



Universidad de Oviedo

Centro Internacional de Postgrado

Máster de acceso a la abogacía

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de persona física.

Trabajo Fin de Máster

Realizado por: Carla Martínez Loredo

RESUMEN

El presente trabajo es un análisis a lo largo del concurso de acreedores que pretende arrojar un poco de luz sobre cuál es el camino que debe seguir el deudor persona natural que quiere lograr la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Desde su modificación en 2015 el artículo 178 bis de la Ley Concursal ha sido objeto de muy diversas interpretaciones, su falta de consonancia con la exposición de motivos y su redacción confusa han llevado a que unos y otros le hayan dado un significado interesado a sus palabras generando una gran inseguridad para los concursados. Por ello, en este trabajo muestro el abanico de posibilidades que nos presenta este precepto en función de las diversas interpretaciones, con la finalidad de contar con toda la información para lograr así con mayor probabilidad una segunda oportunidad. Repaso los requisitos comunes, así como los específicos de cada una de las vías de acceso a la remisión, señalando las distintas interpretaciones, los errores, y las posibles modificaciones que se pueden llevar a cabo de acuerdo con la normativa europea en los próximos meses.

ABSTRACT

This paper is an analysis throughout the bankruptcy proceedings which aims to shed light on the path to be followed by the natural person debtor who wants to achieve the granting of the benefit of exoneration of the unsatisfied liability. Since its modification in 2015, article 178 bis has been the subject of many different interpretations, its lack of consistency with the explanatory memorandum and its confused wording have led one to give an interesting meaning to his words, generating great insecurity for the bankrupt. For this reason, in this paper I show the range of possibilities that this precept presents us based on the various interpretations, in order to have all the information to achieve the fresh start with greater probability. I review the common requirements, as well as the specific ones of each one of the access routes to the referral, pointing out the different interpretations, the mistakes and the possible legal changes in accordance with the European regulations that this can carry out in the next months.

ÍNDICE.

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. EL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA	8
2.1. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.....	12
2.2. EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (ART. 178 BIS LC).....	19
2.2.1. PRIMERA VÍA	29
2.2.1.1 ¿Provisional o definitivo?.....	31
2.2.2. SEGUNDA VIA. EL PLAN DE PAGOS.	35
2.3. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN SOBRE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS Y CÓNYUGE.....	46
2.4. CAUSAS DE REVOCACIÓN Y REAPERTURA.....	49
3. LA DIRECTIVA DE LA UNIÓN DE JUNIO DE 2019/1023.	53
4. EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.	62
5. CONCLUSIONES.....	64
6. BIBLIOGRAFÍA	70
7. JURISPRUDENCIA.....	72
8. OTROS RECURSOS.	73

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos asistido a una de las mayores crisis económicas de la historia, a causa de la cual algunas familias no han podido hacer frente al pago de sus deudas. Se han disparado los casos de macro pleitos, como el de las cláusulas de limitación del tipo de interés, gastos, hipotecas multdivisa, etc. Hemos visto cómo las entidades de crédito concedían préstamos de manera irresponsable, y también cómo algunos consumidores se endeudaban por encima de sus posibilidades. Todo ello, junto con muchos otros factores, nos ha llevado al escenario actual.

Las dificultades de las unidades familiares para hacer frente al pago de sus deudas pueden parecer causa de los grandes datos macroeconómicos, como el aumento del déficit público, pero realmente, y como señalan algunos autores, existe una relación directa entre el aumento de la deuda privada y pública. Si los ciudadanos no pueden hacer frente a sus obligaciones acaban por ser acreedores del sistema de recursos sociales agravando así la deuda pública.¹ Si, además, se trata de un empresario persona física su fracaso es el de toda la sociedad y con él se frena la producción de riqueza.

Por todo ello, el concurso de acreedores de persona física es un instrumento de vital importancia y debe de ser abordado con decisión y acierto por los poderes públicos. Muchos estudios señalan que la falta de mecanismos para gestionar correctamente el endeudamiento de las personas naturales puede tener graves repercusiones sociales y económicas.² Y es que, un mal sistema concursal frena la iniciativa empresarial. En nuestro país el espíritu *pro creditoris* de las legislaciones concursales y una cultura que ve el fracaso empresarial como una derrota definitiva y no como una oportunidad para aprender de los errores cometidos, han alentado poco al emprendimiento de las personas

¹ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente”. *Revista de derecho de empresa y sociedades (REDS)*, nº 6, enero -junio de 2015, págs. 17 y 18.

² M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág. 20.

naturales, una iniciativa muy necesaria para activar la economía y generar puestos de trabajo. De hecho, como ya señalara la Comisión de la Unión Europea en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones titulada “Superar el estigma del fracaso empresarial por una política que ofrezca una segunda oportunidad. Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa”, de 5 de octubre de 2007: *“el papel del fracaso empresarial en la vida económica no es bien comprendido en nuestra sociedad. Para la opinión pública existe una fuerte relación entre el fracaso empresarial y la incapacidad personal o el fraude. En la UE, el estigma está presente en el entorno empresarial, el marco legal y también en el comportamiento cultural y social, lo cual crea obstáculos innecesarios a los empresarios que quieren volver a empezar. A pesar del conocimiento existente sobre el rendimiento de los que vuelven a empezar, los clientes y las entidades financieras se muestran reticentes a la hora de hacer pedidos e invertir. Un 79 % de ciudadanos comunitarios afirma que darían una segunda oportunidad a los que han fracasado. Pero las actitudes cambian cuando se pasa a la "práctica": Un 47 % de europeos serían reticentes a hacer pedidos a una empresa que haya quebrado; un 51% nunca invertiría en empresas con dificultades financieras”*³

Con este escenario y dadas las características de la unidad familiar y de los empresarios persona física, es necesario buscar una solución al problema. En estos casos, no es tan sencilla como en el caso de las personas jurídicas, en las que se tras la liquidación del activo se extingue la personalidad, al margen de posibles responsabilidades de administradores sociales.

Con esta finalidad se establecieron en la reforma de la ley concursal de 2015 mecanismos para permitir a las personas físicas que se declararan en concurso, una “segunda oportunidad”. Realmente ya había sido introducido en 2013 pero no era más que un “brindis al sol” que exigía el cumplimiento de tantos requisitos que pocos fueron los que pudieron beneficiarse.

No obstante, conviene recordar que no hace tanto que las personas naturales pueden declararse en concurso de acreedores. El primer antecedente se dio en 2004, y fue

³ COM(2007)584 final, pág. 3. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0584>).

el Magistrado José María Fernández Seijo quien declaró en concurso de acreedores a Joseph y María del Carme⁴. Así mismo, la primera exoneración la permitió el mismo magistrado en 2010 a una pareja de pensionistas mediante la interpretación del artículo 178.2⁵ de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de en adel., LC⁶), en su redacción entonces vigente, y con vocación *de lege ferenda*. Como el propio magistrado apuntaba *“El artículo 178.2 de la Ley Concursal era claro al advertir que el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes, por lo tanto los acreedores que no habían visto satisfecho su crédito en el ámbito del concurso podían iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acordara la reapertura del concurso o no se declara nuevamente. Este precepto no era sino una consecuencia lógica del artículo 1911 del Código civil, que establecía que el deudor respondía de sus obligaciones con sus bienes presentes y futuros, el reflejo de la llamada responsabilidad universal del deudor.”* De hecho, uno de los principales obstáculos con los que se encontraría la futura ley sería precisamente este 1911 del Código Civil, así como el 1111 del mismo cuerpo legal. Estos dos artículos prevén la responsabilidad universal del deudor y la acción subrogatoria respectivamente, y, mediante su aplicación, por un lado, el deudor responde de sus deudas con sus bienes y presentes y futuros y, por otro, cabe que los acreedores se subroguen en

⁴ M.I Álvarez Vega: “Mecanismos de segunda oportunidad”, ponencia impartida en el Ilustre Colegio de abogados de Oviedo, 8 de mayo de 2017, pág. 1 del original inédito, que su autora ha tenido la amabilidad de proporcionarme.

⁵ **“Artículo 178 de la Ley Concursal: “Efectos de la conclusión del concurso”:** 1. *En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación.* 2. *En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso.* 3. *En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto el Secretario judicial expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme.”*

⁶ Téngase en cuenta que las referencias a la Ley Concursal a lo largo de este trabajo se entienden hechas a la Ley 22/2003, si no se dice otra cosa, puesto que la derogación de los artículos 1 a 242 bis, así como de las disposiciones adicionales segunda, segunda bis, segunda ter, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava y las disposiciones finales quinta y sexta de la vigente Ley Concursal por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (D D única.1) no produce efectos hasta el 1 de de septiembre de 2020.

la posición del deudor para ejercitar todos los derechos y acciones que tenga este, así como impugnar los actos en contra de sus derechos.^{7y8}

Pese a todo, como afirma Fernández Seijo, “*debe tenerse en cuenta que la segunda oportunidad es una excepción a la regla general, que sigue siendo la responsabilidad universal. El artículo 178.2 LC sigue siendo contundente: “Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipará a una sentencia de condena firme.”*”⁹

Al dictar esta pionera sentencia , el magistrado consideró ilógico que la única salida que le quedara al deudor persona física que ha liquidado todo su patrimonio y no ha logrado pagar la totalidad de los créditos, fuera enfrentarse tras el cierre del concurso, a una situación de insolvencia perpetua que justificaría la apertura de concurso nuevamente.¹⁰ Por ello abrió la puerta a la exoneración del pasivo insatisfecho en el ordenamiento jurídico español. Casi cinco años después, el 27 de febrero de 2015 el gobierno promulgaría un Real Decreto Ley que se convertiría en ley en julio de ese año y que introducía el mecanismo de segunda oportunidad en la Ley concursal española. Paralelamente, se atribuía competencia a los juzgados de primera instancia para conocer de los concursos de persona física no empresaria, manteniendo los jueces de lo mercantil competencia sobre los concursos de persona jurídica y persona física empresaria. Este aspecto ha sido muy criticado dada la falta de especialización de los jueces de primera instancia para conocer de los concursos de persona física. Esperemos que con la transposición de Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20

⁷ C. Molina: “Las propuestas de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, *Anuario de Derecho Concursal*, n° 46/2019, 2019, pág. 3.

⁸ J.M Fernández Seijo: “IX.- 1. Acuerdo extrajudicial de pagos y Segunda oportunidad” *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, ISSN N°. 17, 2016, pág. 347 y 348.

⁹ J.M Fernández Seijo: “IX.- 1. Acuerdo extrajudicial de pagos...”, cit., pág. 354.

¹⁰ J.M Fernández Seijo: “IX.- 1. Acuerdo extrajudicial de pagos...”, cit., pág. 347.

de junio de 2019, se les devuelva la competencia a los jueces de lo mercantil aumentando su número si fuera necesario.

2. EL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA

El camino hasta lograr esta exoneración es largo. La Ley recoge que toda persona natural, sea o no empresaria, puede llegar a beneficiarse del régimen. Debemos tener en cuenta que el deudor persona física puede ser empresario individual, la forma más habitual de comenzar la actividad, pero también puede tratarse de un deudor que haya avalado con su patrimonio personal el crédito concedido a una empresa con personalidad jurídica independiente y que la responsabilidad limitada se haya convertido en imperfecta debido a la garantía.¹¹

En 2015 se introduce como novedad que el deudor persona física no empresario que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente¹² podrá intentar un acuerdo extrajudicial de pagos. Deberá solicitarlo mediante el formulario para la solicitud del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos aprobado por la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre ¹³. Este formulario irá dirigido al notario del domicilio del deudor, en el caso de las personas físicas no empresarias, y al Registro Mercantil o cámara de Comercio, en el de las personas físicas empresarios. La solicitud contendrá datos tales como; su identificación personal, situación familiar y laboral, inventario de bienes y derechos, lista de acreedores, etc.¹⁴ Es importante matizar que el concurso aún no se ha iniciado en este punto, el acuerdo extrajudicial es una fase previa que intenta evitar el concurso y con ello, un posible colapso judicial.¹⁵

¹¹ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º32/2020, 1 de ene. de 2020, pág. 3.

¹² M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo*. Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 185.

¹⁴ Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago (BOE del 29 de diciembre).

¹⁵ C. Molina: “Las propuestas de...”, cit., pág. 7.

Para el acuerdo extrajudicial de la persona física no empresario existen algunas especialidades. Puede ser el notario quien lo dirija, o nombrar un mediador concursal (artículo 242 bis de la Ley Concursal). En el caso del deudor persona física empresario, se nombrará mediador concursal que se encargará de facilitar un acuerdo entre acreedores y deudor proponiendo un plan de pagos.^{16 17} También es posible abreviar los plazos, el previsto para la consecución del acuerdo será de dos meses, cabe la ampliación de las esperas, la apertura directa del concurso consecutivo en caso de fracaso del acuerdo, y en general, cualquier medida tendente a simplificar el procedimiento al tratarse de una insolvencia eminentemente civil.¹⁸ De estas especialidades, no se pueden beneficiar los deudores persona física que aunque ya no tengan la condición jurídica de empresario, cuenten con deudas procedentes en su mayoría del ejercicio de esta actividad, pues la jurisprudencia viene interpretando que en ese caso estamos ante el concurso de una persona física empresario y no consumidor.¹⁹

Otro punto reseñable es que no será necesaria la asistencia de procurador, es suficiente con estar asistido de letrado. Dado que la Ley no exige la asistencia de estos profesionales, sus honorarios, no serán considerados créditos contra la masa, ya que estos se definen como, “*costas y gastos judiciales necesarios*” o “*cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa*”. Por tanto, solo podrán ser considerados créditos ordinarios.²⁰

En relación con este tema, es necesaria la creación de un turno de oficio especializado para el concurso de persona física, ya que la falta de recursos de los deudores será la tónica general en estos procedimientos y no parece justo abocarlos a elegir entre la contratación de un abogado particular con conocimientos en la materia o acogerse al servicio de asistencia gratuita que presta el turno de oficio civil.

¹⁶ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág. 24.

¹⁷ C. Molina: “Las propuestas de...”, cit., pág. 7.

¹⁸ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 184.

¹⁹ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág 184 y 185

²⁰ A.E. Álvarez Pérez: “La ley de segunda oportunidad y derechos del procurador” www.legaltoday.com , 11 de diciembre de 2019. (Última consulta 10 de abril de 2020).

Desde este momento se empiezan a producir los efectos derivados del inicio del expediente, el deudor seguirá con su actividad laboral o profesional, pero no podrá realizar actos de disposición o administración. Los acreedores no podrán iniciar ni continuar ejecuciones extrajudiciales o judiciales sobre el patrimonio del deudor que negocia un acuerdo extrajudicial de pagos durante un plazo máximo de dos meses en el caso de consumidores, y tres en el de las personas físicas empresarias. Tampoco podrán realizar actos tendentes a mejorar la situación en la que se encuentran frente al deudor, ni solicitar la declaración de concurso. Por último, se produce la suspensión del devengo de intereses.²¹

Para poder acogerse al procedimiento de acuerdo, el deudor debe cumplir los requisitos del artículo 231 de la Ley Concursal, a saber: que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros ²², que se trate de una persona física, que pueda acogerse al procedimiento abreviado, que se encuentre en situación de insolvencia.^{23y24} y contar con activos suficientes para satisfacer los gastos del acuerdo; algo lógico, pues no tiene sentido iniciar el acuerdo si no se pueden satisfacer los gastos, y por ello cabría entender que tras recibir la solicitud debería de abrir el concurso consecutivo e instar al juez su conclusión por insuficiencia de masa activa.²⁵ Esta fase es importante ya que se trata de unos de los requisitos que el artículo 178 bis establece para poder acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, “*haber celebrado o al menos intentado celebrar acuerdo extrajudicial de pagos*”. De ahí que apunte Fernández Seijo que “*la inmensa mayoría de deudores consideran que el acuerdo extrajudicial de pagos es un trámite formal para obtener la exoneración, lo que ha determinado que las pocas comunicaciones de nombramiento de mediador se vean frustradas sin posibilidad de proponer acuerdo ni de convocar junta; el deudor inicia los trámites de la mediación*

²¹ V.Bastante Granell: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*. Comares, Granada, 2016, pág. 170-180.

²² C. Molina: “Las propuestas de ...”, cit., pág 7.

²³ A. Padrón Villalba “La segunda oportunidad y los acuerdos extrajudiciales de pago” *Revista Lex Mercatoria*, nº4, 2017, pág. 110.

²⁴ C. Molina: “Las propuestas de ...”, cit., pág 7.

²⁵ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 189.

con el objetivo casi exclusivo de poder disfrutar de los beneficios de la exoneración en sede judicial.”²⁶.

En cuanto a qué puede contener la propuesta de acuerdo en el caso de una persona física, se tratará de; esperas por un plazo no superior a diez años, quitas, cesión de bienes o derechos a los acreedores, y la conversión de deuda en diversos instrumentos financieros de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Los acreedores podrán proponer modificaciones, que, en su caso, serán aceptadas por el deudor. A este acuerdo se van a unir los fraccionamientos o aplazamientos de los créditos públicos que se hayan acordado con la administración, el plan de continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, así como las cantidades fijadas para cubrir manutención del deudor y su familia, alimentos, residencia, etc. En el caso de que antes de que transcurra el plazo que la ley propone para llegar al acuerdo, la mayoría de los acreedores rechacen continuar las negociaciones, se acordará la declaración de concurso consecutivo o, en su caso, su conclusión por insuficiencia de masa activa.²⁷

Las mayorías en la votación del acuerdo están recogidas en el 238 de la ley concursal y varían en función de cuántos acreedores voten el acuerdo. Si votan un 60% de los acreedores, será posible acordar esperas no superiores a cinco años, y quitas de no más del 25%. Si votan un 70%, las esperas podrán ser de más de cinco hasta diez años y las quitas de más del 25 %. No obstante, *“en la mayoría de estos casos, nos encontramos con que una parte importantísima de la deuda se debe a préstamos con garantía hipotecaria para adquirir la vivienda habitual, por lo que, por el momento, se antoja complicado que prospere un acuerdo extrajudicial de pagos para estos sujetos.”²⁸*

Además, de lograrse, el acuerdo no va afectar a todos los acreedores ya que este, como apunta Fernández Seijo *“no afectará en ningún caso a los acreedores públicos – que tienen un régimen especial de aplazamientos que no se ve sometido al acuerdo extrajudicial–, y los acreedores con garantías reales tampoco tienen porqué verse*

²⁶ J.M Fernández Seijo: “IX.- 1. Acuerdo extrajudicial de pagos...”cit., pág. 353.

²⁷ Artículo 236. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado de 10 de julio de 2003, núm. 164, pp 26905 a 26965.

²⁸ C. Molina “Las propuestas de reforma...”, cit., pág. 8.

afectados por el acuerdo extrajudicial”²⁹ Y es que en el caso de los acreedores con garantía real no se verán afectados si no votan a favor al menos en la parte de los créditos que no exceda del valor de la garantía.³⁰ No obstante, como dispone también el artículo 238 bis de la Ley Concursal, cabe la posibilidad de que sí les afecte si el 65 o el 75 % de los acreedores con garantía real votan a favor del acuerdo, el denominado “efecto arrastre”, algo harto improbable ya que lo habitual será que prefieran llegar a la fase de liquidación y realizar el bien en su totalidad.

Como he señalado, si tras el intento de acuerdo la propuesta que se realizara por el deudor no fuera aceptada, el mediador o el notario solicitará la declaración de concurso consecutivo liquidatorio, que se cerrará, bien por liquidación de todo el patrimonio del deudor, o por insuficiencia de masa activa. En el caso del deudor persona física empresario, cabe la posibilidad de que se llegue a un acuerdo con los acreedores en el seno del concurso.³¹

2.1. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.

La calificación del concurso es muy importante para la concesión del beneficio, ya que la declaración del concurso como fortuito es uno de los requisitos para ser considerado un deudor de buena fe.

Autores como Cuenca Casas critican los criterios establecidos para la calificación, ya que la regulación tiende a considerar deudor de buena fe a quien no es un delincuente en lugar de establecer un mecanismo de merecimiento más exigente.³²

El momento para abrir la fase de calificación del concurso, es una vez se inicie la liquidación o se apruebe el plan de liquidación. Si no se hace en ese momento, luego no será posible calificar el concurso como culpable, y este se considerará fortuito. Así lo

²⁹ J. M Fernández Seijo: *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. Bosch 2ª edición, Barcelona, 2015 ,pág 164.

³⁰ M.I Álvarez Vega: “Mecanismos de segunda oportunidad” , cit., pág. 6.

³¹ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág 214.

³² M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág. 28.

señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que señala: “*si en el auto de declaración y archivo se argumentó que no había responsabilidad de terceros, y si el mediador al solicitar el concurso no solicitó la apertura de la fase de liquidación, no puede el juez concursal al tiempo de resolver sobre la solicitud de exoneración de pasivo analizar si el concurso es o no culpable, cuando nada se ha alegado ni se ha tramitado la fase concursal correspondiente.*”³³

En caso de que se abra la pieza de calificación hay un listado de circunstancias que podrían suponer la calificación del concurso como culpable, y que por tanto impedirían la concesión del beneficio. Así como ciertas presunciones de culpabilidad, recogidas en el artículo 165 de la Ley Concursal. Me referiré a algunas de las más habituales.

En primer lugar, conforme al artículo 165 de la Ley Concursal, se presume la culpabilidad del concurso cuando se haya incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso. Es una presunción *iuris tantum*, y la solicitud se entenderá tardía si el deudor no solicita el concurso en los dos meses siguientes al momento en que conociera o hubiera podido conocer la situación de insolvencia. No obstante, no se declarará el concurso como culpable si en esta inactividad del deudor no hubiera mediado dolo o culpa grave³⁴ Así lo señala la Sentencia 475/2018: “*por lo que, aún en el caso que se hubiera declarado culpable por retraso en la presentación del concurso -que es la presunción que utiliza el juez a quo - se podría conceder la exoneración, atendidas las circunstancias del caso y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave, circunstancias que no ha valorado la resolución recurrida.*”³⁵

Sin embargo, autores como Cecilio Molina consideran que no es necesaria esta suerte de exclusión parcial del requisito, ya que supone un estímulo positivo para la declaración de concurso.³⁶

³³ Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona. Auto nº rec. 474/2015 de 1 de octubre de 2015 (FJº 7.30)

³⁴ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág. 28.

³⁵ Sentencia Nº 475/2018, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, Recurso nº 1282/2017 de 29 de Junio de 2018 (FJº 7.30)

³⁶ C. Molina: “Las propuestas de...”,cit., pág 5.

Personalmente, opino que dado el estigma que tradicionalmente supone en nuestra sociedad la entrada en concurso, el deudor percibirá esta solicitud como un fracaso personal. A esto debemos sumar la falta de información al respecto y el hecho de que no exista un turno de oficio especializado, situaciones que provocan que no podamos exigirle al deudor persona física que sea capaz de apreciar si es o no necesaria la entrada en concurso, siempre y cuando, no se trate de una situación de insolvencia evidente para un ciudadano medio.

Es causa de declaración de culpabilidad, que el deudor haya incumplido sus obligaciones contables, en el caso de tenerlas, que lleve una contabilidad doble o con irregularidades. Este es uno de los presupuestos mas habituales en la declaración de culpabilidad de los concursos y lleva en última instancia a la denegación del beneficio. La Audiencia Provincial de Baleares en su Sentencia de 7 de mayo de 2013 califica como culpable el concurso de un autónomo que afirmaba no tener obligación de llevar contabilidad por haberse acogido al régimen de estimación directa simplificada en el Impuesto de la Renta sobre las Personas Físicas. El tribunal señala, que no hay norma alguna que lo exonere de llevar contabilidad y que no habiendo presentado ningún libro contable procede declarar la culpabilidad del concurso.³⁷

Otra conducta que podría determinar la culpabilidad, es el alzamiento de bienes. No obstante, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia exige que exista ánimo de perjudicar a los acreedores, en concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 19 de julio de 2013. Además, la conducta no es coincidente con la del tipo penal tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de noviembre de 2013.³⁸ Y es que, simplemente la salida de dinero o bienes de la masa activa sin justificación suficiente, constituye la conducta del artículo 164 de la Ley Concursal para calificar el concurso como culpable, y será perjudicial para los acreedores cuando el activo restante no sea suficiente para satisfacer los créditos.^{39 40}

³⁷ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 173

³⁸ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 174.

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 20 de marzo de 2013.

⁴⁰ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág.174

También es causa de declaración de culpabilidad, la disposición de bienes o derechos de forma fraudulenta en los dos años anteriores a la declaración del concurso. El Tribunal Supremo, señala que: “*para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo*”. Por tanto, si se prueba la existencia de alguno de estos dos elementos subjetivos en el deudor sería suficiente, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan.⁴¹

Se presume la culpabilidad del concurso cuando el deudor haya incumplido de los deberes de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal. Se trata no obstante, de una presunción *iuris tantum*. Este requisito que se repite en los exigidos en la segunda de las vías de obtención del beneficio, no tiene mucho sentido si tenemos en cuenta que la no declaración del concurso como culpable es uno de los requisitos comunes para poder acceder al beneficio. Puede que sea un error del legislador o que intente prever situaciones en las que la falta de colaboración por el deudor se haya dado con posterioridad al momento oportuno para abrir la pieza de calificación. Y es que, la colaboración del deudor es muy importante para el éxito del concurso, como señala la Audiencia Provincial de Córdoba, “*conducta que por definición es posterior a la declaración de concurso difícilmente puede contribuir a la generación de la insolvencia, sin embargo sí que puede contribuir a agravarla, puesto que un déficit de información sobre el patrimonio del concursado puede impedir la concertación de un convenio, o dificultar o falsear el proceso de liquidación ordenada de su activo para satisfacción de sus acreedores*”.⁴²

Para que quede mas claro de qué estamos hablando cuando nos referimos a las obligaciones de colaboración del deudor, se trata de deberes que se generan al iniciarse el concurso. Entre ellos se encuentra, el deber de puesta a disposición de información ,

⁴¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 74/2014 de 27 de marzo de 2014. (F J3º.3)

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 28 de marzo de 2008 (F J 4).

como puede ser su estado civil , su actividad en los últimos años, relación de acreedores, etc. Este deber no se extingue con la solicitud de concurso donde detalla todos los extremos sobre su situación, sino que se mantiene vigente durante toda la vida del concurso. También tiene el deudor el deber de comparecencia ante el juzgado cuando sea requerido, el deber de asistencia a la junta de acreedores, y por último un deber mas genérico de colaboración, que se traduce en la necesidad de que el deudor colabore en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso, una especie de cláusula de cierre. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de marzo de 2011, señala que *“el artículo 42 LC impone al deudor un deber de colaboración, no solo en el sentido pasivo , de someterse a los requerimientos del juzgado y de la administración concursal, sino también , activo , de informar sobre cuanto resulte trascendente. Tal deber implica: a) deber de comparecer (ante el juzgado y ante los administradores); b) colaborar; y c) informar a la administración y al juez del concurso de cuanto resulte necesario para el buen fin del proceso.”*⁴³

Supondrá también la declaración de culpabilidad del concurso la realización de actos jurídicos tendentes a simular una situación patrimonial ficticia. El Tribunal Supremo ha dado los requisitos para considerar que concurre esta conducta: *“a) la ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia; b) que tales actos tengan carácter "jurídico", de tal forma que es insuficiente la creación de apariencia de situación patrimonial por "vías de hecho"; y c) que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso. (...) A los requisitos expuestos, directamente deducibles de la exégesis de la norma, cabe añadir los siguientes: d) La actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores; e) la situación fingida ha de tener cierta relevancia y ser apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores; y f) el comportamiento simulatorio no ha de estar previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma”* por tanto cualquier conducta del deudor que cumpla con estas premisas, sería adecuada para declarar el concurso como culpable y denegar le beneficio.⁴⁴

⁴³ V.Bastante Granell: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad.*, cit., pág. 93-94.

⁴⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 669/2012 de 14 de noviembre de 2012. (FJº 3, segundo submotivo 2.2, 39)

En caso de que existan inexactitudes graves o falsedad en los documentos presentados con la solicitud o durante el procedimiento, el concurso también podrá ser declarado como culpable. El Alto Tribunal se ha pronunciado sobre esta causa de culpabilidad, y señala que *“la inexactitud en los documentos que constituye esta causa de culpabilidad supone la falta de adecuación a la realidad de la información contenida en un documento auténtico y válido (de ser falso, se trataría de la presentación de documentos falsos, que también integra esta causa de culpabilidad), que puede ser tanto intencional como por infracción de la diligencia debida, sin que sea admisible excusar al deudor por haber delegado en un tercero su confección o aportación”*.⁴⁵ Por tanto, parece que podrá declararse la culpabilidad del concurso por esta causa aunque el responsable de la redacción o aportación del documento haya sido su asesor.

Por último, el artículo 164 dispone en su primer apartado que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor hubiera mediado dolo o culpa grave. Este apartado supone para algunos autores como Berenger o Benavides Velasco una “cláusula general” que permite al juez apreciar la culpabilidad conforme a un criterio valorativo mas amplio. Para poder probar esta conducta debe concurrir dolo o culpa grave por parte del deudor, que por acción u omisión, causa o agrava su estado de insolvencia. La jurisprudencia considera que será concurso fortuito todo aquel que no pueda ser declarado como culpable. En este sentido, el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 17 de julio de 2006 indica que también estaremos ante un concurso fortuito, cuando se aprecie culpa leve por parte del deudor. Así mismo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de enero de 2006 ha relacionado la concurrencia de un concurso fortuito con los acontecimientos imprevisibles, que provocan que aun cuando el deudor hubiera obrado diligentemente el daño se produce igual.⁴⁶ Así lo ha señalado, el Auto del Juzgado de lo mercantil nº 9 de Barcelona: *“Nos encontramos, en definitiva, ante una situación que la doctrina viene a llamar de “sobreendeudamiento pasivo”, en la cual el consumidor actúa responsablemente, pero se ve desbordado por contingencias inesperadas e imprevisibles, habiendo actuado siempre*

⁴⁵Tribunal Supremo (Sala de lo Civil. Sección 1ª). Sentencia nº 650/2016 de 3 de noviembre de 2016. (FJ 24º.1)

⁴⁶V.Bastante Granell: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad.*, cit., pág. 147 y ss. y 158 y ss.

*con buena fe, por lo que el Ordenamiento Jurídico no puede penalizar, a los que han solicitado su amparo a través, en este caso, del mecanismo del concurso de acreedores.*⁴⁷ Este podría ser el caso de los deudores que aunque han obrado diligentemente, tras la declaración del estado de alarma no han podido hacer frente a las circunstancias inesperadas e imprevisibles derivadas de la crisis sanitaria, y han agravado su situación de insolvencia.

La calificación del concurso como culpable no solo supone que el deudor no podrá acceder al beneficio, sino que además, será inhabilitado de forma temporal para gestionar bienes ajenos o representar a otros, y lo mas importante, para ejercer el comercio en nombre propio, por lo que en el caso de que conservará las facultades de administración de su negocio cesarían en este momento. No obstante, la norma recoge la posibilidad de atendiendo a la gravedad de los hechos y el perjuicio causado, el deudor pueda seguir al frente de su negocio.⁴⁸ Así mismo, es posible, que dadas las características de la actividad que desarrolla el deudor, bien por ser un sector muy específico o por su tamaño, sea muy complicado que el administrador concursal pueda hacerse cargo de todos los extremos de su gestión por requerir conocimientos especializados.

Esta pieza de calificación del concurso con causas tan tasadas puede tener mal encuadre en la nueva regulación que dispone la Directiva de la Unión Europea 2019/1023. La Directiva, establece un sistema de apreciación de la buena fe valorativo, en el que el juez apreciaría en cada caso si la conducta del deudor es merecedora de la declaración de culpabilidad o no. Otro aspecto que puede requerir modificación, es la posibilidad de inhabilitar al deudor para continuar al frente de su negocio, ya que la Directiva recoge que es necesario garantizar a los empresarios una segunda oportunidad y en consecuencia, períodos cortos de inhabilitación.

⁴⁷Juzgado de lo Mercantil nº9 de Barcelona. Auto nº 12/2014 de 22 de enero de 2014 (F J 1º.29)

⁴⁸ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 176.

2.2. EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (ART. 178 BIS LC).

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho está recogido en el artículo 178 bis de la Ley Concursal. Este se podrá solicitar una vez concluido el concurso, siendo el momento para hacerlo es el plazo de audiencia recogido en el artículo 152.3 de la Ley Concursal, siempre y cuando se haya liquidado todo el patrimonio del deudor, a salvo los bienes considerados como inembargables, o se hubiera concluido el concurso por insuficiencia de masa activa.

En el supuesto de que se haya concluido el concurso por insuficiencia de masa activa, posibilidad recogida en el artículo 176 bis, existen dos posibilidades: (i) que el deudor haya llegado a entrar en concurso consecutivo liquidatorio y sea en el seno del concurso donde se aprecia la insuficiencia de masa activa, posibilidad recogida en el 176 bis.2, o (ii) que esta se aprecie ya en el auto de declaración de concurso, y se concluya en ese momento, solicitando la exoneración, posibilidad recogida en el 176 bis.4º.

No obstante, no impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor “*mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables, desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.*”⁴⁹. Así mismo, hay jurisprudencia que considera que tampoco deberían tenerse en cuenta los bienes afectos a un privilegio especial para proceder a la apertura de la fase de liquidación, a no ser que su valor supere el del crédito que garantizan, así lo señala el Auto del Juzgado de primera Instancia nº41 de Madrid.⁵⁰ Por tanto, parece que cabe la posibilidad de que se concluya el concurso por insuficiencia de masa activa sin generar créditos contra la masa, lo que supondría la posibilidad de conceder la exoneración del beneficio directamente y por la primera de las vías, abaratando costes.

Sin embargo, Cuenca Casas llama la atención sobre la necesidad de ejecutar la garantía hipotecaria en el concurso, ya que de producirse la ejecución una vez concluido

⁴⁹Juzgado de lo Mercantil Oviedo nº2. Sentencia nº 90/2018 de 21 de noviembre de 2018. (FJ Único)

⁵⁰ Juzgado de Primera Instancia nº41 de Madrid Auto 435/2017 de 2017

este, el posible remanente no quedaría exonerado, lo que sería perjudicial para el deudor, ya que se le aplicaría el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De hecho, la autora señala esta fórmula como una estrategia de las entidades financieras para escapar del régimen de segunda oportunidad.⁵¹ Considera uno de los errores de esta regulación que no contemple un tratamiento especial cuando se trata de una garantía real sobre la vivienda habitual del deudor, salvo la paralización de la ejecución para lograr el acuerdo. No hay posibilidad de dación en pago, el deudor con garantía real deberá de cumplir todos y cada uno de los requisitos para la exoneración del pasivo restante pese a haber ejecutado la garantía. Tampoco se tienen en cuenta el incumplimiento de los deberes legales de préstamo responsable de la entidad financiera, por lo que no estimula la concesión responsable del crédito.⁵²

En mi opinión, siempre y cuando sea posible y el valor de la deuda y del bien se correspondan, si sería beneficioso para el deudor no ejecutarla en el seno del concurso, conceder el beneficio y que siga conservando la vivienda, si una vez exoneradas el resto de deudas puede seguir haciendo frente al pago de las cuotas. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de octubre de 2018, que permite no incluir en el plan de liquidación una vivienda grabada con un préstamo hipotecario, ya que las cuotas de la hipoteca habían sido satisfechas en tiempo y forma y el prestamista en ningún momento se había opuesto a la petición de la deudora, ni dado por vencido el crédito. En el mismo sentido la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona de 15 de abril de 2015 que concede el beneficio sin ejecutar la vivienda habitual de un concursado, haciéndose cargo del préstamo con cargo a la masa.⁵³ Como decía, antecedentes interesantes para instar la exclusión de la vivienda habitual de los concursados de los planes de liquidación, y que podrían suponer un aliciente para la declaración de concursos de personas físicas. No obstante, esto será interesante, siempre y cuando no nos encontremos ante un caso en el que la deuda supera el valor de la garantía ,en ese caso,

⁵¹ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág. 25.

⁵² M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.32.

⁵³ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág.274.

será mucho mejor que se incluya en el plan de liquidación ya que el resto de deuda que no se satisfaga podrá ser exonerada.⁵⁴

En relación con la exclusión de bienes inmuebles de la liquidación, hay incluso resoluciones, que excluyen de la liquidación bienes inmuebles que no tienen la consideración de vivienda habitual del deudor por estar destinados al alquiler. En este sentido, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo de 11 de diciembre de 2019, que señalaba que el beneficio no es incompatible con el mantenimiento de un bien inmueble en el patrimonio del deudor : *“siempre que: a) se halle la hipoteca al corriente de pago; b) el valor venal del bien sea inferior a la deuda hipotecaria viva. En tal coyuntura, vender el bien a nadie beneficia: ni al deudor, que obviamente pierde el bien; el banco acreedor, que aspira al mantenimiento del contrato de préstamo; ni, en fin, a los acreedores ordinarios o subordinados, que no pueden esperar sobrante”*⁵⁵.

De todos modos, no se trata de un tema pacífico. El Consejo General de Poder judicial en sus conclusiones del Seminario de Segunda Oportunidad de 2016, señalaba que la liquidación de todo el patrimonio del deudor es el precio que debe de “pagar” por la exoneración.⁵⁶

Cuena Casas que como hemos visto aboga por la liquidación de la vivienda habitual en el seno del concurso, señala también en cuanto a la posibilidad del “archivo exprés”, que no se puede conceder la exoneración de las deudas sin la previa liquidación del patrimonio dada la redacción del 176 bis. El artículo recoge la necesidad de que se nombre administrador concursal con la finalidad de liquidar los bienes existentes, que investigue efectivamente sobre la existencia de bienes del deudor, y determine la masa activa y pasiva del concurso. En definitiva, que realice el informe recogido el artículo 152 con el contenido del artículo 75 de la Ley Concursal, necesario para la concesión del

⁵⁴ C. De Vivero De Porras: *Ley de segunda oportunidad. Dejar atrás las deudas para volver a empezar*. Editorial Ley 57. Málaga, 2019, pág. 201y 202.

⁵⁵ A. Muñoz Paredes: “El arte de (no) pagar las deudas” *Diario la ley*, nº 9584 de 2 de marzo de 2020, págs. 5-6.

⁵⁶ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 274

beneficio.^{57Y58} En este sentido la Audiencia Provincial de Barcelona: “*por ello, debemos entender que la norma introducida en el apartado 2º del art. 176 bis.4 LC no puede ser entendida como un supuesto de archivo exprés por insuficiencia de masa, sino como una excepción al mismo, de forma que si estamos ante un concurso de persona física en el que se pretende obtener el beneficio de pasivo insatisfecho ex art. 178 bis LC , no puede acordarse la declaración y archivo en la misma resolución, sino que se declarará el concurso con nombramiento de administrador concursal quien sólo procederá a liquidar bienes, si los hubiere, y se seguirá la tramitación del concurso a los efectos de solicitar el beneficio de exoneración de pasivo con los trámites del art. 178 bis LC (...)* Para la correcta tramitación del beneficio de exoneración será necesaria la delimitación de la masa activa y pasiva, por lo que resulta necesario el informe del art. 75 LC , lo que nos permitirá conocer con exactitud con qué bienes cuenta el deudor para el pago de las deudas y cuáles deberán ser abonadas para poder tener la consideración de deudor de buena fe así como las que tienen la consideración de exonerables y no exonerables. Por ello, el juez a quo no debió acordar la declaración y conclusión en el mismo auto, sino dar el trámite normal al concurso consecutivo para poder tener una información completa sobre el concursado, lo que le hubiera ahorrado los requerimientos que durante el procedimiento ha llevado a cabo para recabar aquélla.”⁵⁹

En el mismo sentido, Tomallesi, considera que lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 176 bis.4 supone una excepción al concurso exprés para los deudores persona física que busquen acogerse al beneficio de exoneración. Señala que por tanto, sea cual sea el momento en que se concluya el concurso por insuficiencia de masa activa, el plazo para solicitar el beneficio será el de rendición de cuentas del artículo 152.3.⁶⁰ En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en Sentencia de 13 de febrero de 2017: “*El segundo de los casos, es cuando el juez declara*

⁵⁷A.L. Tomallesi Rojas: “Análisis de la Sentencia N° 475/2018, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, Rec 1282/2017 de 29 de junio de 2018.Cuestiones prácticas en el concurso de persona física no empresario” . <https://elderecho.com/cuestiones-practicas-concurso-persona-fisica-no-empresario> , 27 de marzo de 2018. (Última consulta 26 de abril de 2020)

⁵⁸ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág. 25.

⁵⁹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia n° 475/2018 de 29 de junio de 2018.(FJª4)

⁶⁰ A.L. Tomallesi Rojas: “Análisis de la Sentencia N° 475/2018...”, cit.

*aquella misma insuficiencia en el auto declarando el concurso, en cuyo caso, el deudor puede solicitar la exoneración después de aquella declaración y conclusión (art. 176 bis.4 LC)”*⁶¹

Así, parece que atendiendo a estas interpretaciones, en todo caso debería de nombrarse administrador y se generarían créditos contra la masa, sin que exista posibilidad de conceder el beneficio de una forma más directa.

Este plazo de audiencia es el que se utiliza para dar publicidad al informe de finalización del concurso y de rendición de cuentas de la administración concursal y como apunta Díaz Revorio, es preclusivo, por lo que es muy importante que el deudor presente su solicitud en el plazo de 15 días.⁶²

En el artículo 178 bis se establecen los requisitos para conceder el beneficio. Existen unos requisitos comunes y otros específicos de cada una de las vías. El artículo solo admite la exoneración a los deudores de buena fe, que se valorará en atención al cumplimiento de los requisitos que enumeraré a continuación.

1) El concurso no puede haber sido declarado culpable en los términos ya señalados anteriormente. Por eso, la apertura o no de la sección sexta es tan importante, si no se determina la culpabilidad en ese momento, el concurso se considerará fortuito y ya no se podrá entrar a valorar la culpabilidad. Sin embargo, si se abre pieza de calificación y se concluye que el concurso es culpable, el deudor no podrá obtener el beneficio. Resulta dudoso, si el hecho de haber sido declarado culpable otro concurso solicitado por el mismo deudor, podría suponer la ausencia de buena fe. El Juzgado de lo Mercantil de León en sentencia de 14 octubre 2015, el juez confirmó que esa situación denotaba la ausencia de buena fe del deudor y denegó el beneficio. Señaló que la concurrencia de los requisitos recogidos en el apartado 3 del precepto constituye un mínimo en sí mismo insuficiente, y sería necesario que

⁶¹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia nº33/2017 de 13 de febrero de 2017 (FJº 2.4)

⁶² A.L. Tomallesi Rojas: “Análisis de la Sentencia Nº 475/2018...”, cit.

podiera apreciarse cualquier otra circunstancia que señalara la ausencia de buena fe por parte del deudor.⁶³

2) El precepto establece como requisito que; el concursado no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, el orden socio económico, contra la Hacienda pública o la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores al auto de declaración de concurso. El límite tipológico de este requisito me parece acertado. No así el temporal, que puede llegar a superar el plazo de cancelación de antecedentes penales. Ambos períodos deberían coordinarse, permitiendo así, que quienes hayan cancelado sus antecedentes penales puedan optar a la remisión. En la misma línea, Fernández Seijo, así como los Jueces de lo Mercantil y del Juzgado de Primera instancia nº50 de Barcelona, que señalan que el deudor, no podrá acceder al beneficio *“salvo que se acredite la extinción de la responsabilidad criminal de acuerdo con el Código Penal”*.⁶⁴

Sin embargo, otros autores como Cecilio Molina y Cuenca Casas, consideran acertado este requisito. Señala esta última : *“A mi juicio, creo que no deben mezclarse ambos aspectos pues en ningún caso la LSOp hace depender la exoneración del cumplimiento o no de las penas y de las responsabilidades civiles. Ese comportamiento pasado no le hace merecedor del perdón, por más que el reproche penal haya cesado. Lo importante es haber sido condenado por tales delitos. No creo que sea razonable hacer interpretaciones extensivas de la norma para dar entrada a deudores cuyo comportamiento patrimonial ha sido reprochable. Sería llamativo que un ex delincuente pudiera ver exoneradas las deudas y otro que no ha delinquido pero, por ejemplo, no ha cumplido los deberes del art. 42 LC no pudiera beneficiarse de la exoneración”*⁶⁵

⁶³ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia número 50 de barcelona unifican criterios interpretativos en relación a la aplicación del artículo 178 bis de la ley concursal” *Centro de estudios de consumo*, 9 de julio de 2016, pág. 4.

⁶⁴ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág.3

⁶⁵ C. Molina: “Las propuestas de...”,cit., pág 5 y 6.

No estoy de acuerdo con esta apreciación; moralmente puede resultar reprochable, pero la solución a un sistema de apreciación de la buena fe injusto no es expulsar del mecanismo a más deudores por causas que nada tienen que ver con su situación económica, y que nos abocarían a una suerte de *bis in idem* intolerable. Por otro lado, el catálogo de delitos puede llegar a ser injusto. Tal y como señala Bastante Granell, no es lo mismo robar por necesidad que por ambición, sin embargo, en base a esta clasificación, no habría ninguna diferencia. Si una persona roba artículos de escasa cuantía porque no tiene trabajo y debe alimentar a su familia, le sería denegado el beneficio por haber sido condenado, de la misma forma que a otra persona que roba grandes cantidades de dinero con la única finalidad de adquirir más fortuna.⁶⁶

En cuanto a la prejudicialidad penal, se han aclarado las dudas al respecto y en caso de que exista un proceso penal iniciado, se suspenderá el de exoneración hasta la finalización del primero.⁶⁷

3) Que haya al menos intentado el acuerdo extrajudicial de pagos del que he hablado anteriormente. Para entender que se ha intentado el acuerdo extrajudicial debe de haberse intentado realmente llegar a un acuerdo con los acreedores, y que en caso de que hubiera fracasado bien el acuerdo o las negociaciones, no le sea imputable al deudor. En este sentido la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Logroño, de 25 de febrero de 2016 que señala que: “*la utilización del acuerdo extrajudicial de pagos como simple medio para “cubrir el expediente” y así evitar el abono del 25 por 100 del crédito ordinarios no puede sino ser considerado como un fraudulento de ley que no puede ser amparado*”⁶⁸

Por su parte en las conclusiones del encuentro de Magistrados de lo Mercantil de 2016, señalan que “*el concepto de “intentar un AEP”, recogido en la norma para calificar a un deudor como de buena fe, debe ser interpretado de forma amplia y podríamos incluir cualquier supuesto en que se ponga fin al procedimiento de acuerdo*

⁶⁶ V. Bastante Granell: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad.*, cit., pág. 211.

⁶⁷ C. Molina: “Las propuestas de...”, cit., pág. 6

⁶⁸ Juzgado de Primera Instancia de Logroño nº6. Sentencia (Versión electrónica: Base de datos Aranzadi [JUR/2016/49714]) de 25 de febrero de 2016, (FJº2)

extrajudicial de pagos, incluso en los casos de incumplimiento del acuerdo alcanzado o de anulación.⁶⁹”

A la vista de lo establecido por la jurisprudencia, no sería válido celebrar el acuerdo, pero no tener una intención real de llegar a un acuerdo con los acreedores. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esto, y en su sentencia nº150/2019 denegó la concesión del beneficio por considerar que no se había producido un verdadero intento de acuerdo extrajudicial de pagos. El deudor había propuesto una quita del 100% de los créditos y el acuerdo fracasó. Solicitó la exoneración del pasivo por la primera de las vías, cuyos requisitos son; haber satisfecho los créditos privilegiados, contra la masa y celebrado o al menos intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, además de los requisitos comunes. El juez desestima la pretensión porque considera que no se ha intentado realmente el acuerdo extrajudicial de pagos al haber propuesto una quita del 100%. El concursado acude al Supremo en casación alegando que el intento de acuerdo se produce cuando *”se acude al trámite del acuerdo extrajudicial de pagos, previo al concurso consecutivo”* y que el deudor *”se ajustó a la normativa, que no establece límite para las quitas, y propuso una quita del todo el pasivo en atención a que el deudor no tenía ningún ingreso.”*⁷⁰ No obstante, la sala vuelve a desestimar su pretensión ya que considera que: *” El requisito del ordinal 3º se refiere a que se hubiera instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, que al verse frustrado, dio paso al concurso consecutivo, a cuya conclusión por insuficiencia de activo el deudor interesa el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De modo que, a los efectos del ordinal 3º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos. Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en*

⁶⁹ S. Senent Martínez: *”Conclusiones Seminario Segunda Oportunidad del Consejo General del Poder judicial”*. Madrid, 2016.(pág. 7)

⁷⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia nº 150/2019 de 13 marzo.(FJ 2º)

caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4.º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos. Si, como ocurre en el presente caso, en la práctica no se ofrece nada, pues la propuesta era la extinción o quita del 100% de los créditos, hemos de concluir, como hizo la Audiencia, que no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos.”⁷¹ En definitiva, la sala considera que el deudor que se encuentra en situación de insolvencia debe de arriesgarse a que los acreedores acepten su propuesta, que debe ser necesariamente menos gravosa para estos que el beneficio para entender que se ha intentado el acuerdo. Además, interpreta de forma distinta el ordinal 3º y el 4º , sugiriendo que en el caso del último es necesario intentar realmente el acuerdo, mientras que en del primero sería válido con simplemente realizar el trámite.

En esta misma línea, Cuenca Casas señala que considera que se quedan fuera del acuerdo extrajudicial de pagos: *“los supuestos en los que no subsana defectos de la solicitud o desiste de la mediación (...) Abarcaría los casos de fracaso del acuerdo e impugnación de este.”* Y considera que si se debería de considerar válido *“(…) cuando ha resultado imposible alcanzar un acuerdo o éste ha sido anulado o ha sido incumplido, sin que se distinga si el incumplimiento es imputable o no. No obstante, entiendo que debería tal supuesto reconducirse al concurso culpable por la vía del art. 164.1 LC, aunque no se contemple esta hipótesis en el art. 164.1.3o que sólo va referido al incumplimiento imputable del convenio.”*

No son válidas otras formas de negociación para entender cumplido el trámite del acuerdo extrajudicial , ni ofrecimientos informales a las entidades financieras, ni las mediaciones, solo el acuerdo mediante el procedimiento establecido al efecto.⁷²

⁷¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia nº 150/2019 de 13 marzo.(FJ 2º)

⁷² Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª). Sentencia nº418/17 de 5 de julio de 2017.(FJº2)

No obstante, parece que es posible eludir este requisito mediante el pago de un determinado porcentaje de créditos como mas adelante expondré.

Como vemos, no son los requisitos de buena fe que cabría esperar, en palabras del Alto Tribunal “ *la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del art 7.1 CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC, cuya naturaleza es heterogénea.*”⁷³ Y es que se habla de buena fe cuando realmente nos encontramos ante requisitos de acceso al régimen, que no aluden a la conducta del deudor y no tienen en cuenta cuál es la causa de la insolvencia. Decir que un deudor lo es de buena fe por poder satisfacer un umbral de pasivo mínimo o cumplir un plan de pagos, supone ignorar por completo el concepto jurídico de buena fe.⁷⁴ Además, los requisitos para establecer buena fe no son siempre los mismos, dependen del modelo de exoneración al que el deudor se acoja.⁷⁵ De hecho, el apartado 5º del 178bis.3 establece unos requisitos mucho mas rigurosos para el deudor persona natural que se acoja a la segunda de las vías, que si bien pueden ser razonables , deberían de exigirse a todos los deudores y no solo a los que por no haber podido satisfacer los umbrales de pasivo mínimo de la primera opción , deban de acogerse a un plan de pagos.⁷⁶

En este mismo sentido, Hernández Rodríguez señala que algunos de los requisitos remotamente pueden entenderse justificativos y reflejo de buena fe, como por ejemplo los que requieren la satisfacción de un umbral de pasivo mínimo, que desarrollaré a continuación.⁷⁷

⁷³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, pleno) Sentencia nº 381/2019 de 2 de julio de 2019

⁷⁴ C. Molina: “Las propuestas de...”, cit., pág. 5.

⁷⁵ V.Bastante Granell: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad.*, cit., pág.135.

⁷⁶ V.Bastante Granell: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad.*, cit., pág.135.

⁷⁷ V.Bastante Granell: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad.*, cit., pág.134.

2.2.1. PRIMERA VÍA

Sí el deudor cumple los requisitos enumerados en el apartado anterior, deberá de reunir además otros distintos en función de la vía por la que acceda al beneficio.

En la primera de las vías, la del apartado 4º.3, debe de haber satisfecho al menos todos los créditos contra la masa y los privilegiados, esto si ha intentado el acuerdo extrajudicial, sino deberá satisfacer el 25% de los ordinarios. Como vemos, parece que se admite que no se celebre el acuerdo si se paga un mayor porcentaje de deuda. Así lo entiende parte de la doctrina, que lo considera una buena medida disuasoria para que los deudores intenten el acuerdo extrajudicial. Consideran que no se trata de un requisito imprescindible, aunque sea deseable, ya que existe una alternativa a su celebración, en este sentido, Zabaleta Díaz, Cuenca Casas y Pulgar Ezquerro.^{78y79}.

En este mismo sentido, la Audiencia Provincial de La Rioja señala: “*obtendrá también la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho aquél deudor que no habiendo intentado en su día alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, haya pagado la totalidad de los créditos contra la masa, privilegiados y el 25% de los créditos ordinarios.*”⁸⁰ También los jueces de lo mercantil de Barcelona y del juzgado de primera instancia nº50 en sus conclusiones de 15 de junio de 2016; señalan en contra de quienes lo entienden como un requisito ineludible, que la suya: “*es una interpretación incoherente ya que “si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo” el concursado deberá satisfacer al menos el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios*”. Por tanto, consideran que la falta de intento del AEP no determina en este primer tipo de exoneración la denegación de la solicitud del pasivo, sino que conlleva que el deudor que no ha sido tan diligente como el que sí lo ha intentado es “penalizado” con el pago del 25% de los créditos ordinarios.”⁸¹

⁷⁸ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. . 261.

⁷⁹ A. Padrón Villalba “La segunda oportunidad ...”, cit., pág. 110.

⁸⁰ Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª) Sentencia nº 188/2016 de 29 de julio de 2016. (F. J. 5º)

⁸¹ J.J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., págs. 5-8.

Hay que tener presente que el requisito de haber celebrado acuerdo, no solo sería sustituible por la satisfacción del 25% de los créditos ordinarios, sino que tal y como apunta Cecilio Molina, parece que también lo es por la aceptación al sometimiento de un plan de pagos.⁸² No obstante, más adelante trataré el tema, ya que hay quien considera que también es necesario haber celebrado acuerdo para acceder al beneficio mediante un plan de pagos.

En sentido contrario, la Audiencia Provincial de Pontevedra en Auto de 25 de enero de 2016 afirma, que el intento de acuerdo es un requisito ineludible, y que cuando la norma parece excepcionarlo, “*puede interpretarse en el sentido de que la norma se está refiriendo a los deudores que no cumplan los requisitos del art. 231.*”⁸³, La misma conclusión que obtienen en el Seminario de segunda oportunidad del Consejo General del Poder Judicial de 2016, señalan, que quién cumpla los requisitos deberá de intentar el acuerdo ya que la opción de satisfacer el 25% de los créditos ordinarios es incompatible con el apartado 3º del 178bis, que plantea como requisito general el acuerdo.⁸⁴ En esta línea también parte de la doctrina ,como Padrón Villalba, que considera que el requisito de haber celebrado o al menos intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, supone un paso obligatorio para acceder al beneficio, siempre y cuando se cumplan los requisitos para poder intentarlo, y que solo en caso de no cumplirlos cabría la posibilidad de acceder a la remisión, satisfaciendo el 25% de los créditos ordinarios.⁸⁵ En sentido similar, Hernández Rodríguez, que considera que tampoco sería exigible el intento de acuerdo extrajudicial cuando el deudor, aun cumpliendo el resto de requisitos, carezca de bienes o ingresos.⁸⁶ La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª) viene interpretando que

⁸² C. Molina: “Las propuestas de...”,cit., pág. 6.

⁸³ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág.6.

⁸⁴ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág.6.

⁸⁵ A. Padrón Villalba “La segunda oportunidad ...”, cit., pág.110.

⁸⁶ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág.5.

si un deudor no puede llegar a un acuerdo por al menos el 25% de los créditos ordinarios debería de declararse concurso consecutivo.⁸⁷

Personalmente, considero mas acertada la primera de las interpretaciones ya que si el legislador hubiera querido establecer la excepción al acuerdo tan solo para los deudores que no cumplan los requisitos, lo hubiera señalado expresamente. Además, es suficiente aliciente para celebrar que en su lugar deba de satisfacer el 25% de los créditos ordinarios. No obstante, en el caso de los deudores sin recursos suficientes para llegar a un acuerdo, considero que deberían de entrar en concurso automáticamente, y no ser penalizados por no haber celebrado un acuerdo que nunca hubiera llegado a buen puerto.

Por último, para la satisfacción de los créditos privilegiados con garantía real se satisfará hasta donde alcanza la garantía, reuniendo el resto la condición de ordinario, así lo señalaron los Jueces de lo Mercantil de Madrid en sus criterio de interpretación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores sobre cuestiones concursales de 2013.⁸⁸

2.2.1.1 ¿Provisional o definitivo?

Otra de las cuestiones controvertidas del beneficio, es si su concesión por la primera de las vías supone la remisión provisional o definitiva de las deudas.

En mi opinión, en esta vía de acceso al beneficio se obtiene la remisión de forma definitiva aunque sujeta a una posible revocación. Es esta línea está también la de los Jueces de lo Mercantil de Barcelona y del Juzgado de Primera Instancia nº 50, que en las conclusiones de su reunión de 2016 señalan que *“existen dos supuestos de exoneración: el supuesto del art. 178 bis 3 número 4o, que tiene la naturaleza de exoneración definitiva, aunque sometida al plazo de revocación y el supuesto del art. 178 bis 3 número 5o, que tiene la naturaleza de exención parcial y provisional, también sometida al plazo*

⁸⁷ Córdoba B., M.Cervera M.,Y. Ríos Y.:“Conferencia online. Retos y medidas en materia concursal “Conferencia online impartida por el Ilustre Colegio de la abogacía de Barcelona.5 de mayo de 2020. <https://vimeo.com/415232112> (Última consulta 13 de mayo de 2020)

⁸⁸M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 262.

de revocación. Este tipo de exoneración se puede convertir en exoneración definitiva en los términos del art. 178 bis 8. En ambos supuestos, para que el deudor sea considerado de buena fe resultan ineludibles los requisitos del 178 bis 3.1o, 2o y 3o”.^{89 90}

Son múltiples las razones que me llevan a considerar que es definitivo. En primer lugar, una vez transcurridos los hipotéticos cinco años de provisionalidad del beneficio, este no se confirma este por ningún medio, lo que nos sugiere que siempre fue definitivo, al contrario que el que se obtiene a través del 178 bis.5, que si requiere de un trámite adicional para declarar su carácter definitivo. Por otro lado, cuando el artículo habla de revocación, cuya definición es “*dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución*”,⁹¹ nos está sugiriendo que se trataba de algo definitivo. Por último, la exposición de motivos relata que se establecen dos formas de exoneración de modo que una de ellas sea automática, sin necesidad de una resolución judicial adicional, simplemente con que se cumplan los requisitos, y en el caso de que exista una segunda resolución sólo será en sentido revocatorio. De hecho, sentencias como la del Tribunal Supremo que cuestionaba la inclusión o no en el pasivo exonerable de unos créditos públicos se refieren a la diferencia entre ambas vías en los siguientes términos: “*la norma establece dos sistemas de exoneración. La exoneración definitiva si el deudor de buena fe cumple los requisitos del artículo 178 bis 4o de la Ley Concursal. Y la exoneración provisional si no los cumple pero se somete a un plan de pagos. Para los que cumplen el primer sistema, está prevista la exoneración todo el pasivo (también el público) y de forma definitiva. Aunque es cierto que puede revocarse si durante los cinco años siguientes consta la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados (ex art 176 bis 7 LC).*”⁹²

Sin embargo, para algunos autores, entre los que se encuentra Cuenca Casas, esta exoneración no es definitiva sino provisional. En su opinión, el legislador se refiere

⁸⁹ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág.6

⁹⁰ En este sentido también algunos autores como Serrano de Nicolás y Sánchez García, según apunta M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.16-39

⁹¹ Diccionario de la Real Academia española de la lengua. (<https://dle.rae.es/revocar>) (Última Consulta 23 de marzo de 2020)

⁹² Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, pleno) Sentencia nº 381/2019 de 2 de julio de 2019 (FJº 1º.5)

específicamente al deudor que se acoge a plan de pagos cuando así quiere que sea y en este caso, en el 178.4, no lo hace porque pretende referirse a ambas vías de exoneración. Pese a que reconoce que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal sugiere otra finalidad, considera que ante la habitual falta de sintonía entre esta y la norma debe prevalecer el texto de la ley.⁹³ En esta misma línea Tomás Tomás que argumenta: “*creo que el beneficio sí es de carácter provisional y no definitivo porque el artículo 178 bis. 7. permite a “cualquier acreedor concursal solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados (...)”*”.⁹⁴

No obstante, lo que sí parece claro es que el legislador ha querido beneficiar al deudor que se acoge a la primera de las vías, tanto concediéndole, en mi opinión, la exoneración definitiva, como exonerándole de un mayor número de créditos incluidos los créditos por alimentos y los públicos. Como señala Tomás Tomás: “*las dos vías de acceso difieren de manera notable, constatándose la potenciación de la primera en detrimento de la segunda con la concesión de algunas ventajas: no hay publicidad en el Registro Público Concursal, se exoneran los créditos públicos y por alimentos (...) la ley manifiesta que la exoneración no se extenderá a los créditos públicos y por alimentos sólo en la segunda vía de exoneración, sin fijar esta precisión para la remisión por la primera vía, por lo que se entiende que en la vía del artículo 178 bis 3.4o sí quedarán exonerados los créditos públicos y por alimentos.*”⁹⁵ En relación con esto, debemos de tener presente, que en la primera de las vías habrá dos posibilidades. La primera, que se haya celebrado acuerdo extrajudicial, en cuyo caso se exonerará al deudor de todos los créditos ordinarios y los subordinados. Y la segunda, que no se haya intentado, en ese caso será exonerado del 75% de los ordinarios, y de los subordinados.⁹⁶

⁹³ M. Cuenca Casas. “El nuevo régimen...”, cit., pág. 16-39

⁹⁴ M. Cuenca Casas. “El nuevo régimen...”, loc. cit. ult.

⁹⁵ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág. 16-17.

⁹⁶ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 262.

No obstante, tampoco es un tema completamente pacífico. El Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona en Auto de 1 de octubre de 2015, exonera a un deudor que ha intentado acuerdo extrajudicial de pagos y señala: “*se cumplen todos los requisitos formales y materiales para proceder a la exoneración provisional del pasivo concursal insatisfecho conforme al artículo 178 bis párrafo 5, es decir, deberán exonerarse provisionalmente: " Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos"*”.⁹⁷ El juez parece sugerir, en primer lugar que la primera de las vías no supone la exoneración definitiva, así como que en esta tampoco se exoneran los créditos públicos y por alimentos.

Algunos autores como Gómez Asensio⁹⁸ y Cuenca Casas, aun afirmando que efectivamente son exonerables los créditos públicos y por alimentos en la primera de las vías, consideran intolerable que en un país civilizado se exoneren este tipo de créditos que denotan un comportamiento intolerable del deudor. Así mismo, llaman la atención sobre que el problema estriba, en que en el concurso se insiste en determinar las deudas que no son exonerables en función de su clasificación, y debería de atenderse a cuáles no deben de ser exoneradas por su carácter asistencial. Todo esto en consonancia con su opinión sobre que el sistema debe de atender al nivel de merecimiento del deudor, aumentando la intervención del juez en la concesión del beneficio.⁹⁹

Antes de comenzar con la segunda de las vías, conviene a hacer mención a lo establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019. Según esta resolución, es posible cambiar la vía de acceso al beneficio una vez solicitado. En el caso concreto, el deudor solicita el beneficio acogiéndose a la primera de las vías por haber satisfecho los créditos contra la masa y los privilegiados. Sin embargo, la Abogacía del Estado se opone, ya que afirma que existen créditos contra la masa y privilegiados, y que por tanto no puede serle concedido el beneficio por la primera de las vías. El deudor se allana parcialmente y solicita de nuevo el beneficio acogiéndose a la segunda vía, y así

⁹⁷ Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona. Auto nº rec. 474/2015 de 1 de octubre de 2015 (FJº9º)

⁹⁸ V.Bastante Granell: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad.*, cit., pág.124.

⁹⁹ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág. 29 Y 30

satisfacer los créditos en el plazo de 5 años. Todas las instancias lo aceptan , incluido el Alto Tribunal.¹⁰⁰ Todo ello, sin entrar a valorar la buena fe del deudor por haber ocultado los créditos, ya que las opciones para apreciar esta son tasadas, lo que deja en evidencia la insuficiencia de nuestra legislación para valorar realmente la buena fe del deudor más allá de su capacidad de pago.

Ahora bien, el beneficio de exoneración se concede siempre y cuando los deudores no se opongan a este en el plazo de cinco días desde la solicitud del deudor. Dado que no es una cuestión pacífica si el beneficio se concede de manera definitiva o provisional en la primera de las vías, volveré a referirme a la concesión del beneficio más adelante. No obstante, los autores que entienden la primera de las vías como una vía de acceso directa y definitiva al beneficio, si consideran que el deudor que satisfaga todos los créditos que el artículo requiere podrá solicitar el beneficio en el plazo de audiencia. La administración concursal y los acreedores se podrán oponer a la concesión. Esta oposición debería de basarse o bien en que no cumple los requisitos de buena fe o que no ha satisfecho el pasivo necesario. Pero según lo establecido en las conclusiones del Seminario del Segunda Oportunidad del Consejo General del Poder Judicial de 2016 cabría la posibilidad de que, como hemos visto, se funde la oposición en que el deudor debería de haber solicitado la exoneración por la vía del artículo 178 bis, apartado 3.5º, en lugar de por la del apartado 3.4º, por no reunir los requisitos necesarios para esta última. Si existe oposición ,se abre un incidente concursal que reconocerá o denegará el beneficio mediante auto. En caso de que no se formule oposición, el juez concederá el beneficio en el auto de conclusión del concurso.¹⁰¹

2.2.2. SEGUNDA VIA. EL PLAN DE PAGOS.

Si el deudor no puede satisfacer los créditos contra la masa, privilegiados y en su caso el 25% de los ordinarios, podrá someterse a un plan de pagos para intentar pagar los

¹⁰⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, pleno) Sentencia nº 381/2019 de 2 de julio de 2019

¹⁰¹ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 264.

créditos no exonerables en el plazo de cinco años. No obstante, esta vía trae consigo algunos requisitos adicionales. Parece que el legislador le exige al deudor que dispone de menos recursos un plus de buena fe.

Esta también es la vía de exoneración para el caso de que haya en el concurso créditos contingentes, créditos que están sometidos a condición suspensiva o son litigiosos, son reconocidos en los concursos sin cuantía y su acreedor entra en el concurso con todos los derechos, menos el de voto, adhesión y cobro, hasta que se confirme el crédito o se reconozca en sentencia (art. 87.3 LC). Así lo han indicado en las conclusiones del Seminario de Segunda Oportunidad del Consejo General de Poder judicial de 2016, ya que al no estar los créditos determinados ni cuantificados, no tener el acreedor el derecho al cobro, sería inviable que el deudor accediera al beneficio por la primera de las vías. Deberá de acudir a la vía del apartado 5º.¹⁰²

Entre los requisitos del 178 bis.3.5º LC se encuentra, en primer lugar, no haber incumplido las obligaciones de colaboración. Este requisito puede parecer repetitivo ya que nos hemos referido a él como una de las causas que determinan la declaración de culpabilidad, pero en ese caso debía de concurrir dolo o culpa grave. Si no concurre ninguno de estos dos elementos subjetivos no se declarará como culpable el concurso, pero podrá ser denegado el beneficio por haber incumplido las obligaciones de colaboración.¹⁰³ Además, no podemos olvidar que el momento de declarar la culpabilidad del concurso es la sección sexta, antes de la liquidación, por lo que puede que el incumplimiento de las obligaciones de colaboración, que nacen con la apertura del concurso y mueren con su conclusión se dé en un momento posterior a la pieza de calificación. En relación con esto, es importante señalar que nada dice la norma sobre que estas obligaciones de colaboración se encuentren vigentes durante el acuerdo extrajudicial o durante la vigencia del plan de pagos. No obstante, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona de 1 de octubre de 2015, señala a efectos de cumplimiento de los requisitos para la exoneración por esta vía, que es necesario el cumplimiento de los

¹⁰² S. Senent Martínez: "Conclusiones Seminario Segunda Oportunidad del Consejo General del Poder judicial". Madrid, 2016, pág. 11.

¹⁰³ C. Molina: "Las propuestas de...", cit., pág. 10.

deberes de colaboración durante la fase extrajudicial, por lo que conviene que el deudor se muestre dispuesto a colaborar durante todo el proceso.

En segundo lugar, es necesario que el deudor no haya obtenido el beneficio en los últimos 10 años, vedando así el recurso excesivo a esta figura. Pero debemos tener en cuenta que este es solo un requisito para acceder al beneficio a través de la segunda de las vías; por lo que parece, que los deudores con liquidez podrán beneficiarse de la remisión tantas veces como deseen.¹⁰⁴

El siguiente requisito, consiste en que el deudor no haya rechazado una oferta de trabajo adecuada sus capacidades en los 4 años anteriores. Sobre esto, Cuenca Casas señala: *“el deudor tiene que hacer todo lo posible por obtener ingresos y satisfacer los intereses de los acreedores, lo cual parece razonable. Ahora bien, este requisito tiene sentido si no se impone como obligatorio el pago de la deuda no exonerable para la extinción de las que sí se exoneran.(...) el deudor destina sus ingresos futuros a pagar lo que pueda a sus acreedores y de ahí que se controle su interés en encontrar empleo. Por lo tanto, esta exigencia tiene sentido cuando el deudor no tiene que cumplir un plan de pagos para lograr la exoneración definitiva que es lo que se exige en Derecho español, que permite la revocación de la exoneración por incumplimiento de plan de pagos”* No obstante, la carga de la prueba corresponde a los acreedores que deberán presentar la documentación correspondiente en el Instituto Nacional de Empleo (INE). Teniendo en cuenta los medios de los que se dispone hoy en día para la búsqueda de empleo, así como del hecho de que la norma exige no haber rechazado un puesto de trabajo en lugar de la búsqueda activa de empleo, parece complicado que estos puedan probar el incumplimiento del requisito por el deudor.^{105 106} A la dificultad que puede conllevar para los acreedores conocer si el deudor ha rechazado una propuesta de trabajo, debemos de añadirle, que deben valorar si es adecuada a sus capacidades, lo que tendría mas sentido

¹⁰⁵ C. Molina: “Las propuestas de...”,cit., pág. 11.

¹⁰⁶ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 266.

si se requiriera durante la vigencia del plan y no en los 4 años anteriores, sobre todo si nos encontramos ante un deudor persona física empresario.¹⁰⁷

Por último, el deudor debe aceptar la inscripción del beneficio en un Registro Público Concursal. Además, dado que el beneficio no es definitivo, al condicionarse al cumplimiento del plan de pagos, puede que los acreedores lo hagan constar en la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), lo que le provocará, como señala Cuenca Casas, una exclusión financiera. Así mismo, la publicidad en el Registro Público Concursal, supone un reproche añadido para el deudor que no tiene liquidez para acceder al beneficio por la primera de las vías. Por ello, la autora considera que sería suficiente con que conste en los ficheros de solvencia negativos ordinarios sin esta publicidad adicional, que además no coincide con la de los ficheros de solvencia, que permanecen seis años, mientras que el registro lo hará cinco años ¹⁰⁸. Como vemos, esta inscripción, no parece que dé al deudor una segunda oportunidad como también señala Molina.¹⁰⁹

No obstante, este registro es un Registro Público Concursal que nada tiene que ver con el CIRBE, donde no deberían de constar inscritas las exoneraciones de deuda. En este sentido, es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de junio de 2019¹¹⁰. En este caso el deudor había obtenido la exoneración del pasivo insatisfecho, sin embargo, dos entidades financieras inscriben en el CIRBE, una el préstamo, y otra el préstamo y la deuda, la Audiencia condena a ambas entidades a pagarle al deudor 6000 euros por daño al honor. Y señala que también cabe la posibilidad de dañar el patrimonio del deudor, porque a causa de esta inclusión no le sea concedida financiación, así como otros bienes y derechos constitucionales e infraconstitucionales, indica expresamente: *“la vulneración del derecho al honor provocada por la inclusión en un registro de morosos viene determinada porque «supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena (...) por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que*

¹⁰⁷ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 266.

¹⁰⁸ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.31

¹⁰⁹ C. Molina: “Las propuestas de...”,cit., pág. 12.

¹¹⁰ Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5ª) Sentencia nº 216/2019 de 5 de junio de 2019.(FJº2º)

lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. (...) Y es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, y a que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Sí, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la mencionada Ley de 5 de mayo de 1982”.

Por último, surgen de nuevo aquí las dudas sobre si es necesario que el deudor haya celebrado o al menos intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, para lograr la exoneración. Los jueces de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona consideran que es necesario haber celebrado o intentado acuerdo extrajudicial para lograr el beneficio por la vía del plan de pagos, y que quien no cumpla los requisitos para ello solo podría acceder a través del pago del pasivo mínimo del 178 bis.3.4¹¹¹. Sin embargo, otros Juzgados como los de lo Mercantil de San Sebastián o Logroño consideran que no es necesario haber celebrado acuerdo para acudir al plan de pagos siguiendo la interpretación que ya he expuesto al hablar de la primera de las vías.¹¹²

Autores como Martín Fabra señalan que “*el único precepto que prevé la excepción relativa a que el deudor pueda optar a la exoneración sin realizar un acuerdo extrajudicial de pagos y pagando un 25% de los créditos ordinarios es el apartado 3o del 178 bis, y porque además, la expresión fijada en el artículo 178 bis 3.5o: “alternativamente al número anterior” (al supuesto de liberación parcial), denota que en este precepto ya no se prevé la excepción de no haber intentado un Acuerdo extrajudicial de pagos para poder obtener la remisión y deberá siempre el deudor haber intentado un Acuerdo Extrajudicial de Pagos para acceder por esta vía a la*

¹¹¹ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág. 8.

¹¹²M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 269.

exoneración”.^{113 114} En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de julio de 2019, donde sostiene que el requisito de haber celebrado o al menos intentado un acuerdo extrajudicial de pagos debe cumplirse en ambas vías.¹¹⁵

El deudor debe de solicitar la concesión del beneficio. Esta solicitud deberá de ir acompañada de una propuesta de plan de pagos, así como de la declaración de aceptación de inscripción en el Registro Público Concursal¹¹⁶. No obstante, mientras que el Juzgado de lo Mercantil de Murcia en su sentencia de 22 de octubre de 2015, señala que el momento de presentación de la propuesta es con la solicitud, otros como el caso de la Sentencia del Juzgado de lo mercantil de San Sebastián en su sentencia de 8 de septiembre de 2015, conceden un plazo para aportar la propuesta al deudor¹¹⁷.

En cuanto al contenido del plan de pagos, que, como vemos, puede o no acompañar a la solicitud, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca de 2 de diciembre de 2015 señala (F. J. 3º): “*se puede concluir que será un simple documento en el que se asuma por el deudor el compromiso de pagar los créditos de obligado cumplimiento en el plazo de cinco años (en unos casos se fijará un calendario de los pagos y en otros se afirmará que el pago se efectuará en ese lapso máximo que la norma prevé)*”.¹¹⁸

Tras esto, se les da un trámite de audiencia a los acreedores para que aleguen lo que estimen oportuno sobre el plan de pagos , pero será el juez quien decida si lo aprueba o si establece modificaciones. Esto, no es una oposición, los acreedores pueden oponerse a la concesión del beneficio, pero no al plan de pagos.¹¹⁹ La diferencia entre las

¹¹³ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág. 9.

¹¹⁴ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 269.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de julio de 2019 (FJº2)

¹¹⁶ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 276.

¹¹⁷ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 269-270.

¹¹⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca, de 2 de diciembre de 2015. (F J 3º).

¹¹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca, de 2 de diciembre de 2015. (F J 3º)

alegaciones al plan de pagos y la oposición a la concesión del beneficio estriba, tal y como señala la Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 475/2018 en que: *“la oposición a la que se refiere el art. 178 bis.4 es a la concesión del beneficio, que debe formularse con claridad y en forma de demanda para poder instar el correspondiente incidente concursal, y en la que se cuestione la concurrencia de los requisitos del deudor de buena fe, donde no es imprescindible la aportación del plan de pagos sino que la ley indica que " acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6 ", cuyo contenido se discute en un segundo momento. (...) razón por la cual, de conformidad con lo expuesto, debió concederse el beneficio cuando la administración concursal y los acreedores personados no se oponen al mismo por falta de concurrencia de los requisitos del art. 178 bis.3 LC”*¹²⁰

En cuanto a cuáles pueden ser las modificaciones que introduzca el juez en el plan, el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Palma de Mallorca en su sentencia de 2 de diciembre de 2015 señala (F. J. 3) que: *“en todo caso, las modificaciones deberían efectuarse en el sentido de garantizar que los créditos serán efectivamente pagados, porque cualquier otra situación provocaría el fracaso del expediente ante la imposibilidad de atender a las obligaciones exigidas”*¹²¹

Como decía, cabe que los acreedores se opongan a la concesión del beneficio, siempre basándose en el incumplimiento de alguno de los requisitos para la concesión. En ese caso, se dirimirá por medio de un incidente concursal si procede o no la concesión.¹²² Si ningún acreedor se opusiera, parece señalar que el juez debe de conceder sin que exista ningún tipo de discrecionalidad. En este sentido, Muñoz Paredes considera, y de hecho así lo ha argumentado en su Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 9 de mayo de 2018¹²³, que es necesario que el juez efectúe un control de legalidad, ya que se trata de requisitos de carácter imperativo y, por tanto, la expresión “concederá ” debería ser interpretada en el sentido de que la concesión debe estar condicionada al cumplimiento de los requisitos legales, aun cuando los acreedores no se

¹²⁰ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia nº 475/2018 de 29 de junio de 2018.

¹²¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca, de 2 de diciembre de 2015. (FJº3º)

¹²² A.L. Tomallesi Rojas: “Análisis de la Sentencia Nº 475/2018...”, cit.

opongan a la misma. Y es que, tal y como dispone el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces y Tribunales rechazarán las peticiones, incidentes, y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. Por todo ello, el magistrado considera que no debería de serle concedido el beneficio al deudor en cuestión que ya había sido condenado en tres sentencias por concursos declarados culpables, y que por tanto no podía ser considerado de buena fe aun cuando ningún acreedor se había opuesto a la concesión del beneficio. Afortunadamente, los autores del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado el 5 de mayo de 2020, y la Directiva ya recogen la posibilidad de que el juez realice una verificación del cumplimiento de los presupuestos legales para la concesión del beneficio.¹²⁴

Como ya hemos visto, la jurisprudencia había venido interpretando que el aplazamiento y fraccionamiento de los créditos públicos debía de hacerse al margen del plan de pagos conforme a su normativa específica, decisión contraria como indica Cuenca Casas, a las sugerencias de instancias internacionales que se han realizado a España.¹²⁵ No obstante, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de julio de 2019, hace referencia al problema del aplazamiento y fraccionamiento del crédito público, y señala que en atención particularmente a los objetivos de la Directiva 2019/1023 de la Unión, no es posible que se deje la eficacia del plan de pagos a merced de la posterior ratificación de uno de los acreedores, ya que haría prácticamente imposible lograr la exoneración pretendida por el 178 bis. Por ello, el acreedor público debería de alegar junto con el resto de acreedores, y el juez atenderá o no a sus razones para aprobar o rechazar el plan propuesto por el deudor.¹²⁶

Una vez se apruebe el plan de pagos, el concursado, deberá de satisfacer los créditos contra la masa y los privilegiados, quedando exonerado aunque de forma provisional, de los ordinarios, subordinados y de la parte de los créditos garantizados que no queden cubiertos con el bien que actúa de garantía.¹²⁷ El plan de pagos, por tanto,

¹²⁴ A. Muñoz Paredes: “El arte de (no) pagar ...”, cit., pág.2-5.

¹²⁵ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág. 36

¹²⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, pleno) Sentencia nº 381/2019 de 2 de julio de 2019.

¹²⁷ M.I Álvarez Vega: “Mecanismos de...”, cit., pág. 6.

supondrá el pago de las deudas no exoneradas, que no podrán devengar interés, durante los siguientes 5 años.¹²⁸

Transcurridos esos cinco años, el juez dicta auto declarando exonerado el pasivo pendiente, siempre y cuando no se haya incumplido el plan de pagos, o revocado el beneficio por este u otro motivo. No obstante, el juez, previa audiencia de los acreedores, podrá conceder el beneficio, al deudor que no hubiera cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado la mitad de sus ingresos no inembargables al pago de las deudas. Del mismo modo, podrá ser exonerado el deudor que, cumpliendo los requisitos de la ley de medidas urgentes para la protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad, hubiera destinado al menos, la cuarta parte de sus ingresos inembargables.¹²⁹ No obstante, resulta de nuevo confuso si existe o no la posibilidad de que el juez valore libremente la concesión del beneficio, o si por el contrario, con la expresión “*podrá obtener*” se refiere a que obtendrá el beneficio si cumple con los requisitos. Mayor dificultad presenta la especialidad recogida en el 178 bis apartado 8 LC, que añade “*atendiendo a las circunstancias del caso*”, lo que parece introducir la posibilidad de que el juez valore si concede o no el beneficio.^{130y 131}

Para que le sea concedido el beneficio, el deudor deberá acreditar no haber incumplido el plan de pagos, o las circunstancias antes citadas, así como el cumplimiento de los acuerdos de aplazamiento o fraccionamiento del crédito público. De hecho, así lo han señalado los Jueces de lo Mercantil de Barcelona en su reunión de 2016.¹³² Así mismo, deberá especificar cuál es el pasivo que ha sido satisfecho, del que no fue exonerado por la resolución de exoneración provisional y cuál es el pasivo no satisfecho

¹²⁸ A.L. Tomallesi Rojas: “Análisis de la Sentencia N° 475/2018...”, cit.

¹²⁹ M. Cuenca Casas. “El nuevo régimen...”, cit., pág.38

¹³⁰ A. Carrasco “I. Estudios y Consultas EL MECANISMO DE “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito.” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 13/2015, 2015, pág. 3.

¹³¹ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 276.

¹³² J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág. 18 y 19.

al que deberá alcanzar la exoneración definitiva.¹³³ Quedará exonerado de los créditos ordinarios y subordinados solamente, pero no de los privilegiados, ni de los públicos aun sin privilegio, y tampoco de los de alimentos. Esto supone, como ya he señalado, un régimen distinto al de la primera vía, donde el deudor que abona el pasivo mínimo si será exonerado del crédito público ordinarios y subordinados, y de los créditos por alimentos¹³⁴.

No obstante, hay sentencias que entienden que en ninguno de los dos casos se exonera de los créditos por alimentos y de derecho público, como es el caso de la del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 1 de octubre de 2015. Aunque la tendencia general entre la que se encuentran autores como Pulgar Ezquerro o Hernández Rodríguez así como del Seminario de segunda oportunidad del Consejo General de Poder judicial, es que en la primera de las vías se produce la exoneración de créditos públicos sin privilegio, y por alimentos.¹³⁵

El Banco Mundial ha advertido a España que excluir la exoneración del crédito público socava el sistema de tratamiento de insolvencia. En muchos casos, el grueso de la deuda se compone de crédito público y el Estado, no soportando al mismo nivel que los acreedores las deudas exoneradas no está apoyando su propio sistema de insolvencia. Sin embargo, el sistema español hace caso omiso a las recomendaciones de los organismos internacionales.¹³⁶ Este decisivo privilegio del crédito público ha sido criticado también por muchos autores¹³⁷. Y es que, además de existir dos regímenes distintos en función de cuál de las vías sea la que da acceso al beneficio, no queda claro si las multas y el resto de sanciones de carácter pecuniario podrían ser exoneradas en la primera vía.¹³⁸ En definitiva, el sistema beneficia a los deudores con más liquidez y los

¹³³ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág.18 .

¹³⁴ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.31

¹³⁵ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág.271.

¹³⁶ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.32

¹³⁷ Entre este sentido, Pulgar Ezquerro o Cuenca Casas según apunta M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 272

¹³⁸ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 272.

exonera de deudas que por su naturaleza deberían de ser satisfechas, considerando inembargables otras como los créditos tributarios.

En cuanto a los créditos privilegiados con garantía, recordemos que son privilegiados hasta donde alcance la garantía hipotecaria, el remanente es ordinario. Por tanto, lo que queda después de ejecutar la garantía hipotecaria si quedaría exonerado.¹³⁹ No obstante, el remanente no siempre tiene la consideración de crédito ordinario o subordinado, tal y como se sostiene en el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badalona, en el que el remanente del crédito con privilegio especial derivado del impuesto de circulación tiene, una vez ejecutada la garantía, la consideración de crédito con privilegio especial conforme a la ley concursal, no quedaría exonerado.¹⁴⁰

Parece que no queda claro qué pasivo es el que se exonera. Cuenca Casas considera que es no exonerable el que no se ha podido llegar a satisfacer, que puede llegar a ser hasta el 75% en el caso de deudores sin recursos. A su juicio, el legislador se refiere a la exoneración de las deudas exonerables; las otras no lo son y, por tanto, no se pueden exonerar. El hecho de que su impago no haya sido causa de revocación no supone que se exoneren, sino que si se hubiera revocado el beneficio provisional el deudor debería haber pagado las no exonerables del plan de pagos y las exonerables. En conclusión, se exonera solo de las deudas que ya habían sido exoneradas de forma provisional, quedando vivas la acciones de los acreedores del pasivo no exonerable para reclamar sus crédito.¹⁴¹

Por tanto, el deudor se compromete a cumplir un plan de pagos durante cinco años para satisfacer los créditos no exonerados, o al menos intentarlo, condicionando la exoneración al abono de estas deudas. Este planteamiento parece no tener mucho sentido, el deudor que llega al plan de pagos ha liquidado previamente todo su patrimonio, por lo

¹³⁹ A. Carrasco “I. Estudios y Consultas EL MECANISMO DE “segunda oportunidad ...”, cit.pág.6.

¹⁴⁰ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 274.

¹⁴¹ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.38-39

que poco o nada le resta para hacer frente al pago de las deudas no exonerables. Parece que el legislador español ha ignorado los ejemplos internacionales privando de eficacia a nuestro sistema, no exonerando al deudor de ninguna de sus deudas si no puede satisfacer las no exonerables.¹⁴²

2.3. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN SOBRE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS Y CÓNYUGE.

Desde que se produce la exoneración, definitiva o provisional, los acreedores no podrán iniciar acciones contra el deudor para el cobro de los créditos exonerados, por lo que ya no resulta aplicable la equiparación a una sentencia firme su inclusión en la lista de acreedores. Tampoco es posible que inicien un procedimiento declarativo, ni es válido ningún documento ejecutivo sobre el crédito. En el caso de que se llegue a interponer demanda declarativa, deberá de entenderse desestimada por la extinción del crédito o bien inadmitirla a trámite. Si, por el contrario, se interpusiera una demanda de ejecución, deberá desestimarse haya oposición o no, y en caso de que se proceda a la ejecución por desconocer la exoneración, debería de declararse la nulidad de todo lo actuado ya que el crédito estaría extinguido.¹⁴³

No obstante, los acreedores sí tienen acción contra los obligados solidariamente con el deudor, fiadores, garantes o avalistas. Así lo dispone el artículo del 178 bis 5.2º. Pese a que tiene una justificación lógica, ya que el beneficio atiende a las características personales del deudor y por ello, no debe de extenderse a otras personas en las que no se haya analizado la concurrencia de los requisitos necesarios, esto puede abocar a la declaración de mas concursos. Y es que no será extraño que los codeudores sean familiares o personas a llegadas al deudor, que tampoco puedan hacer frente al pago de la deuda y terminen declarándose en concurso. Por ello, desde organismos internacionales

¹⁴² M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.26

¹⁴³ M^a. M Hernández Rodríguez: *La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia*. Lefbvre, el derecho. Madrid, 2015, pág. 137-139.

como el Banco mundial, se aboga por establecer mecanismos para que el deudor solidario pueda renegociar la deuda y no abocarlo así a un procedimiento de insolvencia ^{144 145}

Tampoco podrán los obligados solidarios repetir contra el deudor lo pagado a los acreedores. El artículo 178 bis 5 apartado 2º párrafo 3º, dispone expresamente que no podrán subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos de los acreedores contra el deudor, salvo en caso de revocación de la exoneración, de la que hablaré más adelante.¹⁴⁶

En cuanto al cónyuge del concursado casado en régimen de gananciales, si no se ha liquidado el régimen, el beneficio se le extenderá respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera de responder el patrimonio común. Y es que no debemos de olvidar que todos los bienes gananciales se integran en la masa activa y en la masa pasiva se integran créditos del cónyuge del concursado que sean responsabilidad de la sociedad y de los cuales responde la masa ganancial y el patrimonio del cónyuge deudor. Por ello, en igualdad de condiciones, debería ser posible ir contra el patrimonio del cónyuge no deudor o contra el de ambos en el caso del pasivo ganancial. A algunos, como es el caso de Cuenca Casas, no les parece acertada esta decisión que priva de forma injustificada a los acreedores de acudir contra el patrimonio privativo del cónyuge no concursado cuando su comportamiento no ha sido analizado para saber si corresponde o no concederle el beneficio. Señala, que no parece haberse meditado mucho sobre el régimen, porque el cónyuge no concursado tiene la posibilidad de disolver en base al artículo 77 Ley Concursal, pero de haber hecho uso de esta facultad, la liquidación previa se impone a la disolución por lo que no podrá extender la exoneración.¹⁴⁷ Fernández Seijo, por su parte, señala que “*tanto la liquidación del régimen de gananciales o régimen de comunidad, como las operaciones de venta y preferencias del*

¹⁴⁴ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 277.

¹⁴⁵ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 277.

¹⁴⁶ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.34

¹⁴⁷ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.35

cónyuge no concursado sobre los bienes comunes deberán hacerse antes de que se concluya la liquidación (...).¹⁴⁸

En lo referente a las deudas que se generen con posterioridad a la declaración de concurso y de las que responda la comunidad de gananciales tendrán probablemente la consideración de créditos contra la masa, y no serán exoneradas puesto que o bien deberán de ser satisfechas para acceder al beneficio en la primera de las vías, o serán incluidas en el plan de pagos.¹⁴⁹

En mi opinión, cabe la posibilidad de que el cónyuge no concursado haga uso de su facultad de disolución sin llegar a liquidar el patrimonio común, y continúe en una situación de comunidad post ganancial , pudiendo así extender el beneficio conforme al apartado 5.2º del 178 bis . No obstante, es cierto que no se ha entrado a valorar la concurrencia de los requisitos para el beneficio en el cónyuge no deudor, por lo que no parece justo que el beneficio se le extienda, pero así lo establece la norma.

Por último, la exoneración supone el alzamiento de la retención mensual que se le suele realizar al concursado durante el concurso.¹⁵⁰ Además, normalmente se le asigna una cantidad en concepto de alimentos antes de comenzar el concurso para el sustento del deudor y su familia. Esta cantidad se realizará con cargo a la masa activa, siempre que existan bienes bastante para atender a sus necesidades. La asignación tendrá a la cuantía y periodicidad que acuerde la administración concursal, y en caso de suspensión, la que disponga el juez del concurso. Finalizará también con la exoneración.¹⁵¹

¹⁴⁸ J. M Fernández Seijo: *La reestructuración de las deudas ...* , cit., pág. 284.

¹⁴⁹ M^a. M Hernández Rodríguez: *La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia.*, cit., pág.140.

¹⁵⁰ Juzgado de lo Mercantil nº8 de Barcelona Sentencia nº 190/2015 de 16 de octubre de 2015 .(FJº4º)

¹⁵¹C. De Vivero De Porras: *Ley de segunda oportunidad. Dejar atrás las deudas para volver a empezar.*,cit., pág. 196.

2.4. CAUSAS DE REVOCACIÓN Y REAPERTURA.

La exoneración de deudas puede ser solicitada por cualquier acreedor en el plazo de cinco años desde la declaración provisional del beneficio. En opinión de autores como Zabaleta, esta posibilidad la tienen incluso los acreedores titulares de créditos no exonerables. Sin embargo, Cuenca Casas y los Jueces de lo Mercantil de Barcelona en sus Conclusiones de su seminario de 2016, consideran que sólo podrán solicitar la revocación del beneficio los que se hayan visto afectados por la segunda oportunidad. Fernández Seijo y los Magistrados especialistas de lo Mercantil en sus conclusiones de 2015 en Pamplona, señalan que estarán también legitimados los acreedores titulares de créditos contra la masa afectados por el plan de pagos.¹⁵²

Los acreedores deberán probar que el deudor ha incurrido en alguna de las causas de revocación. Aunque parece improbable que el acreedor invierta recursos y tiempo en vigilar al deudor durante los cinco años posteriores a la concesión del beneficio.¹⁵³

En el 178 bis LC, se recogen cuatro causas por las que se puede proceder a la revocación del beneficio:

En primer lugar, es causa de revocación incurrir en circunstancias que hubieran impedido la concesión del beneficio. Debemos de entender que esto se refiere a los requisitos comunes y a los de la vía a través de la cual el deudor accedió al beneficio. Esta causa de revocación debería de entenderse referida a la declaración del concurso como culpable, ya que puede resolverse un recurso contra la sentencia que lo declaró como fortuito o que el deudor lleve a cabo alguna de las conductas que hubiera calificado el concurso como culpable, como señala Bastante Granell¹⁵⁴.

En segundo lugar, supondrá la revocación la comisión de delitos contra el patrimonio, contra el orden socio económico, falsedad documental, contra la Hacienda

¹⁵² M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 279.

¹⁵³ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 279.

¹⁵⁴ V. Bastante Granell: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad.*, cit., pág. 222.

Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores. Por lo que supondrá extender este requisito durante la vigencia del plan de pagos, al igual que el cumplimiento de las obligaciones de colaboración, ya que en caso contrario sólo podría darse la causa de revocación si se descubre con posterioridad que el deudor cometió uno de los delitos recogidos en el artículo o incumplió las obligaciones de colaboración previamente.

También será causa de revocación, en el caso de los deudores que accedan al beneficio mediante un plan de pagos, el rechazo de una oferta de empleo adecuada a las capacidades del deudor.^{155 156}

En cuarto lugar, incumplir el plan de pagos. A pesar de ello, como ya hemos visto, es posible la concesión del beneficio al deudor que, aun incumpliendo el plan de pagos, está destinando al menos el cincuenta por ciento de sus ingresos o la cuarta parte de ellos, por lo que en ese caso no podríamos entender que se está incumpliendo el plan de pagos, como han señalado los jueces de lo mercantil de Barcelona en sus conclusiones ¹⁵⁷ No obstante desde organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional se ha sugerido a España que contemple alguna a previsión añadida para deudores que no tienen capacidad de reembolso por causas ajenas a su voluntad, y que si no cumplen al menos con los pagos anteriormente mencionados se verán privados del beneficio sin justificación¹⁵⁸. Fernández Seijo considera que es posible exonerar a estos deudores aun cuando no hayan cumplido con el pago del pasivo mínimo, siempre y cuando la falta de pasivo embargable no sea imputable al deudor.¹⁵⁹ Además, no se prevé la posibilidad de

¹⁵⁵ M^a. M Hernández Rodríguez: *La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia.*, cit., pág.161-162.

¹⁵⁶ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 280.

¹⁵⁷ J.M. Martín Fabra “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia ...”, cit., pág.20-22.

¹⁵⁸ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 283.

¹⁵⁹ Según señala, M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 284.

que el deudor cumpla con el plan de pagos en menos de cinco años, un error claro por parte del legislador que ya ha establecido un plazo demasiado largo.¹⁶⁰

Se revocará también el beneficio si mejora sustancialmente la situación económica del deudor, por causas como herencia, legado, donación, juego de envite o azar, es decir un “golpe de suerte”, ya que de no ser así se empujaría al deudor a la economía sumergida. Se requiere que la mejora sea sustancial, excluyendo por tanto el alivio que para la economía del deudor pueda suponer la propia exoneración de deudas. Además, este “golpe de suerte” debe permitir al deudor pagar todas las deudas sin detrimento de sus obligaciones de alimentos. Por último, es causa de revocación la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados. En relación a esto, como ya hemos visto, hay quienes consideran que la primera de las vías concede el beneficio de forma definitiva. Pues bien, esta causa de revocación sería igualmente aplicable. En este caso no se recoge plazo para la revocación, pero podríamos entender que se trata del plazo de cinco años desde la concesión definitiva de la exoneración, si es que así la entendemos, o desde la concesión provisional como ocurre con el resto de causas de revocación. No obstante a estos efectos no es demasiado relevante si entendemos que esta vía es definitiva o provisional, ya que quienes la entienden como provisional lo hacen precisamente en atención a esta posible revocación. Zabaleta, quien considera que la primera de las vías supone la concesión definitiva del beneficio, señala que es excesivo que se alargue tanto la posible revocación, dificultando incluso por esta la vía la verdadera segunda oportunidad del deudor. El Fondo Monetario Internacional ha advertido a España sobre la necesidad de aclarar las causas de revocación de la exoneración.¹⁶¹

Si se revoca el beneficio, los acreedores vuelven a recuperar todas sus acciones contra el deudor por los créditos exonerados y no exonerados sometidos a plan de pagos conforme al principio de responsabilidad universal del deudor recogido en el 1911 del Código Civil.¹⁶²

¹⁶⁰ C. Molina: “Las propuestas de...”,cit., pág. 12-15.

¹⁶¹ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág. 284.

¹⁶² C. Molina: “Las propuestas de...”,cit., pág. 12-15.

En cuanto a la influencia de la revocación sobre la condición de definitiva de la primera de las vías, como ya he dicho, considero que el hecho de que sea revocable no implica que el beneficio definitivo obtenido por la primera de las vías sea provisional. Sin embargo, autores como Cuenca Casas consideran precisamente que no parece acertado que se hable de revocación de un acto no definitivo, y entiende que se refiere a ambas vías. En consonancia con su interpretación de provisionalidad del beneficio, entiende que transcurridos cinco años previstos para la revocación se produce , la exoneración definitiva del pasivo pendiente. Desde mi punto de vista, este es otro de los motivos por los que se debe de considerar la primera de las vías como definitiva, pues el juez no dicta auto reconociendo el carácter definitivo del beneficio transcurridos los supuestos cinco años de provisionalidad.¹⁶³

Otro parte de la doctrina, señala un motivo mas, y es que parece lógico que si el mecanismo de revocación se refiriere también a la primera vía , hablaría en lugar de revocación del beneficio, de “*causas impeditivas del carácter definitivo de la exoneración*” que sería más adecuado.¹⁶⁴

También cabe la posibilidad de proceder a la reapertura del concurso. Por ejemplo, en caso de que se revoque el beneficio porque el deudor venga a mejor fortuna o porque se encuentren bienes o derechos ocultos. En este caso, se reabrirla el concurso con la misma administración concursal, sería competente el mismo juzgado y solo se procedería a la liquidación de los bienes y derechos aparecidos o con posterioridad. En este supuesto no cabría acceder al beneficio por la segunda de las vías, ya que uno de los requisitos es no haber optado al beneficio en los diez años anteriores.¹⁶⁵

Ahora bien, no es lo mismo la reapertura del concurso que la necesidad de volver a declararlo por volver a producirse la situación de insolvencia al generarse nuevos

¹⁶³ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág.37

¹⁶⁴ M. Cuenca Casas. “ El nuevo régimen...”, cit., pág. 37

¹⁶⁵ C. Molina: “Las propuestas de...”,cit., pág. 14 y 15.

créditos tras la concesión del beneficio provisional o definitivo. La reapertura se produce si es necesario declarar el concurso del deudor dentro de los cinco años siguientes a la concesión del beneficio.¹⁶⁶

3. LA DIRECTIVA DE LA UNIÓN DE JUNIO DE 2019/1023.

Sentado todo lo anterior, la nueva Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁶⁷, de 20 de junio de 2019 y que deberá de ser traspuesta por los Estados Miembros a su derecho interno antes del 17 de julio de 2021, con excepción de determinados preceptos que tendrán de plazo hasta 2024, establece numerosos cambios legislativos que tienen como finalidad, unificar y mejorar los sistemas de insolvencia de la eurozona.

Como hemos visto, el sistema español adolece de numerosos errores, vaguedades e incoherencias; urge un sistema que gestione de forma adecuada los procedimientos de insolvencia. Así lo señalan organismos como EUROSTAT, que afirma que los empresarios a los que se le da una segunda oportunidad tienen más éxito y logran perpetuar en el tiempo la actividad de sus segundas empresas, en concreto el 18% de los empresarios que han tenido éxito, ya habían dirigido una empresa, y el 6% mas de una A la luz de estos datos, debemos de comenzar a considerar el fracaso empresarial como una oportunidad para mejorar y aprender de los errores.¹⁶⁸

¹⁶⁶ C. Molina: “Las propuestas de...”,cit., pág. 15.

¹⁶⁷ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) Diario oficial de la Unión Europea. L172/18 de 26 de junio de 2019

¹⁶⁸ H. Schrör, “The profile of the successful entrepreneur. Results of the survey "Factors of Business Success”, *EUROSTAT*, Estadísticas breves 29/2006, pág. 2.

El nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobada el pasado 5 de mayo y que entrará en vigor el 4 de septiembre con la finalidad de que pueda ser conocida por todos los operadores jurídicos, prepara nuestra legislación concursal para la adaptación a la Directiva.

En primer lugar, es necesario reseñar que la Directiva no es de aplicación a las personas físicas que no tengan la condición de empresarios. Tiene como ámbito de aplicación los procedimientos de exoneración de empresarios insolventes tal y como dispone en sus artículos 1 y 2 . No obstante, se refiere al deudor consumidor y señala que, los Estados Miembros pueden, si así lo desean, aplicarles también las recomendaciones que recoge la Directiva. Tal y como señala Cuenca Casas, resulta un poco raro el hecho de que no se incluya en el ámbito de aplicación de la Directiva a los consumidores y sin embargo se reconozca por vía de considerando como un problema que les afecta y que puede serles de aplicación. En su opinión, esto se debe a que la insolvencia del consumidor es la “*patata caliente*” del régimen de exoneración, dado que un buen mecanismo de insolvencia para los deudores consumidores alentaría a la concesión responsable del crédito y reduciría los beneficios de la banca que se agarra a los préstamos irresponsables a consumidores para no perder rentabilidad. De hecho, el Comité Económico y Social Europeo (CESE), en un Dictamen¹⁶⁹ sobre la propuesta de la Directiva, señaló que existía una absoluta necesidad de disponer de un régimen específico para el sobreendeudamiento de los consumidores. Además, la Directiva pese a distinguir entre deudor empresario y consumidor, no lo hace entre pasivo empresarial y doméstico y propone la exoneración del pasivo doméstico del empresario ya que reconoce que es complicado establecer distinción entre ambos tipos de deuda, y que el caso de poder diferenciarlos, su exoneración podría darse en procedimientos coordinados o por separado. En definitiva, la finalidad debe de ser lograr la exoneración y lo deseable será que los Estados Miembros traspongán la Directiva estableciendo un régimen único para personas naturales, empresarias o no.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. COM(2016) 723 final — 2016/0359 (COD)] (2017/C 209/04), p. 23

¹⁷⁰ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág 6 y 7 .

En lo que se refiere al contenido, no abordaré todos sus puntos por razones de extensión. Me limitaré a lo referente al beneficio respecto a lo que la Directiva señala lo siguiente:¹⁷¹

“Los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes”. El artículo 2 define el concepto de *“plena exoneración de deudas”* como: *“la exclusión de la ejecución frente a los empresarios del pago de las deudas pendientes exonerables o la cancelación de las deudas pendientes exonerables como tales, en el marco de un procedimiento que podría incluir la ejecución de activos o un plan de pagos, o ambos”*. La Directiva recoge la necesidad de que los Estados Miembros establezcan, al menos, un mecanismo a través del cual los empresarios puedan llegar a la plena exoneración del pasivo, aun cuando se exija para ello haber abandonado la actividad de la que deriven las deudas.¹⁷² No impone ningún modelo de exoneración, sino que exista un procedimiento que desemboque en la exoneración de las deudas, ya sea de forma directa e inmediata, o mediante el cumplimiento de un plan de pagos, con o sin liquidación del patrimonio del deudor. Tampoco impone nada en cuanto a la satisfacción de un umbral de pasivo mínimo, que como hemos visto, en legislaciones como la española deja fuera a los NINA (*no income no assets*) es decir, a los deudores sin ingresos. No obstante, es positivamente reseñable el hecho de que indique que ese umbral de pasivo mínimo debe ser proporcional a los activos y la renta disponibles del deudor, así como a los intereses de los acreedores. Todo esto, tal y como acertadamente señala Cuenca Casas, convierte nuestro 178 bis LC en contrario a la norma, ya que establece un umbral de pasivo mínimo igual para todos los deudores, cuando la Directiva requiere que sea a medida. En esta misma línea sería posible, conforme a la Directiva que

¹⁷¹A.J. Tapia Hermida- “Reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas empresariales: Directiva (UE) 2019/1023” <http://ajtapia.com/2019/07/reestructuracion-insolvencia-y-exoneracion-de-deudas-empresariales-directiva-ue-2019-1023>, 8 de julio de 2019 ,pág. 9 y 10 (Última consulta 25 de abril de 2020).

¹⁷² A.J. Tapia Hermida- “Reestructuración, insolvencia y exoneración ...”, cit. págs. 9 y 10.

el juez considere que uno de los acreedores debe de ver satisfecho su crédito antes que otros por su situación especialmente comprometida.¹⁷³

Para Cuenca Casas, dentro de las posibilidades que nos brinda la Directiva, debería de trasponerse la Directiva estableciendo dos vías de exoneración, una de ellas exonerando del pasivo al deudor sin recursos, que ha liquidado su patrimonio sin obligarle a celebrar acuerdo extrajudicial.¹⁷⁴ Y una segunda vía, en la que si se intentaría un acuerdo extrajudicial, que si fracasara llevaría al deudor a un plan de pagos con una duración de no más de 3 años y más flexible en su contenido, recogiendo quitas, esperas, etc.¹⁷⁵ En definitiva, un sistema que no desprovea a los deudores de medios y luego los haga afrontar eternos planes de pagos a los que no podrán hacer frente tras haber perdido todo su patrimonio. De esta manera, podrían pagarse los honorarios de los profesionales que trabajan en el concurso y no se darían renunciaciones como viene ocurriendo con los mediadores concursales.¹⁷⁶

En cuanto al plazo para lograr la exoneración en la Directiva, es otro de los puntos en que no existe una regulación armonizada en los Estados Miembros. Si bien es cierto que se establece un máximo de tres años de acceso al beneficio, el *dies a quo* varía, sin perder de vista, además, que el plazo es solo un límite máximo. Si con esto no fuera suficiente, conforme al artículo 23 de la Directiva, es posible establecer excepciones al límite máximo, ampliándolo en el caso de los deudores de mala fe, o que por decisión judicial no se embarguen los activos necesarios para continuar la actividad, o la vivienda habitual del deudor. A tal efecto se establecerían plazos más amplios por los Estados Miembros; de hecho algunos países como Francia o Italia han establecido la inembargabilidad de la vivienda habitual del deudor cuando se trate de deudas derivadas de la actividad empresarial. A pesar de todo lo anterior, nuestro 178 *bis* LC debe de ser

¹⁷³ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág. 10.

¹⁷⁴ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág. 10.

¹⁷⁵ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág. 10.

¹⁷⁶ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág.10 y 11 .

modificado, y establecer un plazo de exoneración general no superior a 3 años, en el lugar del actual de cinco años.¹⁷⁷

Otra de las modificaciones que introduce la Directiva es la verificación judicial de la exoneración de deudas. Llama la atención sobre la necesidad de que se produzca la exoneración definitiva de las deudas sin necesidad de que el deudor acuda a otro procedimiento judicial. Señala Cuenca Casas que esto tiene sentido cuando no se establece plan de pagos para lograr la exoneración y que en el resto de los casos deberá de ser definitiva aunque se deban establecer mecanismos para la revocación del beneficio, de conformidad con el artículo 23 de la Directiva. En mi opinión, el 178 bis LC actual viene permitiendo que la exoneración se conceda de forma definitiva por la primera de las vías, y pese a ello sigue siendo posible la revocación del beneficio por causas tasadas, esa revocación contempla y de hecho requiere que el beneficio haya sido concedido de forma definitiva, por lo que considero que en este aspecto la legislación española esta totalmente adaptada a la Directiva.¹⁷⁸

Un punto interesante que menciona la Directiva es la posibilidad de declarar la exoneración del pasivo insatisfecho incluso antes de que terminen las operaciones de liquidación y ejecuciones singulares, si se estima que va a quedar pasivo pendiente, acelerando de este modo el proceso.¹⁷⁹

Otro tema nuclear en la exoneración es el del pasivo no exonerable. La Directiva recoge en su artículo 24 un listado, aparentemente a modo de ejemplo, de deudas que los Estados Miembros pueden recoger como no exonerables. Aunque podrá ser cualquiera siempre que lo justifiquen. Entre ellas se encuentran algunas como las de alimentos, créditos contra la masa y créditos generados con ocasión del apertura del concurso , etc. En definitiva, los Estados Miembros tienen total libertad para establecer las deudas no exonerables complicando aún más la armonización. En el caso de España, las polémicas deudas de derecho público no exonerables por las que nuestro país ha recibido , como ya

¹⁷⁷ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág. 11-13.

¹⁷⁸ M. Zabaleta Díaz: *El concurso del autónomo.*, cit., pág 262.

¹⁷⁹ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág 13 y 14.

hemos señalado, más de un toque de atención de organismos internacionales, pueden, según la Directiva, continuar siendo deudas no exonerables, e incluso continuar siendo exonerables o no en función de a qué mecanismo de exoneración se acoja el deudor.¹⁸⁰

Otro de los aspectos que requiere de una modificación urgente en la regulación española es la apreciación de la mala o buena fe del deudor. La Directiva recoge en el artículo 23, junto con el resto de excepciones a la exoneración, lo concerniente a la mala fe del deudor. Señala Cuenca Casas la necesidad de distinguir entre sobreendeudamiento pasivo y activo: el primero se dará cuando el deudor deviene insolvente por causa que no puede controlar y el segundo, cuando esto ocurre por un recurso desmesurado al crédito, ya que considera que los mecanismos de exoneración deben de incentivar el consumo responsable y también la concesión responsable del crédito. El sistema español es eminentemente normativo, los requisitos para la exoneración son los mismos que para apreciar la buena fe del deudor. Además, existen dos baremos de conducta distintos en función del umbral de pasivo mínimo que pueda satisfacer el deudor. Por último, el juez no tiene libertad para apreciar el cumplimiento de los requisitos, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados Miembros.¹⁸¹

En contraposición, la Directiva establece un sistema que parte de la exoneración del pasivo que solo se deniega de forma excepcional, invirtiendo la carga de la prueba. Se presume la buena fe del deudor y habrá que probar que ha actuado de mala fe. No obstante, no impone la obligación de excluir la exoneración si se prueba esta mala fe, sino que puede ampliarse el plazo, restringir la exoneración o establecer períodos de inhabilitación mayores, y el juez podrá valorar en cada caso la conducta del deudor. Por otro lado, en base a la Directiva, el hecho de que un concurso no sea declarado culpable no implica que el deudor deba ser considerado merecedor del beneficio; por eso deberían establecerse mecanismos de valoración adicionales para que, aun cuando el concurso sea fortuito, quepa la posibilidad de que el deudor sea considerado de mala fe. La Directiva,

¹⁸⁰ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., págs. 14-17.

¹⁸¹ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., págs.13 y 14.

señala ciertas circunstancias que el juez debería de tener en cuenta a la hora de valorar la buena o mala fe del deudor: sus circunstancias personales, el carácter suntuario o necesario de los bienes adquiridos, nivel social y profesional del deudor, la información patrimonial suministrada al acreedor , si era previsible la situación de insolvencia, etc.¹⁸²

La Directiva abre la puerta a establecer otras excepciones a la exoneración , permitiendo a los Estados introducir disposiciones que revoquen o restrinjan el acceso a la misma, estableciendo plazos más largos, períodos de inhabilitación, etc. Nos ha proporcionado un listado de excepciones que se considerarían justificadas, pero de manera ejemplificativa, por lo que cada estado podría incluir las que considere convenientes. Entre ellas se encuentran: el incumplimiento del plan de pagos siempre y cuando se produzca por razones ajenas al deudor, haber incumplido las obligaciones de cooperación e información, o haber solicitado la exoneración sin que hubiera transcurrido determinado período de tiempo desde la última.¹⁸³

En cuanto al período de inhabilitación tras la exoneración, en el caso de que el concurso sea declarado culpable y no se deniegue el beneficio, la Directiva dispone que cualquier inhabilitación debe quedar sin efecto en el momento en el que se exonere, sin necesidad de interponer un procedimiento adicional ante la autoridad judicial.¹⁸⁴

De conformidad con la Directiva parece que debe de suprimirse la inscripción adicional a la del CIRBE, es decir, la del Registro Público Concursal, ya que va en contra de la finalidad de darle una segunda oportunidad al deudor. En mi opinión ni siquiera está justificada la inclusión en el CIRBE dado que si las deudas han sido exoneradas debe eliminarse toda referencia a las mismas en estos ficheros.¹⁸⁵

La Directiva no establece nada que impida incluir mecanismos que recojan consecuencias para la concesión irresponsable del crédito, por lo que Cuenca, propone a

¹⁸² M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág.13 y 14.

¹⁸³ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág. 21-23.

¹⁸⁴ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág. 22-23.

¹⁸⁵ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág. .24-26.

modo de ejemplo la exoneración de los acreedores con garantía real cuando se verifique por el juez que el acreedor tenía conocimiento en el momento de celebrar el contrato de la situación de endeudamiento del deudor. Y ello, porque considera que aunque el recurso irresponsable al crédito del deudor debe de ser considerado como mala fe , tal y como hemos señalado anteriormente, no debe ser así si el acreedor ha incumplido sus deberes legales de préstamo responsable.¹⁸⁶

Por último, y en relación con lo anterior, la Directiva también recoge “*las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*”. En primer lugar, garantizando por parte de los Estados Miembros que quienes conforman las autoridades judiciales y administrativas reciban una formación especializada en la materia con el objeto de tramitar de forma eficiente y agilizar los procesos. Es una reivindicación de la doctrina que los juzgados de lo mercantil vuelvan a hacerse cargo de los concursos de consumidores, en detrimento de los jueces de primera instancia que carecen, salvo en contados casos como podría ser el Juzgado de primera instancia de Barcelona, de la especialización necesaria.¹⁸⁷ En cuanto a la administración concursal, la Directiva recoge diferentes mandatos armonizadores, relativos a la formación, nombramiento, supervisión y remuneración ;en concreto señala que los Estados miembros deben de garantizar que quienes asuman tal función tienen la formación y conocimientos necesarios, así como la transparencia en el proceso de nombramiento, valorando sus conocimientos y experiencia para el caso concreto. También señala que debe existir la posibilidad de que acreedores y deudor se opongan al nombramiento del administrador concursal o soliciten su sustitución. Asimismo, establece mecanismos de supervisión para garantizar su eficiencia, imparcialidad e independencia.¹⁸⁸

En cuanto al desarrollo del proceso, la Directiva llama la atención sobre la necesidad de mejorar la comunicación entre sus distintos actores, por medios

¹⁸⁶ M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág. 13 y 14 .

¹⁸⁷M. Cuenca Casas: “La exoneración del pasivo ...”, cit., pág.17-21.

¹⁸⁸ A.J. Tapia Hermida- “Reestructuración, insolvencia y exoneración ...”, cit., pág.10- 16.

electrónicos.¹⁸⁹ Desde luego, algo muy necesario como hemos podido comprobar en los últimos meses.

Por último, como ya he señalado, España aun no ha traspuesto la Directiva, pero ya ha aprobado un nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, que entrará en vigor en septiembre y donde se introducirán los cambios necesarios para la trasposición. Tras los recientes acontecimientos derivados de la pandemia, muchas empresas, autónomos y consumidores, se declararán en concurso, y es imprescindible implementar mecanismos más eficientes, más claros y más rápidos, para lograr darles una verdadera segunda oportunidad.

En relación con todo lo anterior, el Real Decreto 8/2020, recoge en su artículo 43 la suspensión del deber y del derecho de declararse en concurso cuando el deudor se encuentre en situación de insolvencia, hasta la pérdida de vigencia del estado de alarma. Este artículo ha sido derogado por el Real Decreto 16/2020 y establece que hasta el 31 de diciembre no será necesario presentar el concurso. Esta moratoria es interesante para deudores que aun tenga suficiente liquidez para aguantar, pero no para otros que deberían de solicitarlo antes de que se encuentren sin liquidez y sin margen para negociar, abocando al acuerdo extrajudicial de pagos al fracaso. Parece que podría interpretarse en el sentido de que resulta aplicable a deudores que hubieran iniciado negociaciones antes de la declaración del estado de alarma, no obstante, habremos de ver cómo se aplica finalmente.^{190 191} El Real Decreto 16/2020 también ha añadido un extremo muy relevante en relación con los mediadores. Hasta la fecha muchos mediadores rechazaban el cargo en los concursos de persona física porque, o bien no podían cobrar sus honorarios, o estos eran insuficientes en relación con la carga de trabajo que suponen estos procedimientos. Tras la publicación del Real Decreto 16/2020 y durante un año, el deudor persona física

¹⁸⁹ A.J. Tapia Hermida- “Reestructuración, insolvencia y exoneración ...”, cit., pág.10- 16.

¹⁹⁰ Escola, E. “Insolvencia y segunda oportunidad en tiempos de crisis” Conferencia online impartida por el Ilustre Colegio de la abogacía de Barcelona, 28 de abril de 2020. <https://vimeo.com/413079994> (Última consulta 13 de mayo de 2020)

¹⁹¹ B. Córdoba, M.Cervera, y Ríos “Conferencia online. Retos y medidas en materia ...”, cit.

cuyo acuerdo extrajudicial sea rechazado por dos mediadores, podrá declararse en concurso entendiéndose cumplido el trámite de haber celebrado o intentado celebrar acuerdo extrajudicial a efectos de la exoneración. En este sentido ya se habían venido pronunciando algunos ponentes como Fernández Seijo o Rodríguez Vega, que daban por cumplido el trámite cuando varios mediadores rechazaban el cargo. También se ha introducido la posibilidad de aplazar durante un año el deber del deudor que tuviera un convenio suscrito con los acreedores, así como la posibilidad de presentar una propuesta de modificación o una nueva solicitud a los deudores que tuvieran un acuerdo de refinanciación ya homologado y que no pudiera ser cumplido por la crisis derivada de la pandemia.¹⁹².

En general las normas derivadas de la crisis sanitaria han añadido especialidades al ámbito concursal que es conveniente tener en cuenta, pero considero que estas son las mas llamativas.

4. EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

El nuevo texto refundido de la Ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020, consta de 752 artículos divididos en tres libros, concurso de acreedores, derecho preconcursal y derecho internacional privado, por lo que me ceñiré aquí a algunos aspectos que afectan al objeto de este estudio.¹⁹³

En cuanto al acuerdo extrajudicial, tras nombrar mediador, el deudor que tenga deudas tributarias o de Seguridad Social, debe solicitar el aplazamiento o fraccionamiento si prevé que no podrá satisfacerlas, y se tramitará de acuerdo con la normativa específica. Cambia el pasivo computable para poder adoptar el acuerdo, que será, el pasivo sin garantía , el remanente de este, y los créditos con garantía que hubieran votado a favor.

¹⁹² B. Córdoba, M.Cervera, y Ríos “Conferencia online. Retos y medidas en materia ...”, cit.

¹⁹³ Real Decreto 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Boletín Oficial del Estado de 7 de mayo de 2020, núm. 127, pp, 31518 a 31706.

Reorganiza el artículo 178 bis. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, pasa a estar del artículo 486 en adelante. Y se establecen dos regímenes de acceso al beneficio, el general y el especial del plan de pagos. Ambos sientan sus bases sobre la buena fe del deudor. Mantiene los requisitos ya conocidos, y en el régimen general, confirma el carácter eludible del acuerdo extrajudicial de pagos. Si cumple con los requisitos para celebrar acuerdo, deberá hacerlo o satisfacer el 25% de los créditos ordinarios. Parece que el deudor que no cumpla los requisitos para celebrar el acuerdo extrajudicial, podría acceder satisfaciendo el 25% o mediante el plan de pagos.

Se indica expresamente que la exoneración no se extiende a los créditos de derecho público ni a los de alimentos. Recordemos que antes se interpretaba que en la primera de más vías si quedaban exonerados los públicos ordinarios y subordinados y los de alimentos.

El texto señala específicamente que antes de la concesión del beneficio, el juez verificará el cumplimiento de los requisitos, aunque los acreedores no se hubieran opuesto. En cuanto al carácter definitivo de la exoneración del régimen general, no establece ningún trámite de confirmación, por lo que parece definitiva, a salvo de su posible revocación por encontrarse bienes o derechos ocultos.

Se faculta al deudor para poder desistir de la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho del régimen general y optar por exoneración mediante la aprobación judicial de un plan de pagos. Esta posibilidad ya la había avalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de julio de 2019.

En cuanto al régimen especial de exoneración mediante la aprobación de un plan de pagos, señala los requisitos ya conocidos de la anterior regulación, con la misma duración, aunque parece recoger la necesidad de que se establezca un calendario. La exoneración definitiva se producirá mediante auto, transcurrido el plazo fijado sin que se hubiera revocado el beneficio y a solicitud del deudor. Parece que no deja opción al deudor a cumplir antes del plazo fijado para el plan de pagos. Como novedad, rebaja el porcentaje de ingresos que debe destinar el deudor que incumpla el plan de pagos. Permite conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho al deudor que, incumpliendo el plan de pagos, hubiera dedicado a su cumplimiento al menos la mitad de sus ingresos, o el 25% bajo determinadas circunstancias en atención a su especial vulnerabilidad.

5. CONCLUSIONES.

Es evidente que el 178bis LC ha superado las previsiones que podía tener el legislador sobre sus posibles interpretaciones. Si bien la norma se sustentaba en un principio, sobre la buena fe del deudor y la liquidación del patrimonio, no ha sido suficiente para atender a los intereses de unos y otros.

- I. El primer problema de la norma es a mi modo de ver, la falta de adecuación de los presupuestos para determinar la buena fe del deudor. Es cierto que la buena fe debe de ser uno los requisitos principales de cualquier mecanismo de insolvencia, pero no puede tratarse de una buena fe sustentada en el pago de un pasivo mínimo calculado de forma totalmente objetiva. La regulación considera de mala fe a los deudores que no pueden pagar el umbral de pasivo mínimo por carecer de activos suficientes. En la segunda de las vías deja fuera a aquellos que carecen de ingresos en los cinco años posteriores a la conclusión del concurso, y que por tanto, no pueden hacer frente al plan de pagos. Además, no exige los mismos requisitos de buena fe para acceder al beneficio por la primera de las vía, que para hacerlo a través de un plan de pagos. Y es que, en este último caso, los requisitos se disparan. Por todo ello, debería ser modificada la forma de determinar el porcentaje de pasivo mínimo que el deudor debe de satisfacer, atendiendo a las circunstancias personales del este, si dispone de ingresos, su situación familiar, laboral, personal, etc.
- II. En cuanto a los requisitos para determinar la buena fe del deudor, en primer lugar, considero que es necesario aclarar si el requisito de haber celebrado o intentado celebrar acuerdo extrajudicial de pagos es tan solo eludible para los deudores que no cumplen los requisitos del 231, o para cualquiera, así como si es exigible en ambas vías. En mi opinión, debería de tratarse de un requisito eludible con el pago de un mayor porcentaje de activo, ya que me parece suficiente aliciente para que los deudores celebren el acuerdo. No obstante, siempre partiendo de la premisa de que el intento de acuerdo deberá de ser siempre una opción mas beneficiosa para los acreedores que la concesión de beneficio, y el deudor debe de arriesgarse a que su propuesta sea aceptada por estos.

- III. En cuanto a que el concurso no haya sido declarado culpable me parece un requisito insuficiente para apreciar la buena fe del deudor. Como he señalado, los requisitos para considerar culpable el concurso, podríamos decir que son casi tasados, pese a que disponemos de una suerte de cláusula general en la que se pueden intentar encuadrar ciertas conductas, el resto no dejan lugar a demasiadas interpretaciones, permitiendo así que deudores cuyo concurso debería de ser declarado culpable obtengan el beneficio. De hecho, considero que esta cláusula general no es tal , ya que el hecho de que el deudor haya contribuido con su actitud a generar o agravar el estado de insolvencia no es suficiente para considerar la culpabilidad del concurso , además, debe de haber mediado dolo o culpa grave. En mi opinión, esto supone que solo en caso muy flagrantes se calificará el concurso como culpable en base a este requisito. El resto de situaciones que determinarán la culpabilidad del concurso son demasiado concretas para abarcar algunos casos. Por ello, es necesario que se modifiquen las causas de culpabilidad del concurso de conformidad con la Directiva, permitiendo al juez valorar, en el caso concreto, la conducta del deudor. Con la redacción actual este requisito supone un verdadero coladero para deudores oportunista que buscan librarse de deudas contraídas por razón de su mala gestión empresarial , tras concursos declarados culpables con anterioridad, etc.
- IV. Por último, el requisito de no haber sido condenado por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, etc., si me parece acertado, pero debería de modificarse el límite temporal de diez años haciéndolo coincidir con los plazos de cancelación de antecedentes penales. No estoy de acuerdo con los autores que se inclinan por que la condena por un delito sea motivo suficiente para denegar el beneficio , no puede estigmatizarte más de lo que ya se hace a una persona por haber sido condenada. Por tanto, una vez se extingue esta responsabilidad, debería ser posible su acceso al beneficio. Por otro lado , vuelvo a considerar necesaria aquí la intervención del juez, que debería de poder entrar a valorar si el delito en concreto y sus circunstancias , en base a lo resuelto por la jurisdicción penal, es apto para denegar el beneficio. Como ya he señalado, estoy de acuerdo con que no es lo mismo robar por necesidad que por ambición, y en procedimientos de este tipo, el deudor puede encontrarse en una situación muy precaria , por lo que su conducta no debe de ser valorada de igual modo en todos los casos.

- V. En cuanto a la necesidad de haber liquidado todo el patrimonio del deudor, estoy de acuerdo con la opinión de parte de la doctrina que considera que la liquidación de todo su patrimonio es el precio que debe pagar el deudor por la exoneración. No obstante, haría dos matices que a mi parecer deben sufrir una modificación. En primer lugar, y en lo que se refiere a la vivienda habitual del deudor grabada con un préstamo hipotecario, considero que si se han venido satisfaciendo las cuotas del préstamo de manera regular debería de ser posible excepcionar esta de la liquidación, ya que no beneficia a nadie, ni a la entidad financiera, ni al deudor que perdería su casa y de todas formas debería de buscar un nuevo alojamiento. Por otro lado, considero que esto supondría un aliciente para la declaración de concursos de persona física, ya que si el deudor venía realizando el esfuerzo de satisfacer las cuotas del crédito hipotecario, no contemplará como una opción desperdiciar todo este esfuerzo declarándose en concurso. En segundo lugar, y sobre todo cuando el crédito supere al valor de la garantía y se liquida el bien, el remanente puede ser exonerado, pero se somete a los mismos requisitos que el resto de créditos sin permitir una especie de dación en pago en el seno del concurso. En mi opinión, es necesario que se establezcan mecanismos para que el deudor que entre en concurso y liquide un bien inmueble con valor inferior al de la garantía, no se encuentre en peor situación que el que no lo hace y acude a un procedimiento de ejecución hipotecaria.
- VI. En cuanto al carácter definitivo o no de la exoneración a través de la primera de las vías, creo que ha quedado clara mi postura a lo largo de este trabajo. Considero que tiene carácter definitivo interpretando el artículo, tanto a la luz de la exposición de motivos, como al hecho de que transcurridos los cinco años de supuesta provisionalidad del beneficio a causa de la revocación, nada lo califica como definitivo, lo que sugiere que siempre lo fue. De todas formas, tampoco tiene una gran virtualidad práctica que sea definitivo o no, precisamente porque no es necesario confirmarlo y nada cambiará para el deudor honesto al que no se le revoque el beneficio durante esos cinco años.
- VII. La segunda de las vías, a la que acudirán los deudores sin recursos que no puedan hacer frente al umbral de pasivo mínimo del primer apartado, aumenta los requisitos para considerar al deudor como de buena fe. Esto debería ser inmediatamente modificado, no puede ser que dependiendo de la capacidad de pago del deudor deba de haber sido más o menos honesto, y es que al deudor que se acoge a esta modalidad se le exija nuevamente no haber incumplido las obligaciones de colaboración y no

haber obtenido el beneficio en los últimos diez años, requisito que por otro lado debería de ser exigido en ambas vías para evitar que se produzca un recurso excesivo al mecanismo. También se le exige a este deudor, que no haya rechazado una oferta de empleo adecuada a sus capacidades en los últimos cuatro años, dejando a un lado la dificultad probatoria de este requisito, considero que no debería de apreciarse en los cuatro años anteriores a la solicitud del beneficio sino durante la vigencia del plan de pagos que es cuando realmente es importante que el deudor tenga ingresos. Si el deudor ha rechazado un oferta o no anteriormente, es difícil de probar y además irrelevante, y aunque podría tenerse en cuenta a la hora de calificar el concurso como culpable, no debería de hacerlo para considerar al deudor de buena fe. Por último, la inscripción en el Registro Público Concursal me parece innecesaria, niega el acceso a una verdadera segunda oportunidad al deudor, que verá como le es denegada financiación por esta causa. Además, este requisito genera dudas respecto a la inscripción en otros ficheros. El legislador debería de dejar claro que no debe de inscribirse en el CIRBE ni la concesión del beneficio, ni los créditos exonerados.

- VIII. En cuanto a si es o no necesario haber celebrado o intentado celebrar acuerdo extrajudicial de pagos para poder acceder al beneficio a través de plan de pagos, en mi opinión puede que sea necesario atendiendo a la literalidad de la norma, que dice que es un requisito común. Sin embargo, considero que no debería de serlo, máxime si entendemos que en la primera vía es eludible a través del pago del 25% de los créditos ordinarios, ya que el deudor que accede por el plan de pagos será exonerado de un menor número de créditos y además de manera provisional, parece este ya suficiente sacrificio adicional por no haber celebrado acuerdo.
- IX. En lo que se refiere al aplazamiento y fraccionamiento de los créditos públicos, es necesario que sean incluidos y negociados en el seno del plan de pagos, alegando la administración lo que convenga a sus intereses de conformidad con su normativa, pero no puede postergarse a un momento posterior, ya que la cuantía de estos créditos suele ser importante y podrá hacer fracasar el plan de pagos. Por otro lado, y tal como señalan distintos organismos internacionales, es necesario que los créditos públicos puedan ser exonerados. Teniendo en cuenta su naturaleza, no puede ser que en la primera de las vías se pueda llegar a exonerar de créditos públicos como multas y, sin embargo, no puedan ser exonerados otros con la Hacienda pública o la Seguridad

Social. Si un estado que no se sacrifica en su propio sistema de insolvencia, cómo lo van a hacer los acreedores.

- X. En la segunda de las vías es controvertido cuáles son los créditos que pueden ser exonerados , si solo lo serán los que se exoneraron provisionalmente, o cabe la posibilidad de que se exoneren los sometidos a plan de pagos que no han sido satisfechos pero aun así se ha destinado a su pago mas de un 50% de los ingresos no embargables. En mi opinión, lo que pretende el legislador con esta medida no es exonerar al deudor de los créditos que no ha podido satisfacer, sino que esto no lastre la posible exoneración del resto, pero los acreedores titulares de crédito no exonerables mantendrán sus derechos sobre los créditos sometidos a plan de pagos y no satisfechos. Por otro lado, el deudor que no logra satisfacer los créditos no exonerables durante la vigencia de un plan de pagos, no puede acceder al beneficio a no ser que el juez, atendiendo a los ingresos destinados a la satisfacción, considere que es merecedor del beneficio. Considero que es un error que en la segunda de las vías se subordine la concesión del beneficio a la satisfacción de los créditos no exonerables. Sería mucho mas útil, e incluso facilitaría el pago de estos, que los acreedores de estos créditos mantuvieran sus derechos contra el deudor por sus créditos, y fuera exonerado del resto.
- XI. En cuanto al margen de valoración del que dispone el juez a la hora de conceder el beneficio, parece que la norma le impone la concesión si el deudor cumple los requisitos y los acreedores no se oponen. En mi opinión, deberíamos de realizar una suerte de interpretación teleología de la norma , si el legislador ha querido conceder el beneficio al deudor de buena fe, y la apreciación de esa buena fe no es posible con las herramientas que nos da la norma. El juez debe de poder excluir la concesión del beneficio si esta va contra la finalidad del propio mecanismo al no tratarse de un deudor de buena fe.
- XII. A lo largo de mis conclusiones he señalado que en mi opinión es necesario que el juez pueda apreciar conforme a su criterio la concurrencia o no de determinados requisitos. A tal efecto, considero que deben devolverse la competencias sobre el concurso de acreedores de persona física a los jueces de lo mercantil, aumentando su número si fuera necesario o reforzando los mecanismos de solución extrajudicial. Por otro lado, y como ya he indicado, es necesaria la creación de un turno de oficio especializado. Dadas la circunstancias del deudor, es necesario que tenga la posibilidad, si así lo desea y cumple los requisitos, de acceder a un asesoramiento adecuado sobre su

situación sin estar obligado a acudir a un abogado particular especializado. No obstante todo lo anterior, se ha señalado muchas veces que pocos deudores acuden al concurso como solución a sus problemas económicos. Creo que en muchos casos es un problema de desconocimiento de las posibilidades de las que disponen y de la existencia de este mecanismo, algo que debe de ser solucionado por las autoridades facilitando información accesible y comprensible. Desde la aparición de este mecanismo en nuestro ordenamiento, esta función la han venido desarrollando organizaciones del ámbito privado que, aunque están realizando un labor encomiable, no tienen a su disposición los medios de difusión de los que dispone el Estado, y mucho menos su credibilidad. Por último, y en esta misma línea, la formación de la abogacía en materia de ley de segunda oportunidad es uno de los mejores medios para que sean los propios letrados quienes den a conocer el beneficio a sus clientes cuando acudan a pedir su asesoramiento.

6. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Vega, M.I: “Mecanismos de segunda oportunidad”, ponencia impartida en el Ilustre Colegio de abogados de Oviedo. 8 de mayo de 2017, pág. 1 del original inédito, que su autora ha tenido la amabilidad de proporcionarme.

Bastante Granell, V.: *El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*. Comares, Granada, 2016.

Carrasco, A. “I. Estudios y Consultas EL MECANISMO DE “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito.” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 13/2015.

Cuena Casas, M.: “El nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente”. *Revista de derecho de empresa y sociedades (REDS)*, nº 6, enero - junio de 2015.

Cuena Casas, M.: “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 32, 1 de ene. de 2020.

De Vivero De Porras, C.: *Ley de segunda oportunidad. Dejar atrás las deudas para volver a empezar*. Editorial Ley 57. Málaga, 2019.

Fernández Seijo, J. M: *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*” Bosch 2ªedición, Barcelona, 2015.

Fernández Seijo, J.M.: “IX.- 1. Acuerdo extrajudicial de pagos y Segunda oportunidad” *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, ISSN Nº. 17, 2016.

Hernández Rodríguez, M^a. M.: *La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia*. Lefbvre, el derecho. Madrid, 2015.

Martín Fabra, J.M.: “Los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia número 50 de Barcelona unifican criterios interpretativos en relación a la

aplicación del artículo 178 bis de la ley concursal” *Centro de estudios de consumo*, 9 de julio de 2016.

Molina, C.: “Las propuestas de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.” *Anuario de Derecho Concursal*, n° 46/2019, 2019.

Muñoz Paredes, A.: “El arte de (no) pagar las deudas” *Diario la ley*, n° 9584 de 2 de marzo de 2020.

Padrón Villalba, A. : “La segunda oportunidad y los acuerdos extrajudiciales de pago” *Revista Lex Mercatoria*, n°4, 2017.

Schrör, H.: “The profile of the successful entrepreneur. Results of the survey "Factors of Business Success”, *EUROSTAT*, Estadísticas breves 29/2006.

Senent Martínez, S.: ”Conclusiones Seminario Segunda Oportunidad del Consejo General del Poder judicial”. Madrid, 2016.

Zabaleta Díaz, M.: *El concurso del autónomo*. Marcial Pons, Madrid,2018.

7. JURISPRUDENCIA

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia nº33/2017 de 13 de febrero de 2017 (Cendoj Nº ROJ: SAP B 28/2017 - ECLI: ES:APB:2017:28)

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia nº 475/2018 de 29 de Junio de 2018. (Versión electrónica: Base de datos Aranzadi: JUR\2018\198991)

Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) Sentencia de 20 de marzo de 2013.

Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) Sentencia de 28 de marzo de 2008.

Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª) Sentencia nº 188/2016 de 29 de julio de 2016. (Versión electrónica: Base de datos Aranzadi: JUR\2016\217150)

Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5ª) Sentencia nº 216/2019 de 5 de junio de 2019. (Cendoj :Nº ROJ: SAP O 2944/2019) (ECLI:ES:APO:2019:2944)

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª). Sentencia nº418/17 de 5 de julio de 2017.(Versión electrónica: Base de datos Aranzadi :JUR\2017\286823)

Juzgado de lo Mercantil Oviedo nº2. Sentencia nº 90/2018 de 21 de noviembre de 2018. (Cendoj :Nº ROJ: SJM O 4483/2008) (ECLI:ES:JMO:2018:4483)

Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca. Sentencia nº 370/2015 de 2 de diciembre de 2015. (Versión electrónica: Base de datos Aranzadi: JUR\2016\7827)

Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona. Auto nº rec. 474/2015 de 1 de octubre de 2015 (Versión electrónica: Base de datos Aranzadi JUR\2015\241635)

Juzgado de lo Mercantil nº9 de Barcelona. Auto nº 12/2014 de 22 de enero de 2014 (Cendoj: Nº ROJ: AJM B 14/2014)(ECLI: ES:JMB:2014:14A)

Juzgado de Primera Instancia nº41 de Madrid. Auto 435/2017 de 2017

Juzgado de Primera Instancia de Logroño nº6. Sentencia (Versión electrónica: Base de datos Aranzadi: [JUR/2016/49714]) de 25 de febrero de 2016.

Juzgado de lo Mercantil nº8 de Barcelona Sentencia nº 190/2015 de 16 de octubre de 2015 . (Versión electrónica: Base de datos Aranzadi: JUR/2015/256887)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil. Sección 1ª). Sentencia nº 650/2016 de 3 de noviembre de 2016. (Cendoj :Nº ROJ: STS 4727/2016) (ECLI:ES:TS:2019:2253)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, pleno) Sentencia nº 381/2019 de 2 de julio de 2019 (Cendoj :Nº ROJ: STS 2253/2019) (ECLI:ES:TS:2016:4727)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia nº 150/2019 de 13 marzo. (Cendoj: Nº ROJ: STS 897/2019 - ECLI: ES:TS:2019:897)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 174/2014 de 27 de marzo de 2014. (Cendoj :Nº ROJ: STS 1282/2014) (ECLI:ES:TS:2014:1228)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 669/2012 de 14 de noviembre de 2012. (Cendoj :Nº ROJ: STS 9182/2012) (ECLI:ES:TS:2012:9182)

8. OTROS RECURSOS.

A.J. Tapia Hermida- “Reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas empresariales: Directiva (UE) 2019/1023” <http://ajtapia.com/2019/07/reestructuracion-insolvencia-y-exoneracion-de-deudas-empresariales-directiva-ue-2019-1023>, 8 de julio de 2019 ,pág. 9 y 10 (Última consulta 25 de abril de 2020).

Álvarez Pérez, A.E.: “La ley de segunda oportunidad y derechos del procurador” www.legaltoday.com , 11 de diciembre de 2019. (Última consulta 10 de abril de 2020)

Córdoba B., M.Cervera M.,Y. Ríos Y.:“Conferencia online. Retos y medidas en materia concursal “Conferencia online impartida por el Ilustre Colegio de la abogacía de Barcelona.5 de mayo de 2020. <https://vimeo.com/415232112> (Última consulta 13 de mayo de 2020)

Diccionario de la Real Academia española de la lengua.
(<https://dle.rae.es/revocar>) (Última Consulta 23 de marzo de 2020).

Escola, E. “Insolvencia y segunda oportunidad en tiempos de crisis” Conferencia online impartida por el Ilustre Colegio de la abogacía de Barcelona, 28 de abril de 2020.
<https://vimeo.com/413079994> (Última consulta 13 de mayo de 2020)

Tapia Hermida, A.J.: “Reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas empresariales: Directiva (UE) 2019/1023” <http://ajtapia.com/2019/07/reestructuracion-insolvencia-y-exoneracion-de-deudas-empresariales-directiva-ue-2019-1023>, 8 de julio de 2019 (Última consulta 25 de abril de 2020)

Tomallesi Rojas, A.L.: “Análisis de la Sentencia N° 475/2018, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, Rec 1282/2017 de 29 de Junio de 2018. Cuestiones prácticas en el concurso de persona física no empresario” <https://elderecho.com/cuestiones-practicas-concurso-persona-fisica-no-empresario> , 27 de marzo de 2018. (Última consulta 26 de abril de 2020)