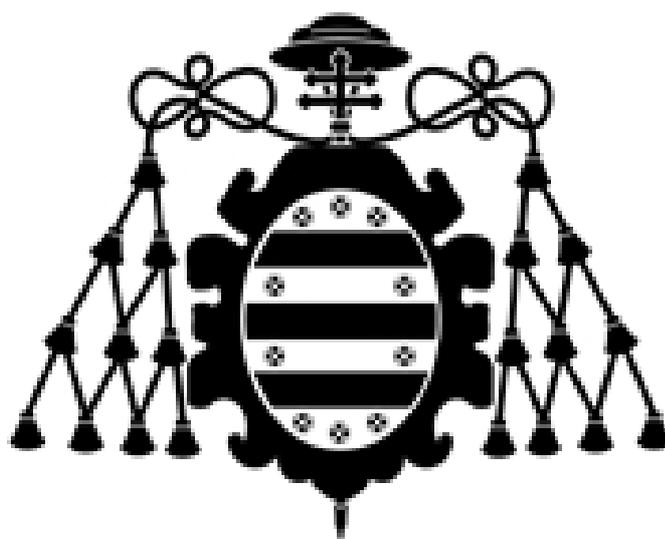


# MÁSTER UNIVERSITARIO DE ABOGACÍA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y EL  
BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO  
INSATISFECHO: CUESTIONES POLÉMICAS Y *DE LEGE*  
*FERENDA*



## Universidad de Oviedo

ALUMNA: ISABEL DE LA HUERGA IGLESIAS

TUTOR: RAFAEL ABRIL MANSO

## ÍNDICE

RESUMEN / ABSTRACT .....	2
PALABRAS CLAVE / KEYWORDS .....	3
AGRADECIMIENTOS .....	4
1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO PREVIO .....	5
1.1. EL COVID-19 Y LA INFLACIÓN CONCURSAL .....	5
1.2. MORATORIA GUBERNAMENTAL .....	6
1.3. EL NUEVO ACUERDO EXTRAJUDICIAL COMO HERRAMIENTA PRECONCURSAL .....	6
2. LA INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y SU POSIBLE USO FRAUDULENTO .....	7
2.1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL AEP EN LA REGULACIÓN ANTERIOR .....	8
2.2. ¿EL MERO INTENTO DE AEP PRODUCE EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO? .	9
3. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS: ALCANCE DE LA EXONERACIÓN .....	14
3.1. EL ARTÍCULO 178 BIS DE LA LC Y SUS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN .....	14
3.2. LOS CRÉDITOS PÚBLICOS EN EL TRLC .....	17
3.3. LA DIRECTIVA DE SEGUNDA OPORTUNIDAD: SU TRANSPOSICIÓN EN RELACIÓN CON LOS CRÉDITOS PÚBLICOS Y OTROS ASPECTOS CONCURSALES RELEVANTES .....	19
4. CONCLUSIONES .....	26
5. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA .....	29
6. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL .....	32
6.1. JURISPRUDENCIA MAYOR .....	32
6.2. JURISPRUDENCIA MENOR .....	32

## **RESUMEN / ABSTRACT**

En el contexto de la actual crisis empresarial, la figura del acuerdo extrajudicial de pagos cobra especial importancia como instrumento de la regulación concursal dirigido a las personas físicas. En una situación en la que el concurso haya terminado al no ser suficiente los activos para satisfacer las deudas existentes, dicha regulación permite al deudor acceder al beneficio de la exoneración del restante pasivo pendiente si se cumplen determinados requisitos. El presente trabajo analiza dos cuestiones relacionadas con dicho beneficio: el requisito de que el deudor haya “intentado” un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, y la inclusión o no de los créditos públicos en el ámbito de dicha exoneración, de acuerdo con el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal. Asimismo, este trabajo repasa el posible impacto que puede suponer en ambas cuestiones (y en otras) la futura transposición de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio de 2019, conocida como la Directiva de Segunda Oportunidad.

In the context of the current business crisis, the concept of the out-of-court payment settlement is very important as an instrument of the insolvency regulation for the individuals (as opposed to companies). In a situation where the insolvency proceedings have concluded because the assets owned by the debtor are not enough to pay all the existing debts, said insolvency regulation allows the debtor to have the benefit of release of the remaining pending debt, subject to the fulfilment of certain requirements. This paper reviews two matters related to such benefit: the requirement that the debt has “tried to reach” an out-of-court settlement with the existing creditors, and whether or not the public credits are included within the scope of the abovementioned release, according to the new Consolidated Text of the Insolvency Law. In addition, this paper deals with the potential impact on both matters (and on some others) which may arise from the future implementation of Directive 2019/1023, of 20 June 2019, known as the Second Opportunity Directive.

## **PALABRAS CLAVE / KEYWORDS**

### **PALABRAS CLAVE**

Crisis empresarial. Acuerdo extrajudicial de pagos. Concurso. Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Intento de acuerdo extrajudicial de pagos. Crédito público. Directiva 2019/1023.

### **KEYWORDS**

Business crisis. Out of court payment settlement. Insolvency regulation. The benefit of release. Public credit. Directive 2019/1023.

## **AGRADECIMIENTOS**

A la Universidad de Oviedo, por creer que todavía soy capaz después de tantos años.

A Jesús Conde, Socio del Departamento de Mercantil del Despacho Araoz y Rueda, que me ha mostrado la realidad.

Y por supuesto

A mi tutor, que ha resuelto con paso firme y brillantez mis carencias, y ha donado su tiempo y su experiencia.

# 1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO PREVIO

## 1.1. EL COVID-19 Y LA INFLACIÓN CONCURSAL

Casi una cuarta parte de las empresas en España, a causa de la Crisis de la Covid-19, se encuentra a día de hoy en quiebra técnica. El Banco de España eleva esta cifra a un 30% con las estimaciones de prolongación de la situación económica actual.

En el ámbito macroeconómico, a fecha de 2 de diciembre de 2020, la OCDE coloca a España a la cola de los países desarrollados en cuanto a variación prevista del PIB durante 2020, con un terrorífico descenso del -11,63%<sup>1</sup>.

El trasfondo de este escenario pavoroso es, evidentemente, el descenso imparable de la actividad empresarial derivado de los sucesivos confinamientos y las restricciones en la movilidad social, agravados por un escenario equivalente en otras economías. Descenso que, desafortunadamente, es más notable en el caso español.

En ocasiones, no obstante, no nos encontramos ante un supuesto de falta radical de viabilidad, sino de problemas de liquidez que, de no solucionarse en el corto plazo, llevarán necesariamente a la inviabilidad de la sociedad en cuestión.

La tentación inmediata y casi irresistible de las sociedades en dificultades ante un colapso repentino como el provocado por el Covid-19 (ya se trate de un ejemplo de insolvencia o de falta de liquidez) puede ser acudir a la financiación externa e incrementar su deuda, si es posible beneficiándose de los mecanismos de ayuda a través de avales públicos. Y, en este caso, como acertada y gráficamente señala SALINAS ADELANTADO<sup>2</sup>, *“En las empresas sin viabilidad, [...], lo único que vamos a conseguir es sobreendeudarnos y comprometer otros patrimonios empresariales y familiares. Por decirlo de una forma cruda ¿para qué pedir un ICO-Covid u otra financiación si sé que mi negocio no es viable, por mucho que el ICO-Covid lo avale el Estado y los posibles préstamos de socios no estén subordinados ex RDL 16/2020?”*.

Los supuestos concursales y preconcursales y toda la regulación correspondiente se basan, en definitiva, en identificar y discriminar debidamente las sociedades que se encuentran en el primer grupo (inviabiles) de las que están en el segundo (con posible viabilidad). Y en arbitrar

---

<sup>1</sup> Diario *Expansión*, 2 de diciembre de 2020.

<sup>2</sup> SALINAS ADELANTADO, C.: “El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16 / 2020 y el TRLC: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?”, *Diario La Ley*, nº 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia, 2 de junio de 2020, pág. 1.

los mecanismos más adecuados para conducir a todos los agentes interesados, bien a la liquidación, bien a la paulatina recuperación de la actividad de la sociedad afectada.

Todo lo anterior, en una situación como la actual, debería llevar necesariamente a un aumento significativo de la solicitud de concursos de acreedores, como efecto inevitable de la disminución de la actividad empresarial y el natural auge de la insolvencia de los particulares afectados por la pérdida del negocio correspondiente.

## **1.2. MORATORIA GUBERNAMENTAL**

Las medidas adoptadas por el Gobierno relativas a moratorias de determinadas obligaciones mercantiles y pre-concursales, algunas de ellas todavía en vigor, buscan permitir a las empresas ganar tiempo para poder reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por vía de la recuperación de su actividad (incierto, como sabemos) o por el acceso al crédito o las ayudas públicas (que, como hemos visto antes, puede suponer sólo un incremento del pasivo que luego deba gestionarse en el seno del concurso).

Dichas medidas, comprensibles en tanto que conceden tiempo para revertir la situación, pueden generar el efecto pernicioso de aumentar exponencialmente el número de lo que se ha dado en llamar “*empresas zombis*”, aparentemente en pie pero en la práctica irrecuperables, generando una ilusión de viabilidad que luego desemboque en refinanciaciones imposibles o concursos que sólo pueden acabar en una magra liquidación.

Esta hibernación *de facto*, pues, no debería evitar la puesta en marcha de aquellos mecanismos preconcursales que, iniciados a tiempo, pueden salvar a sociedades que, de esperar, se verán irremisiblemente abocadas a la desaparición y a la insatisfacción de sus acreedores.

Volviendo a SALINAS ADELANTADO<sup>3</sup>, “*la clave es valorar la viabilidad real del negocio y, si no es viable y punto, o no es viable sin quitas y/o esperas, no es recomendable acogerse al plazo de gracia*”.

## **1.3. EL NUEVO ACUERDO EXTRAJUDICIAL COMO HERRAMIENTA PRECONCURSAL**

La aprobación, en mitad de la pandemia, del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) <sup>4</sup>, ha supuesto un impulso, en pleno incremento de las crisis empresariales, a una regulación que

---

<sup>3</sup> SALINAS ADELANTADO, C.: “El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16 / 2020 y el TRLR: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?”, op.cit., pág. 4.

en estos momentos resulta más necesaria que nunca y que pretende regularizar, aclarar y armonizar una norma que, tras su aprobación en 2003, sufrió numerosas y variadas reformas.

El TRLC ha otorgado mayor claridad al acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), una de las instituciones que, tras su introducción en 2015 en el ordenamiento español, había suscitado más críticas por su deficiente técnica jurídica, y especialmente en relación con el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI) al que luego nos referiremos en mayor detalle.

En el entorno antes descrito de inflación concursal entendemos que este mecanismo, mejorado y precisado en el TRLC, debe configurarse como una fórmula preferente y apta para los preconcursos de empresas de pequeñas dimensiones y para empresarios individuales (y, en definitiva, cualquier persona física).

El presente trabajo pretende profundizar en algunas de las cuestiones más complejas que plantea la nueva regulación del AEP, en posibles lagunas y dificultades de interpretación, todo ello bajo el inevitable prisma de la crisis económica en la que dicho instituto deberá necesariamente aplicarse.

## **2. LA INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y SU POSIBLE USO FRAUDULENTO**

El AEP es una figura extrajudicial que ofrece una alternativa para que, principalmente, las personas físicas insolventes —aunque también las personas jurídicas, en ciertos supuestos— puedan proponer a sus acreedores un arreglo en relación con los pagos pendientes en el marco de sus posibilidades económicas, pudiendo negociar quitas y esperas sin intereses de hasta diez años.

Asimismo, en caso de fracasar tal acuerdo, tras la apertura de un concurso consecutivo, supone una posibilidad para que el deudor —que cumpla una serie de requisitos legales— solicite al Juez competente la exoneración del total de sus deudas o BEPI, iniciándose propiamente un procedimiento de exoneración del pasivo insatisfecho.

En torno a esta cuestión del BEPI, y de uno de sus requisitos principales, como es el del intento previo de acuerdo del deudor con sus acreedores, se generaron controversias interpretativas tras la reforma de 2015 que introdujo el concepto en nuestra Ley Concursal

---

<sup>4</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

(LC)<sup>5</sup>. Estas controversias, en alguna medida, se mantienen en la nueva regulación del TRLC, como analizaremos en detalle más adelante.

## **2.1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL AEP EN LA REGULACIÓN ANTERIOR**

Antes de entrar en el análisis detallado de esta cuestión, resulta de interés un breve recorrido por las características del AEP, y el efecto del BEPI, en la regulación anterior al TRLC.

Se suspendía el devengo de intereses salvo que se tratase de créditos públicos o con garantía real. También las personas físicas —que cumplan unos requisitos— podían quedar exoneradas de todas sus deudas, en condiciones por lo tanto de afrontar una nueva posibilidad de desarrollo profesional y personal. Esta exoneración, según el Tribunal Supremo, llegaba a alcanzar incluso a las deudas con entes públicos<sup>6</sup>, e incluso cuando el deudor no podía pagar los créditos contra la masa y los créditos privilegiados (la llamada exoneración diferida). La problemática de los créditos públicos sigue viva, por cierto, en la regulación del TRLC, como también tendremos ocasión de abordar en el apartado correspondiente.

Sin embargo, en España, hasta ahora, esta figura no ha tenido demasiada aplicación debido a los distintos trámites previos y al concurso de acreedores consecutivo en el que puede desembocar. Es lo que FERNÁNDEZ SEIJO<sup>7</sup> denomina “*el lastre de los presupuestos para acceder al acuerdo extrajudicial*”.

En concreto, se puede considerar que el principal obstáculo para su uso habitual ha sido la vinculación a la obtención del BEPI, de modo que si no se alcanzaba el AEP el deudor llegaba al concurso con la expectativa de ver perdonada una parte importante de sus deudas, sin necesidad de hacer una oferta razonable de pago a sus acreedores. Esa conexión, lejos de ser un acicate para que los acreedores facilitaran acuerdos con el deudor que garantizaran el pago de sus créditos, se convirtió en un mero trámite en el que no había incentivos para el deudor, que aspiraba simplemente a la segunda oportunidad exonerativa, y tampoco para los acreedores, que en muchas ocasiones ni siquiera acudían a la reunión convocada, conscientes de su futilidad.

---

<sup>5</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, nº 381/2019, de 2 de julio de 2019 (RJ/2019/2769).

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “El acuerdo extrajudicial no tiene quien le escriba (Notas sobre el tratamiento del acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 33, 1 de julio de 2020, pág. 5.

El régimen de mayorías previsto en la norma tampoco suponía un estímulo, ya que ante una posibilidad efectiva de acuerdo, los quórum y mayorías del convenio concursal resultaban más favorables, al igual que las posibilidades de arrastre a acreedores privilegiados.

La fijación de un mismo itinerario para personas jurídicas y físicas, habilitando un mismo procedimiento extrajudicial para empresarios y consumidores también resultaba disfuncional, y hacía que, en la práctica, pocas sociedades mercantiles considerasen que éste fuera un cauce adecuado para reestructurar sus deudas.

Otros factores colaterales concurrentes eran los referidos a la mediación concursal, una institución de perfiles extraños: no se trataba de una mediación convencional, tampoco de una administración concursal en la que el profesional pudiera intervenir de modo efectivo el patrimonio del deudor. Además, la retribución al mediador resultaba poco menos que simbólica en la mayoría de los casos y las posibilidades de cobro efectivo llegaban a convertirse en una odisea. MARQUÉS MOSQUERA<sup>8</sup> indica que se trata en realidad de una figura híbrida, asimilable a un “*negociador cualificado*”, lo que en definitiva dificulta su efectividad.

Ni el perfil de los mediadores era el adecuado para tareas en las que podía ser más importante la vertiente de la asistencia social, ni el sistema de retribución era el adecuado para afrontar el trabajo efectivamente realizado, con el problema de que el estatuto del mediador, incluidos sus aranceles, quedaba pendiente de una reforma reglamentaria que no llegó a cristalizar.

Eso ha determinado que muchos profesionales se integren formalmente en la lista correspondiente, pero el sistema secuencial de nombramiento hace que, frente a designaciones concretas, muchos mediadores renuncien sin causa justificada, o demoren su aceptación.

Como veremos, las deficiencias de la figura del mediador concursal siguen en gran medida vigentes tras el TRLC, deficiencias que, como también tendremos ocasión de analizar, tienen un impacto notable en el funcionamiento práctico del AEP y el BEPI.

## **2.2. ¿EL MERO INTENTO DE AEP PRODUCE EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO?**

De acuerdo con la regulación contenida en el antiguo artículo 178 bis de la LC, se configuraba el BEPI como una facultad concedida al deudor persona natural, ya fuera o no empresario, al

---

<sup>8</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C.: “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 23/2015, p.173.

que sólo cabía acceder una vez que el concurso hubiera finalizado por insuficiencia de la masa activa.

Además, se exigían requisitos adicionales, que el propio artículo definía como acreditativos de la buena fe del deudor, entre los que destacaba el previsto en el artículo 178 bis 3.3º: “*Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos*”.

Sin aclarar qué debía entenderse por ese intento de “*celebrar un acuerdo*”, el siguiente apartado 4º exigía, además, que el deudor hubiera satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, hubiera pagado al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

La lectura conjunta de ambos apartados generaba cuestiones inmediatas: por un lado, el “*intento*” de acuerdo al que se refieren, ¿tiene alguna cualificación técnica o jurídica, o basta la formalidad de plantear un acuerdo, por insuficiente o de imposible cumplimiento que pudiera resultar? Una respuesta positiva a la segunda pregunta hubiera abierto una evidente vía de agua en el mecanismo del BEPI, permitiendo exoneraciones fraudulentas o convertidas en mero trámite.

Por otro lado, y según la literalidad del artículo 178 bis 3.4º, para conseguir la exoneración de deudas es preciso que antes se hayan pagado todos los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, así como el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. Pero se elude esta exigencia del previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, si previamente se “*hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos*”.

Sin embargo, conforme al apartado 3º, en todo caso el deudor ha debido ya solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo al concurso consecutivo, por lo que incluir el mismo requisito hacía compleja la interpretación de la norma.

Hubo, pues, que esperar al pronunciamiento expreso al respecto del Tribunal Supremo<sup>9</sup> (TS), que ha sido objeto de numerosos comentarios desde su publicación.<sup>10</sup>

EL TS concluye que existen diferencias fundamentales entre el acuerdo al que se refiere el apartado 3º y el previsto en el 4º.

---

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, nº 150/2019, de 13 de marzo de 2019.

<sup>10</sup> Seguimos en el análisis de la sentencia a CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: “Concurso de acreedores consecutivo a un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos”, *Nuntia-Dictum Abogados*, 22 de abril de 2019.

Mientras que el primer caso se refiere al requisito formal de que se haya instado y tramitado el expediente del AEP, dando paso al concurso consecutivo y en última instancia a la solicitud del BEPI, el apartado 4º exige una propuesta efectiva a los acreedores que no llegó a aceptarse por éstos. Es decir, que para poder librarse del requisito adicional de haber pagado el 25% de los créditos ordinarios (que, en la práctica, puede ser el verdadero obstáculo para acceder al BEPI), el deudor no puede haberse limitado a proponer unos términos descabellados o carentes de contenido. Este era el caso del supuesto enjuiciado por el TS, dado que en realidad el deudor no había ofrecido más que la extinción o quita de la totalidad de los créditos.

En definitiva, y como han señalado diversos autores<sup>11</sup>, la exigencia de una propuesta no meramente virtual está en la base del mismo BEPI, ya que, de existir, los acreedores ordinarios tendrán un incentivo adicional para aceptar el acuerdo, pues en caso de no aceptarlo corren el riesgo de que el deudor quede plenamente exonerado. Lo gravoso de esta consecuencia sólo se justificaría, normativamente, en el rechazo de términos que han sido despreciados a pesar de ser aceptables.

Es decir, y si bien, como se ha señalado en ocasiones, *“la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del artículo 7.1 del Código Civil, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del artículo 178 bis”*,<sup>12</sup> cabe incardinar la buena fe que exigía el 178 bis en el contexto contractual y, a la inversa, considerar que las quitas desorbitadas o no debidamente justificadas que se suelen proponer en los AEP se acercan verdaderamente a la mala fe por parte de los deudores. Es decir, que, en el momento de la propuesta de AEP, la buena fe exigible como parámetro debe encuadrarse no sólo en la genérica buena fe concursal del artículo 178 bis 3 de la LC, sino también (y quizás principalmente) en la buena fe civil conforme a los artículos 7.1 y 1258 del Código Civil, para evitar que el AEP se tome como un mero trámite y no como lo que quiere ser, una alternativa al concurso de acreedores. Un ejemplo palmario de esta “mecanización” del BEPI lo describe de forma contundente el magistrado MUÑOZ PAREDES<sup>13</sup> al analizar un supuesto real en su propio juzgado de acceso final al BEPI (concedido por la Audiencia) por

---

<sup>11</sup> PULGAR EZQUERRA, J. *“Preconcurso y reestructuración empresarial”*. Ed. La Ley-Wolters Kluwer, 2ª Edición, Madrid, 2016.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, B.: “Cambios en la Ley Concursal: La exoneración del pasivo insatisfecho. La Directiva de Segunda Oportunidad”, *Cuadernos de Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, CEFI, núm. 89, enero-abril 2020.

<sup>13</sup> MUÑOZ PAREDES, A.: “El arte de (no) pagar las deudas”, *Diario La Ley* nº 9584, 2 de marzo de 2020, págs. 3 y siguientes.

parte de un deudor condenado por delito fiscal, que durante años no había pagado crédito alguno y que había, además, incumplido el convenio.

Sentadas las bases anteriores, resulta necesario ahora dilucidar si este análisis es también aplicable a la regulación que sobre la misma materia hace el TRLC.

En primer lugar, el TRLC regula de forma separada y más ordenada los presupuestos subjetivo y objetivo del BEPI, eliminando en cuanto al primero cualquier referencia a la necesidad de haber intentado un acuerdo. Serán, por ello, deudores de buena fe (y por lo tanto habrán cumplido el requisito subjetivo para solicitar el BEPI) aquellos cuyo concurso no se haya declarado culpable y, además, no hayan sido condenados en sentencia firme por determinados delitos (artículo 487 TRLC).

El presupuesto objetivo para acceder al BEPI se desarrolla en el artículo 488 TRLC, en términos similares al antiguo 178 bis 3.4º: el deudor deberá haber satisfecho los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, y haber celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores. En caso de no cumplir este último requisito, deberá haber satisfecho, además, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.<sup>14</sup>

Parece claro, en consecuencia, que, aún con una estructura modificada, se mantiene el criterio contenido en el espíritu del anterior artículo 178 bis y defendido por el TS: no cabe un AEP vacío de contenido o, como gráficamente describen CABANAS TREJO Y RIVAS RUIZ citando una sentencia de audiencia que abordó este tema, no cabe un simple intento de “*cubrir el expediente*”.<sup>15</sup>

No obstante, como estos mismos autores advierten, el concepto general puede resultar de difícil aplicación en supuestos fronterizos o que reflejan la complejidad práctica del mundo concursal. Ejemplos como la renuncia del mediador concursal, o, más habitualmente, su no aceptación del nombramiento.

Esta última posibilidad, ya señalada antes como una de las debilidades del sistema, genera una situación de incertidumbre y potencial bloqueo que ha dado lugar a diversas fórmulas para permitir la continuación del procedimiento.

---

<sup>14</sup> Un análisis reciente y muy completo del BEPI y su regulación actual se puede encontrar en BOLDO RODA, C. (Director): “*Derecho Preconcurso y Segunda Oportunidad*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

<sup>15</sup> CABANAS TREJO, R. y RIVAS RUIZ, A.: “*El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*”. Aferre, Barcelona, 1ª Edición, 2020, pág. 337.

Estos casos han llevado a algunas Audiencias Provinciales a concluir que, ante el cierre del expediente en cuestión por imposibilidad de nombramiento del mediador, el AEP debe entenderse intentado, con las consecuencias tan relevantes que hemos descrito más arriba. Es decir, cabrá aplicar eventualmente el BEPI incluso si el AEP no ha sido posible por la no existencia en el proceso del mediador concursal.

La ausencia de previsiones normativas sobre el plazo que debe entenderse máximo para el nombramiento del mediador concursal acabó llevando a la Dirección General de los Registros y del Notariado, ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en su Resolución Consulta de 14 de mayo de 2019, a establecer que, si transcurrido el plazo de dos meses previsto en el actual artículo 588.3 TRLC, a contar desde el primer intento de designación del mediador sin que se produzca la aceptación de ninguno de los mediadores designados secuencialmente, el notario podrá cerrar el expediente.

Esta solución de emergencia, que supone equiparar la falta de mediador concursal al acuerdo intentado que puede dar lugar al BEPI, no es, en definitiva, más que el reconocimiento de las carencias de la figura a la hora de su funcionamiento efectivo. Se trata de una ficción que trata de no perjudicar al deudor que ha cumplido con los requisitos legales<sup>16</sup>.

Como acertadamente resume DIESTE COBO<sup>17</sup>: *“No es efectivo porque no supone una alternativa mejor a la negociación privada entre las partes, más bien al contrario. La llamada mediación concursal restringe enormemente su margen de negociación, imponiéndole plazos perentorios e improrrogables, marcando el contenido de las propuestas, acotando el procedimiento, si puede llamársele así, a una reunión; exigiendo una publicidad desorbitada y limitando las funciones que como mediador debía realizar el mediador concursal, a la vez que le carga con otras de muy distinta naturaleza. El resultado de todo ello es una instrumentalización de la mediación, que, despojada de su esencia, es utilizada como una instancia prejudicial con el pretendido propósito de disminuir la carga de los tribunales.”*

Cabe pensar, *de lege ferenda*, en una futura reforma del instituto de la mediación concursal, que aclare sus perfiles y evite el tener que recurrir a arreglos tan rudimentarios como los arriba descritos. La doctrina parece, en fin, resignada a esta solución: *“el mediador concursal*

---

<sup>16</sup> CUENA CASAS, M.: “El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho”, *Diario la Ley*, 24 de mayo de 2018, edición electrónica, pág. 9.

<sup>17</sup> DIESTE COBO, J.M.: “El mediador concursal: árbitro, juez y parte”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 49/2019, pág. 8.

*se mantiene en el Texto Refundido como una figura de matices borrosos y contenido abierto que, a la postre, mantendrá la ineficacia práctica del mecanismo preconcursal.”<sup>18</sup>*

### **3. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS: ALCANCE DE LA EXONERACIÓN**

En un contexto cada vez más agravado de crisis empresarial y económica, una de las cuestiones fundamentales que se suscitan en el marco del AEP es la de la exoneración y sus mecanismos (es decir, qué créditos y en qué circunstancias pueden quedar exonerados), y en particular el de la posible exoneración de los créditos públicos.

Todo ello teniendo en consideración que el propio concepto y regulación de la desde hace tiempo denominada “segunda oportunidad” podría perder mucha de su virtualidad si los créditos públicos no quedaran definitivamente exonerados. La normativa introducida en 2015 generó, desafortunadamente, confusiones cuyo impacto llega hasta hoy mismo. Una de las voces más autorizadas en la materia, FERNÁNDEZ SEIJO, habla atinadamente del “*equivoco régimen de la Ley Concursal*”, caracterización que, como veremos, resulta sin duda acertada.<sup>19</sup>

#### **3.1. EL ARTÍCULO 178 BIS DE LA LC Y SUS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN**

Debemos comenzar el análisis con la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 1/2015<sup>20</sup>, creadora del mecanismo de la segunda oportunidad en el Derecho español.

En sede de la exoneración de créditos, una de las claves del mecanismo, el extenso nuevo artículo 178 bis establecía una doble posible situación:

- Deudores de buena fe, que habían intentado un AEP<sup>21</sup> y habían procedido a la liquidación de su patrimonio y al pago de los créditos contra la masa y los créditos

---

<sup>18</sup> PEREA GONZÁLEZ, A.: “El mediador concursal: ¿un nuevo disfraz para el mismo héroe?” *Diario La Ley*, nº 9678, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 21 de Julio de 2020, pág. 2.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “La exoneración del crédito público en los procedimientos de segunda oportunidad”, *Almacén de Derecho*, 9 de junio de 2020. En el desarrollo de este apartado seguiremos principalmente a dicho autor, que a nuestro entender realiza las propuestas más útiles *de lege ferenda*.

<sup>20</sup> Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, ratificado posteriormente por la Ley 25/2015, de 25 de julio, del mismo nombre.

<sup>21</sup> Cfr. Apartado 2.2 del presente trabajo.

privilegiados: en este caso dichos deudores podían exonerar el resto del pasivo no satisfecho (sin que se hiciera mención a excepción alguna).

- Deudores que, habiendo liquidado su patrimonio, no habían sin embargo alcanzado el umbral de pasivos a satisfacer: en este caso tenían derecho a acogerse a un plan de pagos para satisfacer los créditos no exonerados, exceptuando “*los créditos de derecho público y por alimentos*”.

Tal salvedad produjo inmediatamente perplejidad. ¿Cómo era posible que se tratase con mayor severidad, impidiendo la exoneración de los créditos públicos, a un deudor en peor situación y que no había podido pagar inicialmente los créditos contra la masa y los privilegiados?

Desde un primer momento, CUENA CASAS<sup>22</sup> defendió una interpretación literal pero al mismo tiempo audaz: no había margen para la duda interpretativa, en tanto el legislador había establecido la regulación que pretendía: favorecer al deudor “bueno” (el que ha superado el umbral del pasivo satisfecho) frente al “malo” (el que no ha superado dicho umbral y debe someterse al plan de pagos). Frente a los vaivenes y modificaciones posteriores, dicha interpretación se ha mantenido firme, en defensa de una regulación alternativa que permita la plena exoneración también para el deudor que debe acogerse al plan de pagos, pero entendiendo que no caben soluciones por la vía de la interpretación sistemática: “*no había contradicción ni problema de interpretación: el legislador discriminaba negativamente al deudor que se acogía al plan de pagos*”<sup>23</sup>.

Ya desde la aprobación de la reforma, otras voces habían destacado un aspecto también relevante que, como veremos más adelante, resulta fundamental para la adecuada articulación de la normativa y para ajustarla sistemáticamente: el párrafo 5 del 178 bis LC, al excepcionar los créditos públicos de la exoneración en los términos ya descritos, obviaba que la propia LC distinguía entre créditos públicos privilegiados, ordinarios o subordinados (distinción por lo demás aplicable a todos los tipos de créditos). ¿Cuáles deberían entonces estar sujetos a la excepción? ¿Todos ellos?<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> CUENA CASAS, M.: “¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente?”, *Hay Derecho*, 3 de marzo de 2015.

<sup>23</sup> CUENA CASAS, M.: “Crédito público y segunda oportunidad en el Texto Refundido Ley Concursal (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020)”, *Hay Derecho*, 28 de septiembre de 2020.

<sup>24</sup> Ya hacía referencia a esta cuestión CARRASCO PERERA, A. en su siguiente comentario también inmediatamente posterior a la aprobación de la reforma: “El mecanismo de “segunda oportunidad” para

En la práctica, este esquema supuso que, en el marco de los planes de pagos, “la mayoría de los juzgados mercantiles, los de primera instancia y las Audiencias Provinciales, consideran que el crédito público tiene que ser incluido dentro del plan de pagos y someterse a la aprobación judicial, mientras que los organismos públicos acreedores de esos créditos, Tesorería General de la Seguridad Social y Hacienda Pública, han considerado desde un inicio que dicho crédito no está sometido al plan de pagos y que el aplazamiento o fraccionamiento se rige por su normativa específica”.<sup>25</sup>

Las dudas permanecieron largo tiempo, hasta la sentencia del TS de 2 de julio de 2019, que tomó un partido claro en la cuestión, generando sin embargo controversias adicionales que, de nuevo, perduran hasta hoy.<sup>26</sup>

En esencia, la sentencia confirma las dificultades de comprensión que genera el artículo 178 bis LC y procede a una interpretación generosa con el deudor que busca conectar con el espíritu de la Directiva europea<sup>27</sup> (la Directiva) que la reforma de 2015 aspiraba a adaptar, aunque fuera parcialmente. En consecuencia, y en la línea arriba esbozada, la sentencia considera que, en el supuesto de deudor acogido a plan de pagos, dicho plan de pagos sólo debe incluir previsiones respecto a los créditos públicos privilegiados (o la parte correspondiente de los mismos), y por lo tanto aquellos créditos públicos que tengan la consideración de ordinarios o subordinados debían quedar exonerados.

Lo que por muchos autores fue considerado en su momento como un “terremoto”, ha sido posteriormente visto como una consecuencia razonable de la propia clasificación de los créditos públicos, así como de la finalidad que debe informar toda la regulación de la segunda oportunidad, que es la plena exoneración del deudor, sujeto al cumplimiento de los requisitos correspondientes. Ese es, en definitiva, el espíritu de la Directiva, como podremos analizar con mayor detalle al final del presente apartado.

La sentencia resolvía en conclusión, por vía de interpretación, una confusión generada por el legislador, estableciendo “el cese de la discriminación existente entre ambas vías de

---

consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito”, *Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha*, 2 de marzo de 2015.

<sup>25</sup> Desde una perspectiva muy centrada en la realidad concursal, IRIBARREN RIBAS, M.G.: “El tratamiento del crédito público en la Ley de Segunda Oportunidad tras la sentencia del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio de 2019”, *Diario de Navarra*, 29 de julio de 2019.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, nº 381/2019, de 2 de julio de 2019 (RJ/2019/2769).

<sup>27</sup> Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

*obtención del beneficio en relación a la exoneración del crédito público, equiparando materialmente el alcance de los créditos públicos exonerables que, en ambas fórmulas de obtención del beneficio, alcanzarían a los créditos públicos ordinarios y subordinados”.*<sup>28</sup>

Autores como CUENA CASAS cuestionaron esta resolución, considerando que el remedio al exceso cometido por la norma al discriminar a los deudores en sede de exoneración de créditos públicos sólo podía resolverse por la misma vía legislativa: *“Yo defiendiendo la doctrina que se deduce de la sentencia del TS que comento, pero no es el TS el encargado de establecerla, sino el legislador. Nuestros tribunales tienen el papel que tienen y la extralimitación supone una quiebra del Estado de Derecho.”*<sup>29</sup>

Éste no iba a ser, sin embargo, el final de la historia.

### **3.2. LOS CRÉDITOS PÚBLICOS EN EL TRLC**

La labor de refundición abordada por el TRLC<sup>30</sup>, culminada en mayo de 2020, procedía a abordar de nuevo la materia, pero no para armonizar la regulación en el sentido fijado por el TS, sino para crear un marco completamente distinto: con el fin de dar solución a la disparidad resultante del 178 bis LC, el artículo 491 del TRLC prevé que, en ambos supuestos de obtención del beneficio de exoneración, el crédito público tenga la consideración de no exonerable.

En palabras de FERNÁNDEZ SEIJO,<sup>31</sup> *“el marco armonizador se plantea blindando el crédito público puesto que el artículo 491 de la norma, cuando se refiere al supuesto ordinario de exoneración, el que prevé la satisfacción de un umbral mínimo de créditos, advierte que la exoneración se extenderá a la totalidad de los créditos de derecho público y por alimentos. Por lo que este tipo de créditos, sea cual sea su calificación, no podrá ser en modo alguno exonerado. Además, el crédito público queda sometido a reglas propias de aplazamiento y fraccionamiento que le dejan fuera del plan de pagos en la exoneración especial”.*

Es decir, que, contra la teoría de que el legislador del 178 bis había pretendido clara y expresamente un tratamiento diferente para los dos tipos de deudores, agravando en sede de

---

<sup>28</sup> SENDRA ALBIÑANA, A.: “Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal...¿ultra vires?”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 34/2021, 1 de enero de 2021.

<sup>29</sup> CUENA CASAS, M.: “Segunda oportunidad y crédito público (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)”, *Hay Derecho*, 29 de julio de 2019.

<sup>30</sup> Cfr. Apartado 1.3 del presente trabajo.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “La exoneración del crédito público en los procedimientos de segunda oportunidad” *Almacén de Derecho*, 9 de junio de 2020, op.cit., pág.4.

exoneración del crédito público la posición del deudor que se acoge al plan de pagos, el TRLC corrige dicha discriminación no aceptando la conclusión del TS (exoneración en ambos casos de los créditos públicos ordinarios y subordinados), sino extendiendo la solución más perjudicial para el deudor y declarando que el crédito público no es exonerable con carácter general.

La reacción doctrinal y jurisprudencial posterior ha sido fulminante al considerar que esa regulación incurre en “*ultra vires*”, ya que va más allá de la delegación efectuada para la elaboración de un Texto Refundido, que “*conllevaba las facultades de regular, aclarar y armonizar la normativa existente, debiendo entenderse que se posibilitaba la formulación de una cierta novedad en el texto producido siempre y cuando ello no contraviniese materialmente las normas objeto de refundición. La desatención al contenido de las normas refundidas se produce como consecuencia del ejercicio, siquiera parcial o limitado, de una suerte de política legislativa en contra de la labor técnica realizada. [...]El resultado alcanzado en el Texto Refundido en relación a la regulación del crédito público en la exoneración de deudas contradice la propuesta realizada por la ponencia de la comisión general de codificación, al equiparar la regulación del crédito público para ambas vías de obtención del beneficio, decretando su carácter de deuda no exonerable. Tal cuestión se realiza bajo una pretendida armonización que, en realidad, supone una equiparación inexistente en la legislación previa. Ello supone una contravención de la delegación efectuada conocida como «ultra vires».*”.<sup>32</sup>

También en el ámbito jurisdiccional se han multiplicado desde septiembre de 2020 (tras la entrada en vigor del TRLC) los pronunciamientos que han considerado inaplicable el mencionado artículo 491 TRLC por su exceso en la armonización normativa, considerando plenamente aplicable en su lugar la construcción contenida en la ya referida sentencia del TS de 2 de julio de 2019.<sup>33</sup> No obstante, también han existido pronunciamientos judiciales que no han aceptado esta conclusión y han aplicado el artículo 491 TRLC, entendiendo que,

---

<sup>32</sup> SENDRA ALBIÑANA, A.: “Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal...¿ultra vires?”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 34/2021, 1 de enero de 2021, op.cit., pág.9.

<sup>33</sup> Por referir sólo algunas de las resoluciones más recientes: Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona, de 23 de febrero de 2021 (JUR\2021\99735), Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona, de 23 de febrero de 2021 (JUR 2021\99178), Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 23 de febrero de 2021 (JUR\2021\99630), Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 23 de febrero de 2021 (JUR 2021\99452) y Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020 (JUR/2020/277069).

independientemente de la cuestión técnica subyacente, debe garantizarse el principio de seguridad jurídica.<sup>34</sup>

Determinado sector de la doctrina sigue manteniendo críticas respecto a esa solución<sup>35</sup>, estimando que, a pesar de la clasificación de créditos públicos que establece el propio TRLC en su artículo 287, la referencia del artículo 491 a los “créditos públicos”, genéricamente, supone que en dicha mención están incluidos todos (los privilegiados, los ordinarios y los subordinados): *“Si se vetara la exoneración al crédito público privilegiado, no sería precisa la mención expresa a créditos de derecho público, ya que si hay algo claro en la norma es que los créditos privilegiados y contra la masa no se exoneran nunca para ningún deudor. La mención expresa a la no exoneración del crédito de derecho público es precisamente para aclarar que no se exonera tampoco en los casos en los que tiene la calificación de ordinario y subordinado”*.

Creemos, no obstante, tal y como se expondrá en el siguiente y último apartado de este capítulo, que la distinción entre los diferentes tipos de crédito público a efectos de su exoneración es la que más se aproxima al espíritu de la Directiva, que debería presidir los esfuerzos legislativos en este campo.

### **3.3. LA DIRECTIVA DE SEGUNDA OPORTUNIDAD: SU TRANSPOSICIÓN EN RELACIÓN CON LOS CRÉDITOS PÚBLICOS Y OTROS ASPECTOS CONCURSALES RELEVANTES**

La Directiva es el marco establecido a nivel europeo para la armonización de las regulaciones en materia de insolvencia.

Sin entrar en un análisis pormenorizado de su articulado, que excedería del ámbito del presente trabajo, resulta oportuno mencionar algunos elementos de su régimen que hacen razonable que, a la hora de su (esperamos) próxima transposición, la cuestión de la exoneración de los créditos públicos siga la senda iniciada por la sentencia del TS de 2 de julio de 2019:

- (a) Como señala ESTEBAN RAMOS,<sup>36</sup> citando a SENENT MARTÍNEZ<sup>37</sup>, la Directiva *“deja claros tres aspectos esenciales: que el empresario tiene derecho a la*

---

<sup>34</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 16 de diciembre de 2020 (JUR/2021/46537).

<sup>35</sup> CUENA CASAS, M.: “El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho”, *Diario La Ley*, nº 9675, Sección Tribuna, 16 de Julio de 2020.

<sup>36</sup> ESTEBAN RAMOS, L.M.: “Segunda oportunidad: ahora más necesaria que nunca”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 33/2020, 1 de julio de 2020.

*exoneración plena de sus deudas; que el plazo para obtener la plena exoneración no puede superar los tres años y que el plan de pagos debe tener en cuenta la situación individual del empresario y ser proporcionado a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración. Aspectos que obligan a determinadas modificaciones en nuestra normativa para su transposición, que debe hacerse antes del 17 de julio de 2021”.*<sup>38</sup>

- (b) El artículo 23.4 de la Directiva, al establecer el listado (que, atendiendo a la versión inglesa original, debe entenderse ejemplificativo) de deudas que los Estados pueden excluir de la exoneración, no incluye en dicho listado los créditos o deudas públicas. Teniendo en cuenta el listado incluido en la Directiva, y la obligación para los Estados de justificar la inclusión de otros posibles supuestos, parece razonable concluir que se trata de casos particularmente relevantes que deberían llevar a considerar la posible ampliación de la lista con carácter restrictivo. La lista incluye los siguientes ejemplos:
- a. Deudas garantizadas;
  - b. Deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con éstas;
  - c. Deudas derivadas de responsabilidad extracontractual;
  - d. Deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad;
  - e. Deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas; y
  - f. Deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

Analizando lo anterior, CUENA CASAS considera que, en el momento de la transposición de la Directiva al Derecho español, *“no deben ser exoneradas las deudas por alimentos, las derivadas de sanciones penales, las indemnizaciones por*

---

<sup>37</sup> SENENT MARTÍNEZ, S.: “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 32/2020, 1 de enero de 2020.

<sup>38</sup> Como señala ESTEBAN RAMOS en el trabajo citado respecto de este aspecto (el plazo), *“Si el Derecho de un Estado miembro dispone de más de un procedimiento de exoneración de deudas, al menos uno debe ofrecer la oportunidad de lograr la plena exoneración en un plazo no superior a tres años. Se trata de un plazo máximo que puede ser reducido. El establecimiento de este máximo, nos obliga a modificar el plazo de 5 años previsto en la ley española para el cumplimiento del plan de pagos, incluso, también debiera reducirse el plazo durante el cual puede solicitarse la revocación de la concesión definitiva de la exoneración por el régimen general”.*

*responsabilidad civil extracontractual cuando el deudor haya actuado con dolo o culpa grave, las deudas con garantía real y las deudas nacidas con posterioridad al inicio del procedimiento concursal. En este último caso, sí podría ser exonerado el pasivo que en su caso pudiera quedar pendiente tras la ejecución de la garantía”.*<sup>39</sup>

- (c) Utilizando un argumento de carácter sistemático, finalmente, señala FERNÁNDEZ SEIJO que “*en la Directiva hay una previsión legal que permite establecer tipos o categorías de acreedores, se articula un sistema que permite establecer los sacrificios asumibles por cada categoría de acreedores y el régimen aplicable a los acreedores disidentes en cada categoría.*”<sup>40</sup>

A continuación se refiere a uno de los considerandos de la Directiva (el número 52), que tiene el siguiente tenor literal;

*“Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores”.*

Es decir, que la exoneración de (al menos) los créditos públicos no privilegiados parece coherente con la idea de que, con carácter excepcional, aquellos acreedores con un estatuto “privilegiado” puedan quedar exentos del régimen general de cancelación o exoneración. Ese y no otro, en definitiva, es el régimen propuesto en la tantas veces citada sentencia del TS de 2 de julio de 2019.

Todas las anteriores consideraciones deben ser puestas en relación con la ya mencionada naturaleza diversa de los créditos públicos, de modo que se llegue a soluciones más matizadas que el genérico blindaje que establecía (y establece) el artículo 491 TRLC, convertido, como hemos visto, en otro ejemplo de letra muerta tan sólo unos meses después de la aprobación del propio texto legal.

La propuesta final *de lege ferenda* de FERNÁNDEZ SEIJO compatibiliza tanto la posible preeminencia de determinados créditos públicos (también recogida en la Directiva) con su

---

<sup>39</sup> 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 32/2020, 1 de enero de 2020.

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “La exoneración del crédito público en los procedimientos de segunda oportunidad”, *Almacén de Derecho*, 9 de junio de 2020, op.cit., pág.3.

mencionado carácter diverso y, sobre todo, con la necesaria vocación efectivamente exoneradora de la regulación de la segunda oportunidad:

*“El crédito público no es monolítico, ya se ha visto cómo en el procedimiento concursal se descompone en crédito privilegiado, ordinario y subordinado. Esta reconfiguración del crédito público no es suficiente y seguramente sería necesario establecer dos categorías de crédito público, por una parte aquel crédito público que tiene su origen en la actividad ordinaria del deudor – la vinculada al pago de tasas, impuestos y tributos -; por otra parte el crédito público de naturaleza extraordinaria, derivada de expedientes sancionadores y derivaciones de responsabilidad por deudas de terceros vinculados.*

*El crédito público que tiene su origen en la actividad ordinaria tendría que ser exonerable total o parcialmente, ese crédito debería quedar sometido al mismo régimen que el resto de créditos del deudor, sobre todo el deudor que tiene actividad empresarial o profesional. Una situación de insolvencia no prevista, no provocada por el deudor, debería permitir la exoneración completa.*

*En los denominados créditos públicos extraordinarios es razonable la prevención del legislador, no tendría sentido eximir de deuda por una puerta trasera a quien, en la puerta delantera, se le ha imputado una responsabilidad administrativa”.*<sup>41</sup>

A pesar de que no entraremos (como se ha mencionado antes) en el análisis detallado del articulado de la Directiva, sí parece oportuna una referencia final a algunos de sus aspectos que, más allá de la concreta cuestión de los créditos públicos, deberían generar modificaciones en la regulación concursal española y, sobre todo, tienen la vocación de abordar algunas de las áreas de mayor preocupación en un entorno de zozobra empresarial y económica que, desgraciadamente, parece que se extenderá durante los próximos años.

Destacaremos los siguientes, en el contexto de materias tratadas de una forma o de otra a lo largo del presente trabajo y que, una vez transpuestas a nuestro Derecho, supondrán cambios muy relevantes:

- (a) La denominada en la Directiva “reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías” (o, en la expresión en inglés correspondiente, “*cross-class cram-down*”) es una de las novedades principales: supone, según explica

---

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “La exoneración del crédito público en los procedimientos de segunda oportunidad” *Almacén de Derecho*, 9 de junio de 2020, op.cit., pág. 4.

CARPUS-CARCEA<sup>42</sup>, que aquellos planes de reestructuración “no respaldados por todas las categorías de acreedores puedan, bajo determinadas circunstancias, confirmarse judicialmente y llegar a ser vinculantes para todos los acreedores afectados. Este mecanismo pretende incrementar las posibilidades de que el plan de reestructuración sea aprobado en los casos en los que las medidas propuestas no son apoyadas por todas las clases de partes afectadas. Además de las condiciones exigidas para la confirmación de un plan de reestructuración (tales como el principio *pari passu* y la prueba del interés superior de los acreedores), un plan de reestructuración adoptado a través del mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías debe cumplir unas condiciones adicionales para asegurar que existen las salvaguardas suficientes para compensar el riesgo adicional soportado por las clases disidentes de acreedores.”

Dichas condiciones serían, por un lado, que el plan cuya aprobación forzosa se pretende sea aprobado por acreedores que puedan llegar a tener (o se presume que tienen) participación en la reestructuración de la empresa por las características de sus créditos, en oposición a aquellos acreedores que, en condiciones normales y en un contexto de liquidación (por ejemplo, accionistas), no recibirían ningún pago.

La segunda condición es que las clases disidentes del plan aprobado sean tratadas de manera equitativa (es el denominado “*fairness test*”): esto supone que las categorías disidentes (y, sobre todo, las categorías disidentes de mayor prelación) deben recibir un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango y más favorable que la de cualquier categoría de rango inferior. Es lo que se denomina “regla de prelación relativa”.

Los Estados miembros estarán autorizados, incluso, para aplicar la llamada “regla de prelación absoluta”, que supone mayor protección a los acreedores disidentes:

---

<sup>42</sup> CARPUS-CARCEA, M.: “Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: un enfoque medido para armonizar el equilibrio deudor-acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº32/2020, 1 de enero de 2020. Su aportación es especialmente interesante, al provenir de una funcionaria de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea que trabajó en la preparación y negociación de la Directiva. El análisis desarrollado a continuación sigue las líneas principales del artículo mencionado.

las categorías disidentes de mayor prelación cobrarán su crédito en su totalidad si una categoría de menor prelación recibe cualquier pago.<sup>43</sup>

Todos los anteriores cambios, procedentes principalmente de la regulación concursal estadounidense (el famoso “*Chapter 11*”), buscan hacer posible de manera efectiva el plan de reestructuración y evitar disfunciones como las que describe GARCIMARTÍN ALFÉREZ:<sup>44</sup> “*la justificación de la posibilidad de homologar acuerdos no consensuados es fácil de entender: intenta prevenir los riesgos de extorsión por parte de unas clases de acreedores respecto de otras. Así, acreedores subordinados podrían utilizar su voto para expropiar los demás acreedores y obtener una parte del excedente de la empresa en funcionamiento que no les corresponde. [...]*”

*Por su parte, los acreedores privilegiados pueden tener incentivos para votar en contra del acuerdo y llevar a la empresa a una liquidación concursal si, por mor de su privilegio, lo que obtendrían en este escenario fuese suficiente para satisfacer su crédito, aunque esta opción dilapide el valor residual que hubiese correspondido a los acreedores ordinarios o incluso subordinados en caso de reestructuración.”*

Como hemos mencionado más arriba, todos estos cambios deberían suponer una transformación muy importante de la regulación concursal española y una deseable revitalización del plan de reestructuración como verdadera alternativa para los deudores. Todo ello, de nuevo, especialmente importante en medio de la mayor crisis empresarial del último siglo.

- (b) Otro elemento novedoso introducido por la Directiva es la regulación sobre el porcentaje de reembolso de la deuda existente que debe pagarse para poder acceder al beneficio de la exoneración.

La Directiva lo permite (así está precisamente previsto en la normativa concursal española, como hemos visto), si bien el artículo 20.2 exige que la correspondiente obligación de reembolso se ajuste a la situación individual del deudor y, en

---

<sup>43</sup>CARPUS-CARCEA, M.: “Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: un enfoque medido para armonizar el equilibrio deudor-acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº32/2020, 1 de enero de 2020, op.cit., pág. 4.

<sup>44</sup>GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: “La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II)”, *Almacén de Derecho*, 3 de agosto de 2017.

concreto, sea proporcionada a los activos disponibles y tenga en cuenta el interés de los acreedores.

Esto supone, potencialmente, una modificación tan drástica como la que se ha referido en el apartado anterior, en tanto el juez que deba decidir sobre la exoneración deberá estar a las circunstancias del caso concreto cuando establezca el porcentaje de reembolso a aplicar (so pena, entendemos, del cuestionamiento de dicha decisión).

Como indica con claridad SENENT MARTÍNEZ,<sup>45</sup> *“es muy discutible, igualmente, que pueda mantenerse, como hasta ahora, la exigencia de abonar todo el pasivo privilegiado, tanto especial, como general y las deudas de la masa, ya que la Directiva no confunde, como hace nuestro texto legal, entre deudas que deben ser satisfechas, referidas a categorías concursales de deudas, y deudas exonerables. Nuestro sistema perjudica claramente al empresario frente al consumidor, ya que aquel, por lo general, suele asumir un mayor pasivo privilegiado, tanto general como especial, derivado fundamentalmente de obligaciones tributarias, laborales y de Seguridad Social, por lo que al tener que pagar un elevado porcentaje del pasivo para obtener la exoneración, es muy difícil que pueda conseguirlo.”*

Como se ve, esta cuestión entronca directamente con la problemática antes analizada de la exoneración de los créditos públicos, de modo que, tanto por la vía de su no inclusión en el listado de la Directiva (ver el principio del presente apartado), como por la vía de la eliminación del pago de un porcentaje genérico de la deuda como requisito para acceder a la exoneración<sup>46</sup>, es factible que incluso el margen de virtualidad que les concedía la Sentencia del TS de 2 de julio de 2019 quede todavía más reducido en la regulación que transponga la Directiva.

Algo similar cabe decir de lo expuesto en la primera parte del presente trabajo respecto al mediador concursal y su borrosa participación en el proceso. De hecho,

---

<sup>45</sup> SENENT MARTÍNEZ, S.: “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 32/2020, op.cit., pág. 8.

<sup>46</sup> CARPUS-CARCEA, “Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: un enfoque medido para armonizar el equilibrio deudor-acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº32/2020, 1 de enero de 2020, op.cit., pág. 4., con el valor especial que le da su participación en el iter de elaboración de la Directiva, lo expresa con rotunda claridad: *“el establecimiento de un porcentaje en abstracto, sin considerar la situación particular del empresario individual, no tendría en cuenta la capacidad real de reembolso de la deuda y en la práctica actuaría como un obstáculo para su exoneración.”*

voces autorizadas ya han propuesto, en el contexto de la transposición de la Directiva, “*el nuevo tratamiento del estatuto del mediador concursal en lo que hace a remuneración garantizada (una suerte de turno de oficio) y correlativas sanciones efectivas por falta de cumplimiento de su función (que no pueda ser mediador concursal quien rechaza designaciones de mediador sin justa causa).*”<sup>47</sup>

En definitiva, la transposición de la Directiva (cuya fecha límite, como se ha mencionado, es el próximo 17 de julio) debe suponer un nuevo y necesario hito en el mundo de la regulación concursal en España. El contexto tan extremo y dramático, tanto humano como económico, hacen imprescindible la armonización, racionalización y transformación de un régimen que ha de ser uno de los instrumentos esenciales de la protección y salvaguarda del tejido empresarial nacional.

En palabras, hoy especialmente ciertas y significativas, de Jean Monnet: “*Los hombres sólo aceptan el cambio resignados por la necesidad y sólo ven la necesidad durante las crisis*”.

#### **4. CONCLUSIONES**

EL TRLC presenta deficiencias, tanto de orden sistemático como práctico, que en parte son resultado de las sucesivas reformas del texto legal, no siempre debidamente encajadas, y en parte producto de la refundición de una normativa que ya era muy compleja antes de su armonización. A eso debe añadirse las exigencias de la llamada Directiva de Segunda Oportunidad, todavía pendiente de transposición, que exigirá nuevas adaptaciones en aspectos muy relevantes.

Los aspectos concretos analizados en el presente trabajo son los siguientes:

- a. En sede de los requisitos para que el deudor pueda acceder al BEPI, el TRLC establece como requisito objetivo que el deudor haya satisfecho los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, y haber celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores (en caso de no cumplir este último requisito, deberá haber satisfecho, además, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios). La interpretación correcta de este “intento” de acuerdo debe ser, según ha establecido

---

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La urgente reforma del régimen de segunda oportunidad”, *Cinco Días*, 28 de mayo de 2020.

la mejor doctrina y la propia jurisprudencia, la que entiende que la propuesta debe ser efectiva, entendida en oposición a una mera propuesta virtual carente de contenido o con términos inaceptables para los acreedores.

- b. En ese contexto, el problema de la falta de aceptación de los mediadores concursales se viene solucionando en la práctica (como ha establecido al respecto la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en el sentido de que, si transcurrido el plazo de dos meses previsto en el TRLC, a contar desde el primer intento de designación del mediador sin que se produzca la aceptación de ninguno de los mediadores designados secuencialmente, el notario podrá cerrar el expediente. Esto supone, en realidad, equiparar la falta de mediador concursal al acuerdo intentado que puede dar lugar al BEPI. La figura del mediador concursal debe reformarse y reforzarse para evitar que el mencionado expediente se generalice, desvirtuando no sólo el instituto del mediador concursal, sino sobre todo el concepto de intento razonable de acuerdo con los acreedores como base del BEPI.
- c. La dispar regulación de la LC sobre la exoneración de los créditos públicos en el contexto del BEPI (aceptada para los deudores que habían completado los umbrales de créditos satisfechos, pero no para los deudores acogidos al plan de pagos) dio lugar, antes de la aprobación del TRLC, a una interpretación del TS que extendía dicha exoneración a los deudores sujetos a plan de pagos, al menos en lo referido a créditos públicos no privilegiados. EL TRLC modificó este criterio, caracterizando los créditos públicos como no exonerables para ambos tipos de deudores. La reacción de un amplio sector de la jurisprudencia menor posterior ha sido considerar que dicha regulación incurría en “*ultra vires*” y hacía necesario volver a la doctrina del TS antes descrita. Entendemos que esta es la solución más acertada, no sólo desde el punto de vista técnico, sino también la que mejor refleja el espíritu de la Directiva de Segunda Oportunidad
- d. La necesaria transposición de la Directiva de Segunda Oportunidad debería resolver, en el sentido expuesto en el apartado anterior, la cuestión de la exoneración de los créditos públicos. Asimismo, y aunque deja un gran margen a los países miembros, la Directiva incluye muchos otros aspectos que, de incluirse en la transposición, podrían suponer un cambio muy relevante en nuestra

regulación concursal, tales como la reducción del porcentaje de deuda a satisfacer para acceder al beneficio de la exoneración del restante pasivo pendiente, o la posibilidad de imponer, con el cumplimiento de determinados requisitos, un determinado plan de reestructuración a la totalidad de acreedores.

## 5. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

- BOLDO RODA, C. (Director): “*Derecho Preconcurso y Segunda Oportunidad*”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- CABANAS TREJO, R. y RIVAS RUIZ, A.: “*El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*”. Aferre, Barcelona, 1ª Edición, 2020, pág. 337.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: “Concurso de acreedores consecutivo a un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos”, *Nuntia-Dictum Abogados*, 22 de abril de 2019.
- CARPUS-CARCEA, M.: “Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: un enfoque medido para armonizar el equilibrio deudor-acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº32/2020, 1 de enero de 2020.
- CARRASCO PERERA, A.: “El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito”, *Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha*, 2 de marzo de 2015.
- CUENA CASAS, M.: “El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho”, *Diario la Ley*, 24 de mayo de 2018, edición electrónica, pág. 9.
- CUENA CASAS, M.: “¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente?”, *Hay Derecho*, 3 de marzo de 2015.
- CUENA CASAS, M.: “Crédito público y segunda oportunidad en el Texto Refundido Ley Concursal (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020)”, *Hay Derecho*, 28 de septiembre de 2020.
- CUENA CASAS, M.: “Segunda oportunidad y crédito público (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)”, *Hay Derecho*, 29 de julio de 2019.
- CUENA CASAS, M.: “El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho”, *Diario La Ley*, nº 9675, Sección Tribuna, 16 de Julio de 2020.

- 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 32/2020, 1 de enero de 2020.
- DIESTE COBO, J.M.: “El mediador concursal: árbitro, juez y parte”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 49/2019 pág. 8.
- ESTEBAN RAMOS, L.M.: “Segunda oportunidad: ahora más necesaria que nunca”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 33/2020, 1 de julio de 2020.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La urgente reforma del régimen de segunda oportunidad”, *Cinco Días*, 28 de mayo de 2020.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “El acuerdo extrajudicial no tiene quien le escriba (Notas sobre el tratamiento del acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 33, 1 de julio de 2020, pág. 5.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “La exoneración del crédito público en los procedimientos de segunda oportunidad”, *Almacén de Derecho*, 9 de junio de 2020.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: “La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II)”, *Almacén de Derecho*, 3 de agosto de 2017.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.: “Cambios en la Ley Concursal: La exoneración del pasivo insatisfecho. La Directiva de Segunda Oportunidad”, *Cuadernos de Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, CEFI, núm. 89, enero-abril 2020.
- IRIBARREN RIBAS, M.G.: “El tratamiento del crédito público en la Ley de Segunda Oportunidad tras la sentencia del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio de 2019”, *Diario de Navarra*, 29 de julio de 2019.
- MARQUÉS MOSQUERA, C.: “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 23/2015, p.173.
- MUÑOZ PAREDES, A.: “El arte de (no) pagar las deudas”, *Diario La Ley*, nº 9584, 2 de marzo de 2020, págs. 3 y siguientes.

- PEREA GONZÁLEZ, A.: “El mediador concursal: ¿un nuevo disfraz para el mismo héroe?” *Diario La Ley*, nº 9678, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 21 de Julio de 2020, pág. 2.
- PULGAR EZQUERRA, J. “*Preconcuralidad y reestructuración empresarial*”. Ed. La Ley-Wolters Kluwer, 2ª Edición, Madrid, 2016.
- SALINAS ADELANTADO, C.: “El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16 / 2020 y el TRLC: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?” *Diario La Ley*, nº 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia, 2 de junio de 2020.
- SENDRA ALBIÑANA, A.: “Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal... ¿ultra vires?”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 34/2021, 1 de enero de 2021.
- SENENT MARTÍNEZ, S.: “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 32/2020, 1 de enero de 2020.

## **6. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL**

### **6.1. JURISPRUDENCIA MAYOR**

- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 381/2019, de 2 de julio de 2019 (RJ/2019/2769).
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 150/2019, de 13 de marzo de 2019 (RJ/2019/1137).

### **6.2. JURISPRUDENCIA MENOR**

- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona, de 23 de febrero de 2021 (JUR\2021\99735).
- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona, de 23 de febrero de 2021 (JUR 2021\99178),
- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 23 de febrero de 2021 (JUR\2021\99630).
- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 23 de febrero de 2021 (JUR 2021\99452).
- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 16 de diciembre de 2020 (JUR/2021/46537).
- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020 (JUR/2020/277069).