarse una copia del documento en el que se formaliza dicha garantía. A estos efectos debe tenerse en cuenta que el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en referencia a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, contempla la obligación del promotor-vendedor de proporcionar al comprador una copia de los documentos en los que se formalizan las garantías por cantidades entregadas a cuenta, junto con otra información relevante.

Aunque la póliza de seguro o el aval bancario pueden tener carácter colectivo, el avalista o asegurador debe emitir certificados individuales a nombre de cada comprador beneficiario o avalado. De este modo, el comprador podrá recuperar las cantidades abonadas anticipadamente, más el interés legal, cuando la construcción de la vivienda no se inicie en el plazo estipulado, no se entregue en plazo o no se concedan las correspondientes licencias o permisos por parte de la administración local competente.

- **Más información sobre los derechos del comprador de vivienda.**

Para informarse sobre los derechos del comprador de vivienda puede consultarse, entre otros, la “*Guía práctica del comprador de vivienda*” en <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/acude-a-tu-notario/en-que-te-puede-ser-util/viviendas-e-inmuebles>, proporcionada por el Consejo General del Notariado en España o la información del Centro Europeo del Consumidor en <http://cec.consumo-inc.es>



3.- EL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA NO COMERCIANTE

Por último, es oportuno analizar los presupuestos y consecuencias de una hipotética solicitud de concurso por parte de una persona física no comerciante, posibilidad contemplada por la citada Ley Concursal con extrema falta de técnica jurídica.

La aplicación del concurso de acreedores a los particulares, también denominado concurso de persona física tiene gran importancia, como último mecanismo de solución a los problemas de sobreendeudamiento familiares. Por ello resulta criticable que en estos tiempos de crisis económica nuestro legislador no haya aprovechado la reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, para ofrecer un tratamiento específico, ágil y económico, a las situaciones de concurso de los consumidores, tal y como ocurre en países de nuestro entorno.

A continuación se relacionan las normas a tener en cuenta por el hipotético solicitante del concurso y se contemplarán algunos de los supuestos en los que se ha declarado el concurso de personas físicas no comerciantes por parte de los Juzgados de lo Mercantil.

• ¿Puede ser declarado en concurso una persona física no comerciante?

En principio sí. El artículo 1 de la Ley Concursal dice que podrá ser declarado en concurso cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.

No obstante debe precisarse que la Ley Concursal no regula adecuadamente el concurso de la persona física no comerciante y dedica la mayoría de sus normas al concurso del empresario, al que muchas veces dota de privilegios de los que no dispone el consumidor. Así se ha puesto de manifiesto tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial que ha destacado la inexistencia de normas adecuadas para resolver los problemas que plantea el concurso del no comerciante y el inconveniente que supone el alto coste del procedimiento concursal.

Dicho inconveniente ha sido reparado parcialmente por la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que, entre otras medidas, establece la publicación gratuita de la de-



claración del concurso en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y en el Registro Público Concursal, circunstancia que puede evitar que algunos Juzgados de lo Mercantil desestimen los denominados concursos “sin masa”, es decir aquellos en los que el deudor no cuenta con activo suficiente para hacer frente, ni siquiera, a los gastos del concurso.

También se ha modificado del régimen de retribución de la administración concursal. El reformado artículo 34.2.d) LC hace referencia a la regla de “efectividad” que informa el arancel que perciben los administradores concursales. Conforme a la misma, en aquellos concursos en los que la masa (activa) sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales.

Asimismo el deudor en estado de insolvencia podrá requerir la participación de un abogado del turno de oficio gestionado por el Colegio de Abogados de su domicilio.

Las ventajas de la declaración de concurso estriban, básicamente, en la paralización o suspensión (que no condonación) del devengo de intereses de los créditos, en la posibilidad de negociar conjuntamente con todos los acreedores un posible convenio y, en su caso, en la liquidación del patrimonio del deudor en un único procedimiento, de forma ordenada.

Muchos Juzgados de lo Mercantil son reacios a la declaración de concurso de la persona física no comerciante, aunque algunos de ellos admiten solicitudes de concurso si se dan los presupuestos necesarios.

Como ejemplo tipo suele ponerse un supuesto bastante frecuente en estos momentos de crisis económica. Se trataría del trabajador por cuenta ajena o un autónomo que no puede hacer frente al pago de sus deudas, entre las que se encuentra la hipoteca de su vivienda, el pago de las cuotas periódicas por compra de un vehículo con una financiera, diversos impagos de tarjetas de crédito, un préstamo personal, pagos aplazados por compra de electrodomésticos, pago de impuestos locales, etc. Todas estas deudas constituyen su pasivo. El activo se compone por la vivienda, el coche, algunos bienes muebles y su sueldo. A consecuencia de su despido (o el de su cónyuge) y de la insuficiencia de los ingresos familiares, el sujeto en cuestión no puede hacer frente a dichas obligaciones y se plantea si, una vez agotadas las negociaciones con las entidades bancarias y financieras acreedoras, puede solicitar su propio concurso.

Veamos algunos casos reales en los que se ha admitido el concurso de personas físicas no empresarias:



Resulta de obligada cita una de las primeras resoluciones en las que se declaró el concurso de una familia (de los dos cónyuges), que fue el Auto de 29 de diciembre de 2004 del Juzgado número 3 de lo Mercantil de Barcelona. En este supuesto los concursados finalmente llegaron a un convenio con los acreedores en el que se pactó una quita del treinta por ciento y una espera de cinco años.

a) En este caso el Juez de lo Mercantil declaró el concurso de un matrimonio que no ejercía actividad empresarial alguna aplicando el artículo 1.1 de la Ley Concursal, según el cual puede solicitar el concurso cualquier deudor ejerza o no actividad empresarial. El matrimonio había llegado a estado de insolvencia actual debido a la *jubilación* de uno de los cónyuges. En este caso D. C debía a sus acreedores la cantidad aproximada de 163.750 euros, que en su parte fundamental se correspondían con créditos laborales y de la Hacienda Pública y la Tesorería de la Seguridad Social, mientras su activo rondaba los 7.000 euros.

Esta resolución también es destacable porque resolvió la acumulación de los concursos de los cónyuges solicitantes, cuando la ley sólo contempla la acumulación de concursos si ya han sido declarados y lo solicita la administración concursal y aquí el juez acumuló directamente sin esperar a ese momento.

Pero la importancia del auto estriba en que aclaró que para solicitar el concurso y todos los beneficios que de él se derivan, basta con demostrar el estado de insolvencia, sin necesidad de ejercer actividad empresarial alguna.

b) También declaró el concurso voluntario por insolvencia inminente de una persona física el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cuenca de 13 de junio de 2007 en un supuesto en el que el pasivo inicial, inferior a un millón de euros, estaba compuesto por deudas a varias entidades bancarias, a una entidad suministradora de energía, a su comunidad de propietarios, a compañías telefónicas y a un despacho de abogados. El Auto determinó que los respectivos oficios se cumplirían de oficio y gratuitamente al gozar el concursado del beneficio de asistencia jurídica gratuita conforme al artículo 6.4 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

c) También han declarado el concurso voluntario de una persona física el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia de 15 de mayo de 2009, y el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Pamplona de 29 de julio de 2009. En todos estos casos el deudor conserva las facultades de administración y disposición de su patrimonio, bajo la intervención de la administración concursal.



Por el contrario, otros juzgados de lo mercantil no han admitido concursos voluntarios de personas físicas al entender que los solicitantes no han justificado en su haber la existencia de bienes o activo para hacer frente a los gastos que genera el concurso y a un hipotético convenio.

Es el caso de una de una solicitud de concurso voluntario por insolvencia *inminente* de una persona física que reunía la condición de avalista en pólizas de préstamos de la sociedad limitada de la que era socio y administrador. Su pasivo rondaba los 2.057.736 euros y su activo, el valor de sus bienes, unos 900.000 euros, siendo su único ingreso el sueldo que percibía de otra sociedad.

También se ha denegado el concurso del cónyuge que solicita un concurso por insolvencia *actual*, al ser responsable subsidiariamente ante la Seguridad Social por deudas contraídas por su ex-cónyuge, que también es insolvente. En este caso también se entendió que no concurría el requisito de suficiencia de bienes.

Puede observarse como la casuística es muy diversa. En nuestra opinión, bien entendido que el concurso de acreedores es la solución última a una situación de insolvencia del consumidor, no creemos que deba llevarse a cabo una interpretación restrictiva de los presupuestos legales para declarar el concurso.

Consideración distinta merece el hecho de que este procedimiento pueda aplicarse a un sobreendeudamiento *malicioso*, es decir el de deudores que intenten engañar a sus acreedores o incumplir sus obligaciones aprovechándose de esta institución, y no sólo al supuesto en el que el sobreendeudamiento sea de buena fe y se haya generado por causas como desempleo, temporalidad o precariedad en el empleo, incapacidad temporal o permanente o separación, divorcio o fallecimiento del cónyuge (en estos términos se pronuncia la Proposición de Ley 122/2003/295, de 30 de abril sobre Prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores). De hecho la doctrina científica insiste en la necesidad de tratamiento diferenciado del denominado *sobreendeudamiento activo y pasivo*.

• **¿Qué presupuestos son necesarios para que el Juez de lo Mercantil declare el concurso de una persona física?**

En relación con lo expuesto en la pregunta anterior, es necesario destacar que según algunos Juzgados de lo Mercantil los requisitos para declarar un concurso son los siguientes:



- Pluralidad de acreedores.
- Activo suficiente.
- Insolvencia, que puede ser actual o inminente.

El primer requisito es obvio, y está íntimamente relacionado con el tercero, la insolvencia. El segundo requisito, la existencia de activo suficiente, es muy controvertido en la doctrina científica y jurisprudencial. Al respecto, como se ha visto, la reforma de la Ley Concursal parece haber optado por la tramitación de estos “concurso sin masa”. Esta solución puede fundamentarse en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en la necesaria seguridad de los elementos de juicio disponibles, dada la imposibilidad de conocer con certeza cuáles son los bienes del deudor en el momento inicial de la solicitud del concurso, y en el derecho de los acreedores a poder cobrar si el concurso se abre, siquiera sea a resultas de la responsabilidad de los administradores de hecho o de derecho (entre otros, Auto de 14 de junio de 2007 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona).

Sobre el tercer requisito, la insolvencia o presupuesto objetivo del concurso, ha de recordarse que la ley no sólo contempla el estado de insolvencia actual (sobresimiento general en los pagos), sino también el de insolvencia inminente, que se da cuando el deudor *“prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles”* (art. 2.3 LC).

Para la delimitación de su contenido, según la jurisprudencia, *“ha de partirse del dato de que se trata de una situación de futuro, de forma que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello vaya a acontecer, de forma que el incumplimiento de las obligaciones aún no debe de haberse producido, ya que en otro caso la insolvencia sería actual y no inminente; teniendo el deudor obligación de solicitar el concurso en el primer caso (art. 5 LC), mientras que si la insolvencia es inminente no tiene dicho deber legal”* (ver los apartados I. 3 y 4).

Esta situación se da en muchos casos de solicitudes de concurso por parte de personas físicas que se encuentran en estado de insolvencia inminente como consecuencia del afianzamiento personal de las deudas de las sociedades de las que son socios o administradores, por el que han sido objeto de reclamaciones judiciales contra los mismos.

Puede ponerse como ejemplo el Auto 157/2008 de 10 de octubre del Juzgado de lo mercantil número 1 de Cádiz, en el que se considera que los concursados, que ostentan cada uno casi el cincuenta por ciento del capital y son prestatarios



y avalistas sociedades que también han solicitado concurso, se encuentran en estado de insolvencia inminente al concurrir el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones de las sociedades avaladas, de manera que se prevé que van a estar imposibilitados de cumplir con sus obligaciones a sus vencimientos, siendo su pasivo mayor que el activo.

- **¿Qué documentación debe presentar el deudor que solicita el concurso?**

Junto a la solicitud de concurso, acompañada de poder especial para solicitar concurso (el apoderamiento puede realizarse *apud acta*), el deudor debe adjuntar una memoria económica y jurídica de la actividad a la que se haya dedicado en los últimos tres años, de las causas del estado en que se encuentra y de las valoraciones y propuestas sobre su viabilidad patrimonial. Ha de destacarse, a estos efectos, la lista de acreedores que debe presentarse con suma diligencia.

Si es persona casada, debe indicar en la memoria la identidad del cónyuge y expresar el régimen económico matrimonial.

- **¿Qué es el procedimiento abreviado?**

Cuando el deudor sea una persona física cuya estimación inicial de pasivo no supere los 10.000.000 de euros, el juez debe aplicar un procedimiento especialmente simplificado denominado procedimiento abreviado.

Este será el caso de la inmensa mayoría de concursos de personas físicas no comerciantes. Las singularidades de este procedimiento son las siguientes:

- a) Los plazos previstos en la Ley Concursal para el procedimiento ordinario se reducirán a la mitad, salvo aquellos que, por razones especiales, el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento.
- b) El plazo para la presentación del informe por la administración concursal será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el juez del concurso no superior a quince días.
- c) En el procedimiento abreviado la administración concursal estará integrada por un único miembro de entre los previstos por la Ley Concursal (art. 27.2.3ª), salvo que el juez, apreciando en el caso motivos especiales que lo justifiquen, resuelva expresamente lo contrario.



- **¿Puede acumularse el concurso de los cónyuges?**

La Ley Concursal prevé que una vez declarados los concursos de ambos cónyuges, la administración concursal de cualquiera de ellos puede solicitar del juez, mediante escrito razonado, la acumulación al procedimiento del concurso del otro cónyuge (art. 25.3 LC), incluso cuando los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados (art. 25.4 LC).

Todo ello sin perjuicio del condicionamiento recíproco de los convenios, conforme a lo previsto en el artículo 101.2 LC, según el cual en los concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado, la propuesta de convenio que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro concursado.

Esta posibilidad es muy útil en supuestos de solicitud de concurso por parte de ambos cónyuges, en los que la administración concursal de cualquiera de ellos podrá solicitar la acumulación.

En esta materia resulta singular el citado Auto 157/2008 de 10 de octubre del Juzgado de lo mercantil número 1 de Cádiz que declara conjuntamente el concurso de una serie de sociedades, entre las que existe confusión patrimonial, y del matrimonio que se encuentran en insolvencia inminente a consecuencia del afianzamiento personal de las deudas de dichas sociedades (nótese que la esposa se dedica a las “labores del hogar” pero está casada en régimen de gananciales).

En este caso, realizando una interpretación integradora de la Ley Concursal, se declara que procede la declaración conjunta de concurso de los cónyuges, con cita del Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de 29 de diciembre de 2004, que también declaró el concurso de dos cónyuges que formularon una única solicitud, a pesar de que el artículo 3.5 LC no recoge una acumulación inicial de los mismos. En este caso también se trataba de un concurso necesario, cuando el citado precepto limita a los casos de concurso necesario la posibilidad de solicitar la declaración conjunta de concurso por parte del acreedor.

Por todo ello, se estima procedente la declaración conjunta de concurso voluntario no sólo del matrimonio sino también de las sociedades participadas y avaladas por los mismos.



- **¿Qué medidas puede adoptar el juez de lo mercantil si declara el concurso?**

El juez de lo mercantil decidirá el régimen de las facultades de administración y de disposición del patrimonio del concursado, optando por el régimen de intervención o por el de suspensión. En este último caso, será la administración concursal la que se hará cargo de gestionar la economía personal o familiar (ver el apartado I. 6.1.).

De ello se dará debida cuenta mediante la publicidad del auto de declaración a través de los medios vistos más arriba (BOE y Registro Público Concursal). Si el deudor es una persona física, también se inscribirán (preferentemente por medios telemáticos) en el Registro Civil, la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, suspensión de sus facultades de administración y disposición, y el nombramiento de los administradores concursales.

- **¿Qué consecuencias tiene la declaración del concurso? La imposibilidad de paralizar los embargos de bienes no afectos a actividad profesional o empresarial.**

La declaración de concurso tiene como consecuencia la paralización del devengo de intereses de los créditos ostentados por el acreedor del consumidor (excepto los relativos a créditos con garantía real). No obstante debe destacarse que la declaración del concurso no conlleva la suspensión de los procedimientos hipotecarios iniciados ante otros juzgados dado que el artículo 56 LC sólo permite la paralización de las ejecuciones hipotecarias cuando los bienes estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva, circunstancia que no se da en los supuestos en los que las hipotecas recaen sobre la vivienda habitual.

Otras consecuencias positivas son la posibilidad de negociar con todos los acreedores para poder llegar a un convenio y que, en el peor de los casos, la liquidación de los bienes del concursado tendrá lugar en un único procedimiento.

- **¿Qué consecuencias tiene la aprobación del convenio para el concursado?**

Si el concursado llega a un acuerdo con sus acreedores podrá conseguir una reducción del importe de sus deudas (quita) y/o un aplazamiento del pago de las mismas (“espera”). La Ley Concursal establece que las proposiciones de quita no pueden exceder de la mitad del importe de cada uno de los créditos (ordinarios) y que las proposiciones de espera no pueden superar los cinco años desde que sea firme la resolución judicial que aprueba el convenio.



Obsérvese que la ley permite superar tales límites en el caso en que el concursado sea una empresa cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía (art. 100. 1 LC) y que también contempla reglas especiales en torno al contenido del convenio cuando el concursado es un empresario (art. 100.1º, 2º, 3º, 5º LC).

En todo caso, la propuesta de convenio debe ir acompañada de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento.

- **¿Qué supone ser persona especialmente vinculada al concursado?**

Cuando el deudor persona física es declarada en concurso, la Ley Concursal considera como créditos subordinados a los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo 93, excepto los relativos a “créditos por salarios o indemnizaciones derivadas de extinción del contrato de trabajo o similares cuando el concursado sea persona natural”.

Pues bien, el artículo 93.1 de la Ley Concursal considera que son personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural: 1) El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; 2) Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior; 3) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

Por otro lado, interesa destacar que también ostentarán la condición de créditos subordinados los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61, 62 , 68 y 69) cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso” (art. 92. 7º LC).

- **¿Tiene el concursado persona física derecho a alimentos?**

El artículo 47 LC establece que, durante el concurso, el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa durante el concurso. Se exceptúa el caso de liquidación, en el que la apertura de la misma producirá la ex-



tinción del derecho a alimentos con cargo a dicha masa (art. 145.2 LC) En cuanto a la cuantía y periodicidad de este derecho, hay que distinguir entre el supuesto de intervención o suspensión de las facultades de intervención del concursado.

Si estamos ante un caso de intervención, será la administración concursal quien la acuerde. En cambio, si sólo hay suspensión de dichas facultades, la cuantía y momento de percepción de alimentos, así como su modificación, se determinará por el juez, tras oír al concursado y la propia administración concursal.

También la obligación de prestar alimentos impuestas a la persona concursada por un juez en un proceso sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores se satisfará con cargo a la masa activa. Esta circunstancia sólo se dará cuando los sujetos con derecho a alimentos no pudieran percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestarlos.

En este caso será el juez del concurso el que autorizará y resolverá por auto su procedencia y cuantía.

• **¿Qué bienes integrarán la masa activa en el supuesto de concurso de persona casada con régimen de gananciales?**

En el supuesto de concurso de persona casada, hay que tener en cuenta que la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado y, si el régimen económico matrimonial fuera el de sociedad de gananciales, también se incluirán los bienes gananciales que deban responder de las obligaciones del concursado. Al respecto, la Ley Concursal permite que el cónyuge del concursado pida la disolución de la sociedad o comunidad conyugal en cuyo caso el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se efectuará de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.

Si la vivienda habitual del matrimonio tiene carácter ganancial y procede la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que la misma se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.

En el supuesto de concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, la Ley Concursal presume en beneficio de la masa activa, y salvo prueba en contrario, que el concursado donó a su cónyuge las contraprestaciones rea-



lizadas por éste, y procedentes de su patrimonio, para adquirir bienes a título oneroso. Si no es posible probar la procedencia de la contraprestación, se presumirá, salvo prueba en contrario, que fue donada la mitad de la misma, todo ello cuando la adquisición de bienes se haya producido en el año anterior a la declaración de concurso.

Por otro lado, si los cónyuges han adquirido determinados bienes con “pacto de sobrevivencia”, éstos se consideran divisibles en el concurso de cada uno de ellos. Es más, el cónyuge no concursado tiene el derecho a adquirir la totalidad de cada uno de estos bienes satisfaciendo a la masa la mitad del valor. Se aplican una regla particular sobre la valoración del bien que constituye la vivienda habitual del matrimonio (precio de adquisición actualizado conforme al IPC específico).

Por último, la Ley Concursal también dispone que los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto, se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. Contra dicha decisión, podrá plantearse incidente concursal.

