



Universidad de Oviedo

**TRABAJO FIN DE MÁSTER DE LA ABOGACIA**

**“PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL  
MECANISMO DE LA LEY DE SEGUNDA  
OPORTUNIDAD”**

**ALBERTO ESTRADA PALOMO**

## **RESUMEN**

En este trabajo trataré de poner de relieve los problemas en la aplicación práctica del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, conocida como la ley de segunda oportunidad, que en la actualidad se encuentra inserta en el texto refundido de la ley concursal.

Como se recoge en su Exposición de Motivos, la ley de segunda oportunidad pretende modular la responsabilidad universal y vitalicia, *ex* artículo 1911 del CC, de las deudas contraídas por la persona física, equiparándola a la persona jurídica. Equiparación que, por otra parte, se ha venido practicando, pero de forma inversa, por las entidades financieras condicionando el acceso al crédito de las personas jurídicas a que estas sean avaladas por sus socios o administradores, haciendo aún más necesaria la introducción de esta ley.

Como es lógico, esta equiparación entre la persona jurídica y la física conlleva problemas de aplicación práctica, que son tratados en los apartados del trabajo titulados “Disfuncionalidad del AEP” y “Problemas de competencia entre el orden Civil y Mercantil”. Por último, abordaremos una cuestión distinta, que está suscitando un debate judicial y doctrinal muy relevante: si ha existido *ultra vires* en el tratamiento del crédito público.

## **ABSTRACT**

In this paper I will try to highlight the problems in the practical application of Royal Decree-Law 1/2015, of February 27, of the second chance mechanism, known as the second chance law, which is currently inserted in the consolidated text of the bankruptcy law.

As stated in its explanatory memorandum, the second chance law aims to modulate the universal and lifetime liability *ex* article 1911 of the CC, of the debts contracted by the natural person, equating the natural person with the legal one. Equalization that, on the other hand, has been practiced, but inversely by financial entities, conditioning access to credit for legal entities, on their being endorsed by their partners or administrators, making the introduction of this law even more necessary.

As expected, this equality between the legal person and the physical person entails problems of practical application, which are dealt with in the sections of the work entitled "Dysfunctionality of the AEP" and "Competition problems between the Civil and Commercial order". Finally, we will address a different question, which is causing a very relevant judicial and doctrinal debate: whether there have been *ultra vires* in the treatment of public credit.

## **ABREVIATURAS**

<b>AEP</b>	Acuerdo Extrajudicial de Pagos
<b>BEPI</b>	Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>EM</b>	Exposición de Motivos
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LC</b>	Ley Concursal (derogada por un Texto Refundido)
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>LSO</b>	Ley de la Segunda Oportunidad
<b>RDL</b>	Real Decreto ley
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TJUE</b>	Tribunal de justicia de la Unión Europea
<b>TRLC</b>	Texto Refundido de la Ley Concursal
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

## INDICE

1. Introducción	5
2. Competencia	6
2.1. Fase Extrajudicial	6
2.2. Fase Judicial	10
3. Disfuncionalidad del Acuerdo Extrajudicial de Pagos	12
4. Tratamiento del crédito público: ¿posible <i>ultra vires</i> ?	15
4.1. Aproximación al concepto de <i>ultra vires</i> ”	15
4.2. Reforma del artículo 178bis de la ley concursal por el RD 1/2020	20
4.3. Posiciones acerca del <i>ultra vires</i> en el TRLC	24
5. Conclusiones	38
6. Bibliografía	39
7. Índice jurisprudencial	40

## **1. INTRODUCCION**

Una de las tareas que realizo en el despacho consiste en la tramitación del expediente para deudores que quieren acogerse al mecanismo de la segunda oportunidad. Es una tarea que personalmente me satisface, tanto a nivel emocional, como a nivel intelectual. A nivel emocional, el proporcionar esperanza a personas que lo han dado todo por perdido es muy gratificante. A nivel intelectual, ha sido y es un reto muy exigente: cada proceso de insolvencia es distinto e implica la adquisición y puesta en práctica de conocimientos muy dispares, porque en el Derecho de insolvencia se hace una aplicación transversal del Derecho. Estos dos motivos, junto con la controversia suscitada acerca de la existencia o no de ultra vires en el Texto Refundido de la Ley concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante TRLC) me han llevado a realizar este trabajo.

Se han utilizado diferentes fuentes para en la realización de este estudio: (i) el trabajo diario con los expedientes extrajudiciales y su remisión al sujeto competente para el nombramiento de mediador concursal, se han enviado expedientes a Notarias, Cámara de Comercio y Registro Mercantil. (ii) La lectura de diferentes artículos publicados por diferentes Magistrados. (iii) La asistencia telemática al Primer Congreso Europeo sobre Segundo Oportunidad celebrado en Barcelona los días 17 y 18 de noviembre de 2021.

El trabajo consta de tres apartados, el primero versa sobre los conflictos de competencia que existen entre los juzgados de Primera Instancia y los Mercantiles, en aquellos supuestos que el origen del pasivo era mixto o mayoritariamente empresarial, pero el deudor ya no realizaba ninguna actividad empresarial. En el segundo se trata de abordar, el porqué de la escasa utilidad del acuerdo extrajudicial de pagos, dejando al margen la actitud de las entidades financieras, y abordando el problema de la regulación de honorarios de los mediadores como causa principal de su poca operatividad. Por último, el tema que más artículos doctrinales está produciendo, debido a su capital importancia dentro del ámbito concursal, ya que alcanza el tratamiento del crédito público y si este queda al margen o no de la exoneración. La literalidad del TRLC no deja lugar a dudas y la aplicación literal del mismo convierte al crédito público en crédito no exonerable. Dicho debate se centra, por tanto, en si ha existido un exceso en la delegación otorgada por el poder legislativo al ejecutivo para la redacción del Texto Refundido que determine la existencia de ultra vires y conlleve la inaplicación del artículo 491 del TRLC tras el juicio de ultra vires por los Tribunales ordinarios.

## **2. COMPETENCIA**

Una de las cuestiones más controvertidas, que ha traído en muchos casos retrasos en los procedimientos, curiosamente provocando aquello que trataba de evitar, es sin duda la atribución de la competencia de los concursos de acreedores de persona física no empresaria a los Juzgados de Primera Instancia. Esto ocurre tras la entrada en vigor del RDL 1/2015, de 27 de febrero, del mecanismo de segunda oportunidad, en adelante LSO, lo que provocó la modificación tanto de la LOPJ y de la LEC para atribuirles la competencia.

Esta decisión legislativa provocó ciertos recelos en los diferentes operadores jurídicos por diferentes motivos, en particular los dos siguientes: (i) la gran carga de trabajo que ya soportaban los juzgados de Primera Instancia y (ii) la falta de especialización en el procedimiento concursal. Los problemas de competencia aparecen por el hecho de que las personas en su desarrollo vital no son estáticas, esto es, el que hoy es un empresario mañana puede ser un trabajador por cuenta ajena y viceversa.

Para comprender dichas controversias, previamente es preciso explicar el mecanismo de la LSO en personas físicas, que consta de dos fases: la fase extrajudicial que se denomina acuerdo extrajudicial de pagos, en adelante AEP, que consiste básicamente, en un intento de acuerdo con aquellos acreedores cuya deuda quedará exonerada en el concurso de acreedores posterior. La segunda fase es la propiamente judicial, se trata del concurso de acreedores como el que ya existía para las personas jurídicas, con la salvedad de que se utiliza el procedimiento abreviado. En la fase judicial es donde surgen los problemas de competencia entre el orden civil y mercantil, pero el origen de ese problema se encuentra realmente ya en la fase previa extrajudicial, como trataré de explicar.

### **2.1 FASE EXTRAJUDICIAL**

El mecanismo de la LSO se inicia cumplimentando un formulario normalizado mediante una Orden Ministerial<sup>1</sup>, que puede ser presentado sin necesidad de asistencia letrada, aunque, a mi juicio, es del todo aconsejable el asesoramiento legal también en esta fase del procedimiento. Al formulario se le ha de acompañar la documentación que indican los artículos 636 y 637 del

---

<sup>1</sup> 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 pagos.

TRLC. Una vez cumplimentado el formulario y recopilada la documentación exigida, el artículo 638 del TRLC dice, en cuanto a su presentación, lo siguiente:

- 1. Si el deudor persona natural no fuera empresario o el deudor persona jurídica no fuera entidad inscribible en el Registro mercantil, la solicitud se presentará ante notario del domicilio del deudor.*
- 2. Si el deudor persona natural fuera empresario o el deudor persona jurídica fuera entidad inscribible en el Registro mercantil, aunque no estén inscritos, la solicitud se presentará o se remitirá telemáticamente al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor.*
- 3. Si el deudor persona natural fuera empresario o si tuviera la condición de persona jurídica, la solicitud también podrá presentarse ante la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España o ante cualquier Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que, de conformidad con la normativa por la que se rija, haya asumido funciones de mediación.*
- 4. A los efectos de lo establecido en este título, serán consideradas empresarios no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos.*

Con la finalidad de abarcar todos los posibles sujetos con legitimidad activa en un procedimiento concursal, el artículo 638 TRLC ofrece tres vías distintas: (i) Notaría para persona física no empresario o persona jurídica no inscribible, (ii) Registro Mercantil tanto para las personas físicas inscribibles como las personas jurídicas, (iii) Cámara de Comercio, para empresarios personas físicas o jurídicas, aunque no sean inscribibles en el Registro Mercantil. Además, la Cámara de Comercio en la práctica supone una salida para acoger determinadas solicitudes que han resultado conflictivas, por negativa de la Notaría, por ejemplo.

Este artículo nos indica la competencia para la solicitud de mediación y el intento de llegar a un AEP, pero, como advertía antes, en cierta forma determina la competencia judicial posterior. Debido a que la comunicación previa al juzgado del nombramiento del mediador y el inicio de las negociaciones para llegar a un AEP se ha de hacer como indica el artículo 648 del TRLC al juzgado competente para declarar el concurso, es de aquí de donde nacen las controversias competenciales entre juzgados, porque para que admitan a trámite el concurso debe dirigirse al juzgado que recibió dicha comunicación previa. Siguiendo un criterio subjetivo de la competencia, desde las Notarías se comunica a Primera Instancia y desde las Cámaras de Comercio o los Registros Mercantiles se comunica a los Juzgados de lo Mercantil. El problema aparece cuando, en vez de un criterio subjetivo, desde los juzgados se utiliza un criterio objetivo por el origen del pasivo. Si este criterio objetivo no se ha tenido en cuenta en la fase

extrajudicial, puede desembocar en una cadena de inhibiciones que retrasan el procedimiento. Utilizar el criterio objetivo para la competencia del concurso no es una cuestión pacífica, no obstante, es el que sigue la Audiencia Provincial de Asturias.

La problemática competencial aparece unida a los honorarios, ya que el TRLC en su artículo 653 establece que la actividad notarial es gratuita en los procedimientos de persona física no empresaria. Esto supone la negativa de algunos de estos profesionales a gestionar el nombramiento, cuestión que ha salvado el Colegio de Notarios de Asturias estableciendo un turno de reparto para asignar dichos expedientes a los profesionales, aunque no se ha resuelto del todo el problema, porque no se ha establecido este mecanismo en la ciudad de Gijón. En cambio, el Registro Mercantil y la Cámara de Comercio tienen fijados sus honorarios. Entiendo la intención del legislador de aliviar el coste económico a las personas físicas, pero, una vez más, la problemática surge en personas que han desarrollado una actividad empresarial y no la continúan. Para estos supuestos, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de abril de 2019, dispone que:

*“(…) no debe existir ningún atisbo de actividad económica empresarial, para que el Notario pueda iniciar el procedimiento. De modo que no basta declarar que no se es empresario en el momento de la solicitud, cuando se ha sido anteriormente empresario. Por ello debe exigirse un doble requisito: no tener carácter de empresario en el momento de la solicitud y que las deudas no se hayan generado ni en el ámbito de su actividad empresarial ni en un momento en que el deudor fuera empresario, para que pueda el Notario asumir la competencia”.*

Esta resolución dictamina que se debe excluir de la competencia Notarial a las personas que han sido empresarios y no ejercen dicha actividad en el presente, cuando sus deudas tienen un origen empresarial. En la práctica no todos los notarios la aplican, pero, en caso de aplicarla, la única opción disponible es acudir a la Cámara de Comercio, que no aplica literalmente lo dispuesto en el artículo 638 del TRLC.

Lo cierto es que dicha Resolución no debe establecer mayores requisitos que los que establece la propia ley, ya que sus efectos, como dice el Tribunal Supremo en su sentencia nº 6419/2008<sup>2</sup>, solo pueden ser *ad intra* y nunca *ad extra*, esto es, la Dirección General puede únicamente dictar instrucciones y circulares, con ese alcance organizativo o funcional y con eficacia *ad intra*, no pueden innovar el ordenamiento jurídico, introduciendo requisitos no previstos expresamente por las leyes *ad extra*. Por tanto, no puede excluir de la competencia notarial a personas físicas

---

<sup>2</sup> Sentencia del TS sala 3ª Sección 6ª 6419/2008 de 5 de noviembre de 2008 Id Cendoj: 28079130062008100444



no empresarias por el origen de su pasivo. En la práctica ante la negativa del Notario a tramitar el expediente, la solución más eficaz se articula a través de la Cámara de Comercio, más costosa pero más rápida (factor este último no desdeñable en este tipo de procedimientos).

Podemos afirmar que, como letrado, es recomendable advertir a quien tramite la solicitud del nombramiento de mediador para el AEP, de si consideras que es competente para declarar el concurso el orden civil o mercantil. De esta forma puedes evitar problemas con la admisión a trámite del concurso, muestra evidente de la necesidad de asistencia letrada. La inercia provoca que los Notarios comuniquen a los juzgados de Primera Instancia, en cambio tanto la Cámara de Comercio y el Registro Mercantil lo hacen a los juzgados de lo Mercantil, cuestión esta que no aparece en la ley, pero se puede afirmar que vicia el procedimiento y desemboca en controversias de competencia. El artículo 648 *“Comunicación al juzgado”* del TRLC dice lo siguiente:

*“Aceptado el cargo por el mediador, el notario, el registrador o la Cámara Oficial **comunicará al juzgado competente para la declaración de concurso del solicitante** el propósito del deudor de negociar con los acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos, acompañando, según proceda, copia auténtica del acta o certificación del asiento o del acuerdo de nombramiento, con expresión de la fecha en que el nombrado haya aceptado el cargo”.*

Como vemos, indica que esa comunicación debe de hacerse al juzgado competente para la declaración de concurso, pero nada impide legalmente que una persona física no empresaria, que acuda a una Notaría esta lo comunique a un juzgado de lo mercantil o un empresario que acuda a la Cámara de Comercio o Registro Mercantil y su deuda sea de origen privado, estos realicen la comunicación previa a un juzgado de Primera Instancia.

Observamos que en los casos fronterizos que hemos resaltado existe un problema acerca de tramitar el expediente extrajudicial previo que, si bien no es preceptivo, no utilizar dicha vía implica un perjuicio para el deudor que ex art 488 TRLC que supone asumir el 25% de los créditos ordinarios. A su vez, como hemos dicho, provoca conflictos de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia y los Mercantiles. Respecto de las diferencias en los honorarios creo que el legislador se equivoca al tratar de cargar dicho coste sobre los profesionales; si quiere facilitar el procedimiento a unos sujetos en particular, debería al menos asumir parte o todo de dicho coste, esta misma reflexión se repite en otras fases del procedimiento.

## 2.2 FASE JUDICIAL

Como advertía en el anterior capítulo, la competencia en fase judicial ha sido objeto de controversia en relación con aquellos sujetos que en el pasado han desarrollado una actividad empresarial y que en la actualidad han cesado dicha actividad o viceversa. Al ser la fase extrajudicial la que determina la competencia a través de la comunicación previa al juzgado del inicio de las negociaciones, esto ha provocado que un gran número de casos de personas físicas no empresarios en la actualidad, pero cuyo pasivo total o en gran medida procede de actividades mercantiles, y que han tramitado su expediente extrajudicial para el AEP en notarias desembocan en solicitudes de concurso en juzgados de Primera Instancia.

La pregunta está clara: quiénes son los juzgados competentes para declarar el concurso. La fase extrajudicial tiene su propio criterio en el artículo 638.4 TRLC, que dice:

*4. A los efectos de lo establecido en este título, serán consideradas empresarios no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos.*

Este es un criterio subjetivo anudado a un criterio temporal, pero, como he resaltado en negrita, circunscribe sus efectos a este título del TRLC, que es el **“TÍTULO III Del acuerdo extrajudicial de pagos”**. Por tanto, queda claro que su alcance es ese y no puede extrapolarse. Además, el artículo 648 del TRLC no imposibilita ninguna de las opciones, en los concursos de persona física sea o no empresaria, estos se realizan tras intentar un AEP en una fase extrajudicial. Dichos concursos se definen en el TRLC como “concursos consecutivos”, así lo hace el artículo 695 del TRLC que se encuadra en el Título IV “*De las especialidades del concurso consecutivo*” Capítulo I “*Del concurso consecutivo*” dentro de dicho Título y Capítulo tenemos el artículo 696 *in fine* “*Competencia para declarar el concurso consecutivo*” nos remite al juez competente conforme a las normas generales para la declaración del concurso, esto nos lleva al artículo 44 “*Competencia Objetiva*” que dice:

- 1. Son competentes para declarar y tramitar el concurso de acreedores los jueces de lo mercantil.*
- 2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, los jueces de primera instancia son competentes para declarar y tramitar el concurso de acreedores de una persona natural que no sea empresario.*
- 3. A los efectos de lo establecido en este libro son empresarios las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil.*

Se utiliza un concepto de empresario más estricto que el utilizado por el artículo 638 del TRLC, que circunscribe el concepto empresario a la legislación mercantil. Para poner solución a estas

discordancias se ha ido imponiendo un criterio jurisprudencial, que es el que sigue la Audiencia Provincial de Asturias, utilizando como criterio la composición del pasivo para determinar la competencia entre el orden civil y el mercantil, criterio que queda perfectamente reflejado en su sentencia<sup>3</sup> de 22 julio de 2020 en su fundamento de derecho segundo:

*Esta Sala no desconoce los diferentes criterios que han venido siguiendo los Tribunales a la hora de apreciar la competencia objetiva establecida en el art. 85-6 LOPJ cuando atribuye a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de "los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora", competencia que aparece descrita en el art. 45-2 b) LEC para el conocimiento de "los concursos de persona natural que no sea empresario". Este debate aparece especialmente enconado debido primeramente a la ausencia de una definición expresa del concepto de empresario (al margen de la contenida en el art. 231-1-2º L.C. a los solos efectos del acuerdo extrajudicial de pagos) y en segundo lugar al propio dinamismo de la ocupación del deudor quien puede haber pasado por el ejercicio de diferentes actividades económicas hasta el momento de su insolvencia, por lo que en tal caso la composición heterogénea de su pasivo supondrá un obstáculo que dificulte la determinación nítida del órgano competente para conocer del concurso.*

*El nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, aun cuando no resulta de aplicación al caso por razones temporales, puede servir como criterio interpretativo al incorporar en su art. 44 una delimitación de la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil referida a los empresarios en el sentido de "las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil", tratándose de un concepto estricto frente al más amplio que describe en sede preconcursal en el art. 238-4 al considerar como empresarios "no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos".*

*Tras la aproximación a la problemática hace un repaso a la actividad del deudor y el origen de sus deudas continúa determinado que:*

*Es cierto no obstante que otro dato relevante para determinar la cuestión que nos ocupa en aquellos supuestos en que la composición del pasivo aportado junto con la solicitud de concurso tenga un origen mixto, viene dado por el volumen o la proporción que representan las deudas de origen empresarial frente a las provenientes de otras actividades que no tengan tal calificación, pues la preponderancia del primer tipo de deudas puede hacer necesaria otorgar la competencia a los Juzgados de lo mercantil para preservar la regla general que otorga a tales órganos el conocimiento de las múltiples cuestiones vinculadas con la actividad empresarial que pueden surgir en el seno concurso en sede de acciones de*

---

<sup>3</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias Sección 1ª 80/2020 de 22 de julio de 2020 Id Cendoj: 33044370012020200081

*reintegración, calificación, impugnación de créditos concursales, reconocimiento de créditos contra la masa, etc.*

*En este caso podemos observar que se corresponden con un posible origen conectado a una actividad empresarial las cantidades de 24.502,10 euros ("Mondeplaco, S.L."), 5.000 euros (Maquinarias del Noroeste, Mondeplaco), 1.731 euros ("Asturdealer, S.L.") y 1.605 euros (Cafés El Globo), lo que hace una cifra de 32.838 euros y que supone aproximadamente un 39% respecto del total del pasivo de 83.306,67 euros.*

*En definitiva, de los datos apuntados procede concluir declarando que la competencia para el conocimiento del concurso de Doña Vanesa corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Gijón a quien se remitirán las presentes actuaciones.*

Este criterio indica que la competencia judicial viene determinada por el origen del pasivo, por ello es necesario, para evitar conflictos de competencia, analizar el origen del pasivo y actuar coordinadamente con el resto de los operadores jurídicos con la finalidad de evitar dichos conflictos competenciales. Esta cuestión quedara superada, si el Anteproyecto de ley que tiene por objeto transponer la Directiva 1093/2019 se aprueba como ley tal y como está redactado, ya que establece una única competencia a favor del orden Mercantil. Esta solución, que, por razones expuestas, me parece adecuada, debe ir acompañada de un refuerzo de dicha jurisdicción. De no ser así, el problema seguirá estando presente, lo habremos transformado, pero no resuelto.

### **3. DISFUNCIONALIDAD DEL AEP**

Dentro del mecanismo de LSO, como indicamos en el capítulo anterior, existen dos fases diferenciadas: la fase extrajudicial y la judicial. En ambas interviene un tercero cuya misión es velar de forma imparcial por los deberes y derechos tanto de acreedores como del deudor, aunque también se puede afirmar que sirve de apoyo al juez en la fase judicial. Este tercero recibe la denominación de “administrador concursal”, sujeto que desarrolla su trabajo en ambas fases, con la salvedad de que en fase extrajudicial se le denomina mediador.

El acuerdo extrajudicial de pagos, en adelante AEP, trata de evitar que todos los procedimientos de insolvencia terminen en un concurso de acreedores. Utiliza la figura del mediador con la finalidad de que el deudor y los acreedores alcancen un acuerdo sobre un plan de pagos. Este acuerdo, si se alcanza, puede resultar beneficioso para ambas partes, pues se evita el coste del

procedimiento judicial y no se liquida todo el patrimonio del deudor. Los acreedores, si bien han de soportar quitas y esperas, recuperan su activo, aunque sea de forma parcial.

Por desgracia, en la práctica se ha convertido en un mero trámite para no ser penalizado ex art 488 TRLC con el abono del 25% del crédito ordinario para acogerse al BEPI.

El papel del mediador consiste en comunicar a los acreedores que el deudor ha iniciado el AEP, requerir de ellos la actualización del saldo deudor y convocar una junta de acreedores. De forma previa a la junta de acreedores, se les presenta un plan de pagos, que puede incluir esperas y quitas, con una duración máxima de 10 años sin devengo de intereses. En este procedimiento se excluyen los créditos públicos y los privilegiados. Cada acreedor, tanto de cara a recibir el pago como para la votación del plan de pagos, lo hace en función del porcentaje del pasivo que ostenta. Para la aprobación del plan de pagos ex art 677 TRLC, si este requiere esperas de 5 años o más o quitas superiores al 25%, se necesita el voto a favor del 75% del pasivo, mientras en los demás supuestos es suficiente el voto favorable del 60%.

Dentro de los concursos de acreedores, aplicable también a los de persona física, tenemos concursos con masa activa y concursos sin masa activa. La masa activa se compone por definición legal ex art 192 del TRLC:

*1. La masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.*

*2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables.*

Por otro lado, tenemos la lo que se denomina la masa pasiva, cuya definición se extrae del art 251 del TRLC que dice:

*1. Todos los créditos contra el deudor, ordinarios o no, a la fecha de la declaración de concurso, cualquiera que sea la nacionalidad y el domicilio del acreedor, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva, estén o no reconocidos en el procedimiento, salvo que tengan la consideración de créditos contra la masa.*

Una vez definidas la masa activa y la masa pasiva, es condición *sine qua non*, por la naturaleza jurídica del concurso de acreedores, la necesidad de existencia de masa pasiva. En cambio, existen concursos donde no existe la masa activa, bien por falta total de bienes o derechos patrimoniales o porque estos tengan el carácter de inembargable con arreglo a lo dispuesto en

los artículos 605 y siguientes de la LEC. En un concurso sin masa activa, se debe de abordar la cuestión de cómo sufragar el coste del procedimiento, problema que sucede en más ocasiones, como es lógico, en las situaciones de insolvencia de personas físicas, las cuales no pueden acceder a una disolución como se haría en una persona jurídica.

Los honorarios del mediador o administrador concursal los debe de abonar el deudor. Dichos aranceles no han sido actualizados; por mucho que las nuevas reformas legales se han comprometido a actualizarlas a través de disposiciones transitorias, esto por ahora no se ha hecho y no están, por tanto, adaptados a los concursos de persona física. La cuantificación de los honorarios se realiza con base en porcentajes del pasivo y del activo. Por lógica, los pasivos de las personas físicas suelen ser más reducidos que los de las personas jurídicas, lo que conlleva la imposibilidad de que un profesional acepte la mediación para el AEP en determinados supuestos. Evidentemente, es un grave error del legislador ya que la introducción del mecanismo de la LSO no se ha acompañado de las reformas legislativas necesarias para su correcta implantación.

La consecuencia que se deriva, y permítanme la licencia, es la absoluta inutilidad del AEP, pues, aunque es multicausal, la realidad en la práctica es la siguiente: (i) los concursos con un pasivo elevado, e independientemente de si existe masa activa o no, por lo que llegar a un acuerdo sobre el plan de pagos es inviable, no suelen tener mayores dificultades para que un mediador acepte el cargo, (ii) los concursos con masa pasiva reducida, donde por lógica es más sencillo llegar a un AEP y que este por tanto tenga razón de ser, sólo encuentran mediadores que acepten el cargo cuando existe una masa activa que liquidar para que, por un lado, pueda cobrar el mediador sus honorarios y, por otro, que a través del concurso pueda devengar más honorarios, lo que a su vez lo hace menos interesante para los acreedores el AEP.

No quiero que de mis palabras se entienda un crítica muy efusiva a los profesionales de este campo, que, como es razonable, miran por sus intereses económicos. Como dije arriba, pongo énfasis en quien legisla sin pensar en este tipo de situaciones, a todas luces previsibles. Sólo puede tener la explicación de que se legisla sin escuchar a quienes tienen que poner las leyes en práctica.

Esta cuestión ha sido abordada en la redacción del Anteproyecto de ley, en el cual han optado por eliminar el AEP, en vez de buscar soluciones para resolver los problemas en su aplicación. No se puede negar que como solución es efectiva ya que, algo que no existe no puede dar

problemas. Nos queda la duda de saber qué habría pasado si lo hubiéramos implantado bien, si habría sido algo útil y positivo o no. Eso es algo que no podremos saber.

## **4. TRATAMIENTO DEL CRÉDITO PÚBLICO: ¿POSIBLE ULTRA VIRES?**

### **4.1 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE “ULTRA VIRES”**

El ordenamiento jurídico distribuye el poder del Estado en tres poderes: (i) el Legislativo, representante de la voluntad del pueblo, que se expresa a través de las leyes; (ii) el Ejecutivo, encargado de dar cumplimiento a dicha voluntad, (iii) el Judicial, que juzga los delitos y las diferencias entre particulares. Además, el ordenamiento jurídico comprende una serie de facultades y procedimientos que permiten que estos Poderes -específicamente el Legislativo y el Ejecutivo- participen de otro poder sin confundirse con él. El Legislativo tiene la facultad de examinar las acciones del Ejecutivo y el Ejecutivo, por su parte, participa del Poder Legislativo realizando funciones de este, en nuestro ordenamiento jurídico se desarrolla con la previsión constitucional del Decreto Ley y el Decreto Legislativo (art 82 a 86 de la CE). A través de ellos el Poder Ejecutivo realiza funciones del Poder Legislativo.

Dentro del Decreto Legislativo (art 82 de la CE), se puede otorgar una delegación para un texto articulado a través de una ley de Bases o de una Ley Ordinaria para la refundición de textos legales. Con arreglo a lo dispuesto en el art 82.5 CE, en la refundición puede darse una delegación para la mera formulación de un texto único o en su caso puede incluirse la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición. Pues bien, en la delegación concedida por el Poder Legislativo en la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que fue necesario prorrogar para no incumplir el plazo temporal por la disposición final 3.<sup>a</sup> de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, para refundir la Ley Concursal se incluía dicha facultad. Si buscamos una definición del concepto *ultra vires*<sup>4</sup>:

*1. Gral. Principio jurídico que considera nulos los actos de las entidades públicas o privadas que rebasan el límite de la ley, y cuyo objetivo es prevenir que una autoridad administrativa o entidad de derecho privado o público actúe más allá de su competencia o autoridad.*

---

<sup>4</sup> Definición de *Ultra Vires* Diccionario Panhispánico del español Jurídico <https://dpej.rae.es/lema/ultra-vires> última consulta el 1o de enero de 2022.

Por tanto, la existencia de *ultra vires* en el TRLC va a depender, de si el Ejecutivo ha ido más allá, de lo que le habilita la delegación del Legislativo, de aquellas que ha previsto la Constitución, la delegación para el TRLC consiste en la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición. El análisis nos encamina a determinar en que consiste regularizar, aclarar y armonizar para de esa forma poder concluir si existe o no *ultra vires* en el TRLC. Para SANTIAGO MUÑOZ MANCHADO<sup>5</sup> tras la lectura del artículo 82.5 de la CE, se interpreta lo siguiente:

*De la mera lectura del precepto puede deducirse sin dificultad que las operaciones normativas de refundición admiten dos variantes, entre las cuales la más simple es una operación técnica de reordenación y agrupación de textos legales para formar un cuerpo normativo único, mientras que la segunda requiere añadir a los textos vigentes provisiones normativas que contribuyan a hacerlos más claros y comprensibles, de más fácil manejo por los aplicadores. Las posibilidades de que el decreto legislativo que lleva a cabo la refundición innove el ordenamiento en esta última clase de operaciones es, lógicamente, más aceptable constitucionalmente que en la primera de las hipótesis citadas.*

Siguiendo esta línea de pensamiento lógico, parece conveniente analizar que ha dicho la jurisprudencia para definir los conceptos “regularizar, aclarar y armonizar” en una delegación legislativa. El Tribunal Constitucional resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad, por la posible existencia de *ultra vires* en el Texto Refundido de la ley de Propiedad Intelectual STC 166/2007 (F. J. 8)<sup>6</sup> dice lo siguiente:

*“Conviene recordar que la autorización al Gobierno contenida en la disposición final segunda de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, para elaborar un texto que refundiese las disposiciones legales vigentes en materia de propiedad intelectual no se circunscribía a la mera formulación de un texto único, sino que incluía la facultad, conforme al art. 82.5 CE, de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que hubieran de ser refundidos. Ha de reconocerse en esta línea que, si bien es verdad que de los dos supuestos de delegación legislativa que distingue el art. 82.2 CE, el de la refundición de varios textos legales en uno solo (art. 82.5 CE), y el supuesto de Ley de bases para la formulación de un texto articulado (art. 82.4 CE), este último, «que se enmarca con frecuencia en un proceso de reforma legislativa» (STC 205/1993, de 17 de junio, F. 3), supone un mayor margen para la actuación del Gobierno, pero no es menos cierto que*

---

<sup>5</sup> SANTIAGO MUÑOZ MACHADO Tratado de Derecho Administrativo Tomo VI “La Ley”, página 121.

<sup>6</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 166/2007 del 3 de agosto de 2007



*la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa. De este modo, el texto refundido, que sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas, las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento, supone siempre un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de los preceptos refundidos, sobre todo en el segundo tipo de refundición prevista en el art. 82.5 CE, es decir, el que incluye la facultad «de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos», pues ello permite al Gobierno, como hemos dicho en la STC 13/1992, de 6 de febrero, F. 16, la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático”*

Respecto de esta sentencia, considero muy conveniente la reflexión que hace Maria Luisa Muñoz Paredes<sup>7</sup> de ponerla en el contexto del caso concreto, cuando nos recuerda lo siguiente:

*Es interesante la reflexión con la que continúa la sentencia, en la que se aplica esa doctrina general al caso concreto: “En este sentido, como acertadamente ponen de relieve en sus alegaciones el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, debe repararse en que el precepto cuestionado pretende resolver las divergencias interpretativas que mantenían los órganos judiciales en torno a las condiciones que debían de reunir las entidades de gestión para actuar judicialmente en defensa de los derechos de la propiedad intelectual confiados a su gestión en virtud del art. 135 de la Ley de la propiedad intelectual de 1987, lo que justifica plenamente la solución aclaratoria del párrafo segundo (inciso primero) del art. 145 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual de 1996, posibilidad de aclaración que se contempla expresamente en la autorización para refundir de la Ley delegante. De esa manera, el primer inciso del párrafo segundo del art. 145 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual de 1996 armoniza esta forma de protección colectiva de los derechos de propiedad intelectual (reconocida con carácter general por el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por medio de las entidades de gestión con las facultades dispositivas del propietario, limitando para ello el alcance de la legitimación ex lege por sustitución y aproximándola a las formas clásicas de representación, dejando reducido el efecto sustitutorio a una simple*

---

<sup>7</sup> MARIA LUISA MUÑOZ PAREDES “Los ultra vires de la Ley de Sociedades de Capital” Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas. Pág. 549 a 572.

*cuestión procesal: a la entidad de gestión colectiva le basta para acreditar su legitimación, en el momento de presentar su demanda, con justificar su aptitud estatutaria y la autorización administrativa para ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a la gestión, aportando para ello copia de sus estatutos y certificación acreditativa de dicha autorización, lo que no es óbice, desde luego, para que en el proceso pueda discutirse su legitimación. En definitiva, el precepto legal cuestionado aclara el sentido y alcance del citado art. 135 de la Ley de propiedad intelectual de 1987 («las entidades de gestión una vez autorizadas estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales») y, en consecuencia, el Gobierno no se ha extralimitado en el ejercicio de la delegación legislativa, pues la labor refundidora permite, incluso, como ya advertíamos, «introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de la refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido» (STC 13/1992, de 6 de febrero, F. 16).”*

Para ponerlo en consonancia con respecto al TRLC, del precepto afectado y que analiza la STC citada, existían divergencias interpretativas de los Tribunales. Cuestión que no ocurre con el TRLC, cuyo precepto no presentaba ninguna controversia interpretativa. Si bien, con los matices del caso concreto, tenemos lo que se puede afirmar como una interpretación no restrictiva del Tribunal Constitucional acerca de permitir cierta innovación jurídica, con la finalidad de colmar una laguna o corregir antinomias por poner algún ejemplo.

En cambio, el Tribunal Supremo realiza una interpretación mucho más restrictiva de dichos conceptos, sus pronunciamientos han sido mas abundantes, me limito a citar uno, por todos ellos Sentencia<sup>8</sup> de 25 de junio de 1997 que versa sobre la impugnación el Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la ley sobre Régimen del suelo y ordenación urbana. Donde en fundamento jurídico cuarto mantiene que:

*“... que carece absolutamente de precedente en los textos legales objeto de refundición, suponiendo igualmente un "ultra vires" que no justifica el llenar una laguna, como mantiene el Abogado del Estado, ya que como hemos dicho anteriormente, llenar lagunas excede de la refundición, incluso en su sentido extenso.”*

Por lo que se puede apreciar existen posturas enfrentadas acerca de la cuestión entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Entiendo, que debe de prevalecer la del Tribunal

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo sala 3ª sección 5ª 25 de junio de 1997 Id Cendoj: 28079130051997100365

Constitucional, cuando estamos ante el análisis del alcance que se le debe de dar a un precepto constitucional. Considero de importancia, el matiz introducido de la existencia de divergencias interpretativas sobre el precepto, más que nada, debido a la escasa jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión.

Más allá de la citada divergencia entre ambos tribunales, la cuestión se complica, debido a que el control sobre la existencia de *ultra vires* no se limita al Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, lo que añade a la cuestión unas grandes dosis de inseguridad jurídica.

En nuestro ordenamiento jurídico tenemos a un primer órgano de control el Tribunal Constitucional. Más allá de ese control material y formal de Constitucionalidad que puede realizar el TC, para ejercer un control sobre el Poder Ejecutivo cuando actúa con funciones legislativas, a través de la delegación que le otorga el Poder Legislativo, existe otra forma de control por medio de los Tribunales o Juzgados ordinarios. Surgida en la práctica y en la legislación preconstitucional y recogido implícitamente en el artículo 82.6 de la CE, así como a posteriori en el artículo 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esta potestad de control sigue vigente tras la aprobación de la CE y convive con el control por parte del TC.

Los Juzgados y Tribunales ordinarios, sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pueden en virtud de la potestad de inaplicación del art 6 LOPJ, inaplicar algún precepto del TRLC que consideren que incurre en *ultra vires*. Por lo que bajo el criterio del juicio de *ultra vires* pueden llegar a dictaminar que es ilegal y nulo, puesto que el control de los Decretos Legislativos por los Tribunales ordinarios no se limita al recurso contencioso-administrativo directo, sino también a las demás vías de reacción frente a los reglamentos ilegales, incluidos el recurso indirecto y la inaplicación. De forma expresa la Sala 1ª del TS<sup>9</sup> ha proclamado esta doctrina en su sentencia, relativa al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 13 de diciembre de 2010.

Tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo una de las controversias en su aplicación es la del si el poder Ejecutivo a la hora de refundir el artículo 178 bis de la ley concursal ha incurrido en *ultra vires*. Esto es así, porque afecta directamente al Beneficio del Pasivo Insatisfecho en adelante BEPI, que sin lugar a duda es la finalidad que persigue

---

<sup>9</sup> Sentencia del TS sala 1ª sección 3ª 541/2010 de 13 de diciembre de 2010 Id Cendoj: 28079110012010100854

cualquier persona física que inicia el mecanismo de la LSO. Además, afecta de pleno al Poder Ejecutivo porque gira alrededor del tratamiento del crédito público.

## 4.2 REFORMA DEL ARTICULO 178 BIS POR EL TRLC

Hecha esta aproximación al concepto jurídico del *ultra vires*, paso a exponer la modificación efectuada por el TRLC. Lo primero que quiero reseñar es que en la Exposición de Motivos de la *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social* se recoge prácticamente de forma literal los dos sistemas para alcanzar el BEPI y lo expresa en su apartado tercero de la siguiente forma:

*“Como novedad fundamental, se instaura un régimen de exoneración de deudas para los deudores persona natural en el marco del procedimiento concursal. El sistema de exoneración tiene dos pilares fundamentales: que el deudor sea de buena fe y que se liquide previamente su patrimonio (o que se declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa).*

*Cumplidas las anteriores condiciones, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios.*

*Alternativamente, cuando no hayan podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plan de pagos durante los 5 años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquéllos que gocen de privilegio general. Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá satisfacer en ese período las deudas no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello”.*

En toda la Exposición de Motivos de la citada ley no se recoge en ningún lugar la exclusión del crédito público de la exoneración más allá de lo transcrito y así viene recogido en la redacción literal del articulado de la ley. Considero que excluir al crédito público de la exoneración tiene la suficiente relevancia como para que sea explicitado, por lo que llego a la conclusión de que la intención del legislador era exonerar el crédito público en el primer supuesto y no en el segundo. La redacción literal del artículo 178.3 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal dice:

*3. Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

*1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor.*

*2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.*

*3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.*

*4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.*

***5.º Que, alternativamente al número anterior:***

*i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.*

*ii) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.*

*iii) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.*

*iv) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.*

*v) Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años. Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal.*

*4. De la solicitud del deudor se dará traslado por el Secretario Judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio.*

*Si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio*

*de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.*

*La oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.*

***5. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos:***

***1.º 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.***

*2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado.*

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

*Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida.*

*Si el concursado tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad y no se hubiere procedido a la liquidación de dicho régimen, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común.*

*6. Las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés. A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.*

*Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.*

*Como adelantaba, en la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, en*

la redacción del artículo 178 bis, se distinguen dos tipos de exoneración diferentes y con diferente alcance. Dicho artículo fue interpretado por el TS en su sentencia del 2 de julio de 2019, entendiendo (i) que no existe una laguna que colmar, sino más bien un trato discriminatorio y la ruptura del principio “*par conditio creditorum*” y (ii) que dicha excepción del crédito público en uno de los supuestos era contraria a la finalidad de la norma, que, como repetimos, en ningún caso establece el crédito público como categoría excluida de la exoneración. Pues bien, tampoco el RD1/2020 de 5 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, en su Exposición de Motivos, recoge el crédito público como categoría de obligaciones excluidas de la exoneración. Esto parece claro, ya que dicha exclusión consistiría en una modificación del mandato jurídico existente, cuestión no permitida al Poder Ejecutivo en la delegación otorgada por el Poder Legislativo, por mucho que esta contenga un carácter extensivo para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. Pues bien, en la refundición de artículo 178 bis LC que se realizó dando lugar al TRLC, se han distribuido en diferentes artículos a los dos sistemas de exoneración que existían previamente, y en los artículos 491 y 497 del TRLC se establece la extensión del BEPI:

*Artículo 491. Extensión de la exoneración.*

*1. Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, **exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.***

*2. Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados.*

*Artículo 497. Extensión de la exoneración en caso de plan de pagos.*

*1. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores que hubiesen aceptado someterse al plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar insatisfecha, de los siguientes créditos:*

*1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, **exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.***

*2.º Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general.*

*2. Las solicitudes de aplazamiento o de fraccionamiento del pago de los créditos de derecho público se regirán por lo dispuesto en su normativa específica.*

Esta coletilla aparentemente inocua, para quien defiende que no existe *ultra vires* consiste en colmar una laguna o corregir una incoherencia sistemática. Desde mi punto de vista, sí que entra dentro de lo que lingüísticamente se puede entender por regularizar, aclarar y armonizar los textos legales. Ahora bien, en la aplicación práctica consiste en la exclusión total del crédito público de la exoneración y esto desde el prisma jurídico es una modificación sustantiva y de gran relevancia del texto anterior. No olvidemos, que la exoneración del crédito público por el sistema general del artículo 178bis 3 ordinal 4º de la ley concursal no suscitaba controversias interpretativas en los tribunales y gozaba de una aplicación pacífica. Si bien, no mencionaba dicha exoneración de forma expresa se daba por implícita.

#### **4.3 POSICIONES SOBRE EL ULTRA VIRES EN EL TRLC**

Vamos a exponer dos posiciones jurídicas confrontadas, de un lado quienes consideran que no ha existido exceso de delegación, no hay *ultra vires*, de otro quienes consideran que existe exceso en la delegación y, por tanto, *ultra vires*.

En primer lugar, voy a exponer la posición de NURIA FACHAL NOGUER Magistrada del Juzgado Nº1 de lo Mercantil de la Coruña y la de ALFONSO MUÑOZ PAREDES Magistrado del Juzgado Nº1 de lo Mercantil de Oviedo. Ambos defienden la posición de que no existe *ultra vires*. NURIA FACHAL NOGUER<sup>10</sup> considera que el TS en su sentencia del 2 de julio de 2019 parte de la premisa de que existen en la ley concursal dos sistemas de acceso al BEPI y con una extensión de la exoneración diferente; (i) el general *178 bis.3 ordinal 4º*, que establece una exoneración inmediata si has cubierto los créditos privilegiados y contra la masa, cuya exoneración alcanza el crédito público. (ii) El sistema especial ubicado en el ordinal *178bis.3 ordinal 5º*, cuya extensión no alcanza el crédito público y entiende que esa premisa no es correcta lo expresa de la siguiente forma:

*Decíamos que la primera premisa del hilo argumental por el que discurre la STS nº 381/2019, de 2 de julio, [RJ 2019/2769], es la regulación de la extensión de la exoneración en la modalidad inmediata, que la Sala Primera sitúa en el ordinal 4º del apartado 3 del artículo 178 bis LC. Sin embargo, comprobamos que en este apartado únicamente se recoge cuál es el umbral de pasivo mínimo que debe abonar el deudor para acceder al BEPI, en la alternativa directa y revocable, y lo hace, además, como uno de los elementos configuradores del concepto*

---

<sup>10</sup> En el Dossier de Thomson Reuters de NURIA FACHAL NOGUER “*Novedades concursales del RD-ley 34/2020 y visión crítica del ‘ultra vires’*” de la página 8 a la 21.



*de deudor de buena fe. El precepto fija como uno de los requisitos para que el deudor tenga tal consideración:*

*“4º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios”.*

*El ordinal 4º que ha sido reproducido no se refería a la extensión de la exoneración, sino que se ocupaba de especificar cuál era el umbral de pasivo que debía abonar el deudor para la obtención del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho. Si el deudor no podía satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa y concursales privilegiados –además del 25 % de los créditos ordinarios, en caso de que no hubiese intentado el acuerdo extrajudicial de pagos–, debía acudir a la modalidad diferida que regulaba el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 178 bis LC: en tal supuesto se exigía que aceptase someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6. En este punto, resulta especialmente llamativa la sistemática del artículo 178 bis LC ya que, después de regular en el apartado 5 cuál era la extensión de la exoneración en la modalidad diferida, especificaba en el apartado siguientes las deudas que debían incluirse en el plan de pagos que debía presentar el deudor para la obtención de la exoneración provisional.*

*Viene a expresar que el legislador no regulaba en el artículo 178bis.3 ordinal 4º la extensión de la exoneración, sino que en dicho precepto regulaba los requisitos para obtener el BEPI. Por tanto, considera en su conclusión que el TRLC ha venido a colmar una laguna o más bien a explicitar aquello que no hacía en la LC y lo expresa así:*

*En conclusión, el refundidor no ha incurrido en la extralimitación apreciada por un sector de la doctrina y por algunas de las resoluciones judiciales que se han pronunciado recientemente sobre esta cuestión. El artículo 178 bis, apartado 3, nº 4, LC no regulaba la extensión de la exoneración inmediata, sino el umbral de pasivo mínimo que debía abonar el deudor para la utilización de esta vía legal de acceso al BEPI. El silencio legal ha sido cubierto dentro de los límites de la habilitación legal, pues debemos tener en cuenta que el Texto Refundido fue concebido como el producto de la regularización, la aclaración y la armonización de unas normas legales que nacieron en momentos distintos y fueron generadas desde concepciones no siempre coincidentes –cfr. Exposición de Motivos-5. Esta facultad de regularizar, aclarar y armonizar permite al refundidor introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto de refundición con el objeto de colmar las lagunas existentes y lograr de coherencia y sistemática del texto único refundido –cfr. STC nº 13/1992, de 6 de febrero, [RTC 1992/13]-*

*. En concreto, en la materia objeto de análisis, se ha colmado la laguna de que adolecía la regulación del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho en el artículo 178 bis LC, en la modalidad de concesión inmediata, pues no se fijaba para esta alternativa cuál era la extensión de la exoneración. La versión definitiva del TRLC sí incorpora un precepto dedicado a esta cuestión –artículo 491, apartado 1-, que difiere sustancialmente del criterio que asumió la Sala Primera en su interpretación de los requisitos que habrían de cumplirse para acceder a la exoneración directa. Pero la discordancia existente entre la norma, en su versión producto de la refundición, y la STS nº 381/2019, de 2 de julio, [RJ 2019/2769], no puede calificarse como un supuesto, censurable, de exceso en la tarea encomendada al refundidor.*

En una línea muy similar se posiciona el Magistrado MUÑOZ PAREDES a quien la propia NURIA FACHAL NOGUER cita en su artículo:

*“Sin embargo, comparto la valoración que realiza MUÑOZ PAREDES sobre la tarea acometida por el refundidor en esta materia:*

*“No hay aquí ultra vires sino interpretación sistemática de signo inverso. Uno hace muda la norma sonora; el otro introduce una frase no prevista en el guion original (hacer explícito lo implícito, dice la EM). Donde el Tribunal Supremo proclama una absolución general, el refundidor ve global condena y el art. 178 bis tenía la dudosa virtud de amparar ambas (hay quien dice que ninguna). Refundir, según la doctrina constitucional, permite «introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de la refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido» (SSTC 13/1992, de 6 de febrero, 166/2007, de 4 de julio). Lo que procuró el Tribunal Supremo por vía interpretativa, dar sentido y sistemática a una norma que carecía de ella, lo ha hecho el refundidor por vía legislativa, guste más o guste menos”.*

Este extracto citado por la Magistrada NURIA FACHAL NOGUER se extrae de un artículo<sup>11</sup> publicado en Diario de Ley. Tengo que confesar que soy admirador del Magistrado ALFONSO MUÑOZ PAREDES quien maneja la prosa y el sarcasmo como nadie, pero no se pronuncia sólo en artículos, sino también lo hace mediante Autos judiciales donde deja clara su visión jurídica desde un punto de vista más formal. Cito el Auto<sup>12</sup> de 13 de enero de 2021 donde pone en práctica el TRLC y no aprecia ultra vires, parte de la misma premisa que la Magistrada NURIA

---

<sup>11</sup> En el Diario La Ley, de ALFONSO MUÑOZ PAREDES “*Prosa de la ley o poesía del resultado de nuevo sobre la exoneración de pasivo*” En la revista nº 9713/2020 pág. 4-0

<sup>12</sup> Auto 001/2021 de 13 de enero de 2021 Juzgado de lo Mercantil 1 de Oviedo

FACHAL NOGUER y considera que la LC no establecía para el régimen general la extensión del BEPI:

*“Ante el silencio del legislador acerca de la extensión de la exoneración en la modalidad de concesión directa, tres opciones eran posibles:*

*a.- Mantener las normas (178 bis .3.4º, de un lado, art. 178 bis .5.1º, de otro) como compartimentos estancos (interpretación literal), cada una con un diferente nivel de protección del crédito público y alimenticio, asumiendo que el legislador había querido hacer de peor condición al deudor que accedía a la exoneración por la vía del plan de pagos.*

*b.- Abrir un vaso de comunicación entre ambas a fin de igualar el nivel de protección, mediante el recurso a una interpretación extensiva o aplicación analógica del ordinal 1º del art. 178 bis. 5 a la exoneración directa, de igual modo que se le extendían, sin discusión posible, el contenido de los párrafos 2º (extinción del crédito, o, más correctamente, inexigibilidad frente al deudor principal), 3º (conservación de derechos frente a garantes personales) y 4º (efectos frente al cónyuge del concursado en régimen de gananciales u otro de comunidad), como ahora hacen los arts. 500, 501 y 502 (efectos comunes).*

*c.- Igualar los niveles de protección (rectius, desprotección) por vaciado del último inciso del art. 178 bis .5.1º. Crédito público y alimenticio perderían su tratamiento preferente y seguirían la suerte del común de los créditos.”*

El TS en la ya citada sentencia optó por la alternativa C de las que describe el Magistrado Muñoz Paredes, tengo que compartir el argumento que utiliza en el apartado B en modo de reproche y que se avanza como un argumento que refuta su conclusión, pero a su vez discrepo de la mal llamada desprotección del Crédito Público, no existe categoría crediticia más protegida y con mejores armas para la defensa de sus intereses. Así como entiendo que hace un resumen demasiado escueto de las razones que expone el TS para llegar a tal conclusión. Para concluir que no existe ultra vires completa su argumento de la siguiente forma:

*“La doctrina del Tribunal Constitucional acerca del vicio de ultra vires se condensa en la STC 166/2007, de 4 de julio (RTC 2007, 166), dictada con motivo del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RCL 1996, 1382). Esta sentencia, cuyo contenido parcialmente se transcribe en el innominado preámbulo del TRLC (RCL 2020, 731), dispone que “la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa. De este modo, el texto refundido, que sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas,*

*las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento, supone siempre un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de los preceptos refundidos, sobre todo en el segundo tipo de refundición prevista en el art. 82.5 CE (RCL 1978, 2836), es decir, el que incluye la facultad «de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos», pues ello permite al Gobierno, como hemos dicho en la STC 13/1992, de 6 de febrero (RTC 1992, 13), FJ 16, la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático”.*

*En el alcance de la exoneración directa, en particular, y del art. 178 bis, en general, concurrían todos los presupuestos habilitantes para extender al máximo la función refundidora. El precepto era asistemático, carecía de armonía y coherencia interna, la técnica legislativa precisaba depuración y había una laguna normativa que colmar. El hecho de que, a diferencia de otros preceptos de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) (límite temporal de la ejecución administrativa separada, tercería de mejor derecho, compensación impropia, ejecución de créditos contra la masa, etc., e incluso, otros aspectos del BEPI), el Gobierno, al redactar el art. 491, haya decidido apartarse de la doctrina jurisprudencial encarnada en la STS de 2 de julio 2019, no vicia de inconstitucionalidad al precepto ni permite revivir una jurisprudencia alumbrada con carácter excepcional, motivada por los defectos de la norma entonces vigente.*

*La labor de contraste debe realizarse entre la ley derogada y el Real Decreto Legislativo, y si bien es posible sostener (haciendo nuestras las palabras de la Abogacía del Estado en su escrito de oposición al recurso de inconstitucionalidad que dio origen a la STC 166/2007) que “no puede reputarse exceso alguno el que el poder ejecutivo aclare el sentido de los preceptos con el mismo alcance hecho por los Tribunales de Justicia, puesto que por definición, la labor de estos últimos no puede tampoco tener un contenido innovador, sino meramente interpretativo de lo que está implícito en la Ley”, ello no implica que, a sensu contrario, cuando el refundidor opte, dentro de los límites de la regularización, aclaración o armonización, por plasmar en el Real Decreto Legislativo una solución contraria a la adoptada por la jurisprudencia, ello suponga automáticamente que haya incurrido en un exceso en la delegación, máxime cuando la opción jurisprudencial orillada tenga tanto o más de innovación que de interpretación. En suma, tan lícito es desde el punto de vista constitucional asumir una línea jurisprudencial como apartarse de ella, siempre que la comparación entre la norma*

*primitiva y la refundida soporte el juicio de contraste. El parámetro de comparación, en definitiva, en cuanto a la normativa que se deroga, no lo conforma el sumatorio de dicha ley y de la jurisprudencia dictada en su aplicación. La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC (LEG 1889, 27)), pero no es el único medio, ni el primario, de colmar lagunas jurídicas. Si la ley, dentro de los límites constitucionales, decide autocompletarse, es la jurisprudencia, que ya ha cumplido su función, la que deviene inaplicable, por innecesaria, al haber cambiado el marco normativo. Entenderlo de otra manera supone alterar el sistema de fuentes, introduciendo en el juicio de comparación un elemento (la jurisprudencia) que constitucionalmente no forma parte de él”.*

Comparto el análisis acerca de cuál era el problema, pero no así la conclusión. De acuerdo con todo lo que expresa acerca de la deficiente redacción del art 178bis LC, que por apartarse de la línea jurisprudencial no significa automáticamente la existencia de *ultra vires* y el posible alcance de la habilitación legal del art 82.5 de la CE para explicitar normas, colmar lagunas, corregir distorsiones interpretativas, antinomias etc. Así como la posible alteración del sistema de fuentes, si le damos una consideración mayor de la que tiene a la jurisprudencia del TS.

Considero que para determinar si existe *ultra vires* o no, no hay que comparar la sentencia del TS y lo plasmado por el Legislador (en esta ocasión Ejecutivo), porque dicha sentencia no valora si en el sistema general del BEPI anterior, la exoneración alcanzaba al crédito público o no, aborda la extensión del BEPI en el sistema especial, cierto que se apoya en la extensión que alcanza en el sistema general, pero no es ni mucho menos su único argumento. Por tanto, lo que se aborda es si el TRLC al extender dicha exclusión del crédito público al sistema general, se extralimito o no en sus funciones e introdujo mandatos jurídicos nuevos. Para darle validez se argumenta que existía una laguna y que estaba implícito en el texto.

No puedo compartir dichos argumentos por diferentes motivos, la extensión del crédito público en el sistema general del BEPI de la LC, no causó apenas controversias jurídicas y no llegó a ser valorado por el TS, esto es así porque más allá de la deficiente técnica legislativa si se acudía a la Exposición de Motivos uno se encontraba con lo siguiente:

***“Cumplidas las anteriores condiciones, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios.***

*Alternativamente, cuando no hayan podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plan de pagos durante los 5 años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquéllos que gocen de privilegio general. Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá satisfacer en ese período las deudas no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello”.*

La intención del legislador queda clara con la Exposición de Motivos, dos sistemas de exoneración con distinto alcance. La refundición ha convertido de facto al crédito público en no exonerable, algo que de ser esa la intención del Poder Legislativo no debe dejar sin explicitar no ya en el articulado, sino también en la Exposición de Motivos. Tras cinco años en los que, no debido a una interpretación del TS, sino a la interpretación del Texto por parte de jueces y tribunales sin grandes controversias se exoneraba el crédito público ordinario y subordinado en el régimen general. Ahora se nos dice que se hacía a través de una laguna legal o de forma contraria a una norma implícita mal redactada. No puedo estar conforme con ello, 5 años para corregirlo sin modificación legal alguna, para ahora a través de una refundición y bajo el pretexto de armonizar según su innominado Preámbulo, se realiza una modificación legal de tal alcance y de forma soterrada.

Otro criterio que se alude es el informe<sup>13</sup> realizado por el CGPJ del proyecto de refundición, donde el Ejecutivo si quería explicitar la exoneración del crédito público en el sistema general, en los apartados 465, 466 y 467 se manifiesta lo siguiente:

*465.- En relación al artículo 490 del proyecto de texto refundido, señala la MAIN que “se ocupa de **explicitar el pasivo exonerable** en los supuestos en los que el deudor se acoge a la modalidad de abono de umbral de pasivo mínimo. Este extremo se **da por sobreentendido en el artículo 178 bis.3.4°** a diferencia de lo que acontece para el deudor que se acoge al plan de pagos donde sí hay una referencia explícita al pasivo exonerable en el artículo 178 bis.5 de la Ley Concursal. A diferencia del artículo 178 bis de la Ley Concursal, **expresamente se dispone que la exoneración se extiende al crédito público ordinario y subordinado”.***

*466.- Como expone la MAIN, el artículo 490 TR “extensión de la exoneración”, incorpora, ex novo, un nuevo apartado 3 del siguiente tenor literal: “3. En todo caso, la exoneración incluirá a los créditos de Derecho público”.*

---

<sup>13</sup> Informe sobre el proyecto de real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la ley Concursal del 26 de septiembre de 2019.

*467.- Sin entrar a valorar la posible incidencia en los privilegios de los créditos de Derecho público, esta nueva declaración excedería del mandato recibido para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos, al estar vedada la introducción de nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad. Sin perjuicio de lo anterior, se ha de admitir que la inclusión de los créditos de Derecho público sirve, funcionalmente, en mayor medida a las finalidades a las que está anudado este instituto, y coadyuva a su operatividad dentro del sistema del concurso.*

Estos tres párrafos dan argumentos para quien defienda ambas posiciones, no obstante no quiero dejar de reflejar lo que dice; (i) se da por sobreentendido el alcance en el 178bis 3.4º si uno busca las definiciones de *sobreentendido* e *implícito* podrá apreciar que son sinónimos, (ii) considera que incluir la frase “*En todo caso, la exoneración incluirá a los créditos de Derecho público*” es un mandato jurídico nuevo y por tanto da lugar a *ultra vires*, por consiguiente lo mismo debe de ocurrir si, además en contra de lo sobreentendido hasta ahora, incluye la misma frase en negativo, si no se puede explicitar lo implícito y practicado hasta ahora, en menor medida se podrá explicitar en contra de lo que se consideraba implícito. No puedo llegar a comprender como se puede considerar que hacer explícito algo que se considera implícito es un nuevo mandato jurídico y defender que hacer lo contrario no lo es. (iii) Por último y no menos importante, hace una referencia bien clara a la finalidad de la institución y la hace indicando que la exclusión del crédito público no es coincidente con la misma.

En conclusión, el CGPJ da por válidas las premisas del TS en la citada sentencia del 2 de julio de 2019; (i) sobre el alcance de la extensión del BEPI en el sistema general cuando indica que se sobreentiende, opino que de forma más clara si se acude a la EM. (ii) Considera la inclusión del crédito público como necesaria para contribuir a la finalidad del instituto.

De otro lado, argumentando que existe *ultra vires* en el art 491 del TRLC voy a reflejar las opiniones de IGNACIO SANCHO GARGALLO Magistrado del TS, quien fue ponente de la citada sentencia del TS de 2 de julio de 2019, el cual deja clara su posición en un artículo<sup>14</sup> publicado en el Anuario de Derecho Concursal de Aranzadi, también voy a reflejar los argumentos esgrimidos en un acuerdo<sup>15</sup> de los jueces de instancia de lo Mercantil de Sevilla.

---

<sup>14</sup> Anuario de Derecho Concursal 2020 Número 51 (septiembre-diciembre 2020) de Ignacio Sancho Gargallo “*Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia.*” Pág. 27 a 34.

<sup>15</sup> Acuerdo nº8/2021 de 28 de junio de 2021 del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla.

El Magistrado IGNACIO SANCHO GARGALLO considera que en la delegación recibida para regularizar, aclarar y armonizar el Ejecutivo se ha excedido y lo expresa de la siguiente forma:

*“Entiendo que esto es lo que ha ocurrido con el artículo 491.1 del texto refundido de la Ley Concursal. Este precepto, al regular la extensión de la exoneración en el caso en que se opte por la vía de la exoneración inmediata (la del ordinal 4.º del art. 178 bis.3 LC) y se cumpla el requisito previo de haberse satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y concursales privilegiados, así como, para el caso en que no se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos ordinarios (art. 488 TRLC), ha introducido unas excepciones que no se contenían en el ordinal 4.º del artículo 178 bis.3 de la Ley Concursal. El artículo 491.1 del texto refundido prescribe que en esos casos «el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos».*

*No cabe entender, como sí hace el dictamen del Consejo de Estado, que la inclusión de estas excepciones constituya «una adecuada armonización, en la medida en que tal acotación se hace en el artículo 178 bis.5-1.º de la Ley Concursal (art. 497.1-1.º TR) en los casos de exoneración por la aprobación de un plan de pagos». Dejando al margen la interpretación que del artículo 178.bis.5-1.º de la Ley Concursal hace la jurisprudencia (sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769)), lo que estaba claro es que bajo la regulación de la Ley Concursal la opción por la exoneración inmediata del ordinal 4.º del artículo 178 bis.3, cumplidos los requisitos mencionados, daba lugar a la exoneración de todos los restantes créditos ordinarios y subordinados, incluidos los créditos de derecho público y por alimentos.*

*La introducción de estas excepciones donde no existían, no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la ley para la concesión de este beneficio, mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado. No cabe invocar una armonización de normas cuando se altera gravemente el equilibrio de intereses y derechos, esto es, cuando se alteran respecto de la situación anterior las reglas que configuraban la “par conditio creditorum” al acudir a la exoneración inmediata”.*



Viene a considerar que la ruptura del principio “*par conditio creditorum*” es una modificación de texto legal anterior, que introduce un mandato jurídico nuevo, por lo que no es conforme a los márgenes legales habilitados en una refundición. Tras explicar las consecuencias del juicio de *ultra vires* deja otra consideración, que apuntala su argumento, lo hace valorando el efecto que debe de producir una refundición sobre la jurisprudencia existente:

*“Lo anterior me lleva a otras consideraciones que guardan relación con el alcance de la refundición respecto de la jurisprudencia vigente de la legislación objeto de refundición.*

*La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, en este caso concursal, con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley (art. 1.6CC). En la actualidad, las sentencias del pleno de la sala primera del Tribunal Supremo cumplen el requisito de la reiteración para considerar que existe jurisprudencia.*

*En principio, el texto refundido, en cuanto que «no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes», según refiere el preámbulo, debería ser compatible con la jurisprudencia vigente al momento de la refundición. Si no fuera así, es que el texto refundido habría introducido normas jurídicas contradictorias, que de alguna forma alterarían el sentido de las normas legales anteriores objeto de interpretación jurisprudencial. Es lógico por ello que la refundición, como se aprecia en los ejemplos expuestos en el apartado 5 de este artículo, haya incorporado en la formulación de algunos de los nuevos preceptos legales la jurisprudencia. No es imprescindible. Puede hacerse cuando se aprecia conveniente y con la formulación procedente. Pero si no se incorpora al texto legal, no por ello deja de operar y cumplir su función. Es el caso de la jurisprudencia sobre la rescisión concursal (concepto de perjuicio, interpretación del alcance de cada una de las presunciones de perjuicio, régimen de los pagos realizados antes del concurso, qué se entiende por actos ordinarios realizados en condiciones normales...).*

*La jurisprudencia surgida de la interpretación de una norma legal deja de tener vigencia cuando cambia sustancialmente esa norma. Eso ocurre con una reforma legal, pues forma parte de la discrecionalidad del legislador. Lo que no está tan claro es que el Gobierno, dentro de la habilitación legal para refundir una legislación, pueda modificar de tal forma las normas legales preexistentes que prive de vigencia a la jurisprudencia que las interpretaba. Hacerlo así, entiendo que excedería de una armonización y constituiría una modificación de fondo del marco legal refundido.*

*Por esta razón, la refundición del régimen legal de la segunda oportunidad, que hasta ahora se regulaba en el artículo 178 bis de la Ley Concursal, no puede dejar sin efecto la interpretación jurisprudencial de este precepto contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo 150/2019, de 13 de marzo (RJ 2019, 1137), y 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769), que sigue vigente. Dicho de otro modo, la refundición no puede obviar el sentido dado por la jurisprudencia a la norma legal objeto de refundición, por lo que el texto refundido debe ser interpretado de conformidad con esa jurisprudencia”.*

Este último argumento se contrapone de una forma abierta con el del Magistrado ALFONSO MUÑOZ PAREDES ya que IGNACIO SANCHO GARGALLO entiende que la jurisprudencia tras la refundición debe de seguir siendo plenamente válida y no por ello se altera el orden las fuentes del Derecho establecido en nuestro ordenamiento por el art 1.1 del Código Civil.

Considero que introducir en el sistema general del BEPI *ex* art 491 del TRLC la excepción del crédito público, que no se recogía en art 178 bis 3 ordinal 4º y con ello establecer que la jurisprudencia del TS sobre el alcance del 178 bis 5 ordinal 1º (ahora art 497 TRLC) ya no debe de ser aplicada. Si se analiza todo ello en su conjunto, sin entrar al detalle de los argumentos esgrimidos por las partes, puede considerarse de una forma clara y evidente, que se ha innovado el ordenamiento jurídico.

Los Jueces del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla firmaron el acuerdo citado, en el concluyen la existencia de *ultra vires* y, por tanto, la potestad de inaplicar el art 491 del TRLC. Lo cierto es que sobre este aspecto no profundizan sus argumentos, pero aportan otro distinto, entienden que la exclusión del crédito público de la exoneración es contraria a la finalidad de la Directiva 1093/2019, que exige a los Estados Miembros un sistema que conduzca a la exoneración plena de las deudas, lo hace de la siguiente forma:

*“La 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, modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).*

*Dicha Directiva establece la obligación de los Estados miembros de velar por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas. Así resulta de los Considerandos 1 y 5, y los artículos 20 y 22.*

*La Directiva no dice nada en particular del crédito público, sino que de forma insistente señala que los Estados Miembros deben tener sistemas que propicien la «plena exoneración» sin distinguir tipos de acreedores. Ello permite sostener, de forma implícita pero clara (donde la norma no distingue, no procede distinguir), que la UE desea que el crédito público reciba el mismo tratamiento que cualquier otro.*

*El art. 20 de la Directiva regula el acceso a la exoneración. En el primer apartado dispone que «los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva», con lo que remarca el objetivo de la plena exoneración del deudor. Y en el apartado 2, prevé la posibilidad de que en algún Estado la plena exoneración de deudas se supedite a un reembolso parcial de la deuda, y que en esos casos deba garantizarse «que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario, y, en particular, sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores»».*

*Por tanto, una interpretación que dificulte la plena exoneración es contraria a la finalidad de la citada Directiva. Así en el propio considerando 5 señala que «En muchos Estados miembros, son necesarios más de tres años para que los empresarios que sean insolventes, pero de buena fe puedan obtener una exoneración de sus deudas y empezar de nuevo. La ineficiencia de los marcos de exoneración de deudas y de inhabilitación tiene como consecuencia que los empresarios se vean obligados a trasladarse a otros territorios con objeto de disfrutar de una nueva oportunidad en un período de tiempo razonable, lo que conlleva un elevado coste adicional tanto para sus acreedores como para los propios empresarios. La inhabilitación prolongada que suele ir aparejada a los procedimientos encaminados a la exoneración de deudas supone un obstáculo a la libertad de emprender y ejercer una actividad empresarial por cuenta propia.»*

*Por último, el art. 23 de la citada Directiva aun admitiendo la opción nacional de restringir la exoneración respecto de determinadas deudas, lo hace de forma muy pormenorizada, pero no menciona entre los posibles tipos de deudas, el crédito público, aunque sí la deuda por alimentos. Así el art 23.4. establece lo siguiente:*

*“Los Estados miembros podrán excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas, o limitar el acceso a la exoneración de deudas, o establecer un plazo más largo para*

*la exoneración de deudas en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas, en los siguientes casos:*

*d) deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad...”.*

Concluyen que dicha exclusión del crédito público es contraria a la finalidad de la Directiva y además entienden que, si bien no ha transcurrido el plazo de transposición por haber sido este prorrogado, la Directiva ya comienza a producir ciertos efectos jurídicos por lo que la jurisprudencia del TJUE denomina el efecto “*anticipativo*” lo explican de la siguiente forma:

Sin embargo, las Directivas no solo producen efectos tras su transposición o tras la finalización del plazo de transposición, sino también antes de la finalización de dicho plazo mediante un efecto “*anticipativo*”.

*Como señala la doctrina, las Directivas poseen, frente a los Estados miembros, cierto efecto de bloqueo, incluso antes de que transcurra su plazo de transposición. Con vistas a la obligación que impone una Directiva de que se cumplan unos objetivos y en aplicación del principio básico de lealtad a la Unión (artículo 4 del TUE) los Estados miembros deberán abstenerse, antes de la expiración del plazo de transposición, de todas las medidas que puedan perjudicar gravemente la consecución de tales objetivos (BOUCHARD). (Martínez Caballero, J. (2021). Directivas comunitarias (efectos). Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 20, pp. 334-347).*

*En conclusión: la interpretación por los Tribunales de la conformidad de la legislación estatal con la normativa europea es una obligación que se activa desde el mismo momento de la publicación de la Directiva, no cuando ha pasado el plazo de transposición, con la finalidad de evitar situaciones que supongan un obstáculo a su aplicación, tal y como señala la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Con cita a las siguientes sentencias:

- STJCE de 8 de diciembre de 1997, ASUNTO INTER-ENVIRONNEMENT WALLONIE (C-129/96)

- STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto MANGOLD (C-144/04)

Afirman que dicho efecto “*anticipativo*” debe de ser apreciado por lo jueces de los Estados miembros:

*Todo lo anterior se conecta con la obligación del Juez nacional de interpretar el Derecho nacional según el Derecho Comunitario, sin que le afecte que haya transcurrido o no el plazo*

*de transposición de la directiva. Es decir, que las obligaciones que la directiva impone (incluso a particulares) pueden hacerse valer en justicia, a través del Derecho nacional, antes de que transcurra el plazo para su aplicación, tal y como afirmaba la STJCE de 8 de octubre de 1987, ASUNTO KOLPINGHUIS(C-80/86).*

Dichos efectos se deben incluso apreciar de oficio:

*Interpretación conforme al derecho comunitario que se ha de producir incluso de oficio, pues el Derecho comunitario no impide que un órgano jurisdiccional nacional examine de oficio la compatibilidad de un régimen legal nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva, aunque el justiciable no invoque la Directiva ante el Tribunal, STJCE de 11 de julio de 1991, ASUNTO VERHOLEN(C-87/90, 88/90, y 89/90).*

Si dicha interpretación de la Directiva es correcta y el Anteproyecto de ley no modifica la exclusión del crédito público de la exoneración, se avecina posibles cuestiones de prejudicialidad ante el TJUE, con la consiguiente apertura de un periodo temporal de inseguridad jurídica. De lo expuesto por diferentes ponentes, en el Primer Congreso Europeo sobre Segunda Oportunidad celebrado en Barcelona los días 17 y 18 de noviembre de 2021 y organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, se llega a la conclusión, de que la posible inclusión del crédito público como categoría excluida de la exoneración por el artículo 23 de la Directiva, se reduce al debate de si dicha lista es *numerus clausus* o *numerus apertus*. Dicho debate se enreda en las diferentes traducciones del texto, con los distintos idiomas que se utilizan en la Unión Europea. Si es cierto, que se introdujo durante el Congreso citado, un aspecto que puede decantar la balanza ya que, según expuso el ponente ENRIQUE SAN JUAN MUÑOZ Magistrado de la AP de Málaga, en las discusiones parlamentarias para la aprobación de la Directiva 1093/2019 se discutió una proposición de enmienda, en la que se valoraba el interés público y la promoción empresarial, con la posible inclusión del crédito público en el artículo 23, cuestión que se descartó por la presidencia del Parlamento Europeo, al entender que las exclusiones del artículo 23 estaban ya bien definidas. Por tanto, no parecería lógica su inclusión, si se tuvo la oportunidad de hacerlo, se debatió y se decidió no incluirlo, al contrario, con lo sucedido con los créditos por alimentos, por poner un ejemplo.

Mi opinión que he ido desgranando se centra en los siguientes argumentos:

1. La extensión de la exoneración en el artículo 178bis 3 ordinal 4º de la ley concursal afectaba al crédito público, tenía una interpretación pacífica por los Tribunales. Está era la intención del legislador y así queda patente en la Exposición de Motivos.

2. No existe laguna que colmar en el artículo 178bis 3 ordinal 4º de la ley concursal, cuando de forma implícita se entiende su alcance. No existe vacío normativo.

3. Legislar blindando al crédito público dejándolo fuera del alcance del BEPI, con la utilización de la fórmula legal de la Refundición, no supera el ejercicio de contraste cuando se comparaba la legislación previa, tanto su articulado como su Exposición de Motivos.

4. En consecuencia, considero estéril la polémica acerca de, si debe de ser compatible con la Jurisprudencia previa. Cuestión, que puede alcanzar relevancia si a la luz del Texto Refundido se considera que al aplicar el 497 del TRLC dicha sentencia es de aplicación o no.

Considero que la modificación del artículo 178 bis 3 ordinal 4º LC (ahora 491 TRLC), lo que busca en realidad es dejar a dicha sentencia sin efectos, pero para ello se ha incurrido en un exceso de la delegación recibida.

## **5. CONCLUSIONES**

Más que unas conclusiones propias sobre lo desarrollado en el trabajo, lo que voy a plasmar en las siguientes líneas es una reflexión personal, acerca del mecanismo de la segunda oportunidad en global. Puedo estar equivocado, pero considero que el ordenamiento jurídico español viene de una larga trayectoria, donde se protegía en exceso a los acreedores respecto de los deudores. La propia exposición de motivos de la *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, reconoce que en “*Las partidas*” de Alfonso X, el deudor tenía mecanismos más favorables, que la legislación previa a la entrada en vigor de la citada ley. Ciertamente es que se han realizado cambios legislativos y jurisprudenciales, los cuales han equilibrado el ordenamiento, por poner algunos ejemplos la *Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cambio la prescripción de las obligaciones personales de 15 a 5 años o toda la jurisprudencia sobre préstamos hipotecarios. Estos avances han contribuido a reestablecer cierto equilibrio.

Respecto al mecanismo de la segunda oportunidad, considero que todavía no se ha consolidado, cuando se le explica a posibles interesados, en la mayoría de los casos muestran incredulidad. No ayuda a ello que se realicen tantas reformas, lo cierto es que el TRLC ha sido usado como base para la próxima adaptación de la Directiva 1093/2019, cuya transposición es obligada al haber expirado el plazo. El proyecto de ley ha sido aprobado ya en el Consejo de Ministros y la

previsión es que entre en vigor este verano, del conocimiento que tengo del texto, no puedo más que ser crítico, se vende como más beneficiosa para el deudor, se afirma que se han ampliado el catálogo de obligaciones exonerables, lo que se ha realizado en realidad es poner en la norma lo que ya se aplicaba por defecto. Además, se endurecen los requisitos para acceder al BEPI, no se protege el crédito público, se blindo porque a la hora de calificar los créditos concursales ya se protege al crédito público, se le reconoce por defecto un privilegio al 50%, si además convierte a recargos e intereses (crédito subordinado) en no exonerable, lo que hace es desincentivar. Creo que nadie puede afirmar que este mecanismo no es bueno para la sociedad y su economía. Necesita de muchos equilibrios y la sensación que deja la nueva ley, es que el Ejecutivo a cambio del blindaje del crédito público, ha cedido ante las entidades financieras, que con motivo se quejan de ser ellas quien soportan la mayor parte del coste y se han introducido numerosas trabas.

Dentro de su futura aplicación preveo dos fuentes generadoras de conflictos jurisprudenciales; (i) la posible cuestión de prejudicialidad que se pueda plantear por el blindaje del crédito público. (ii) La aplicación transitoria de la nueva ley, ya que incluye que se aplique a procedimientos ya iniciados por ser más beneficiosa, cuestión que como habrán leído para nada comparto.

## **6. BIBLIOGRAFIA:**

**ALFONSO MUÑOZ PAREDES** “*Prosa de la ley o poesía del resultado. de nuevo sobre la exoneración de pasivo*”, Diario La Ley Nº 9713 de 2020, Pág. 4-0

**Consejo General del Poder Judicial** “Informe sobre el proyecto de real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la ley Concursal del 26 de septiembre de 2019. Pág. 155.

**IGNACIO SANCHO GARGALLO** “*Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia.*” Anuario de Derecho Concursal 2020 Número 51 (septiembre-diciembre 2020), Pág. 27 a 34

**Jueces de lo Mercantil de Sevilla** “*Acuerdo nº8/2021 de 28 de junio de 2021 del tribunal de instancia mercantil de Sevilla.*”

**MARIA LUISA MUÑOZ PAREDES** “*Los ultra vires de la Ley de Sociedades de Capital*”  
Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas. Pág.  
549 a 572.

**NURIA FACHAL NOGUER** “*Novedades concursales del RD-ley 34/2020 y visión crítica  
del ‘ultra vires’*” Dossier de Thomson Reuters Pág. 8 a 21

**SANTIAGO MUÑOZ MACHADO** “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho  
Público General*” Tomo VI “La Ley”. Pág. 121

## **8. JURISPRUDENCIA.**

### 1. Ámbito español:

Sentencia del TS sala 3ª Sección 6ª 6419/2008 de 5 de noviembre de 2008 Id Cendoj:  
28079130062008100444

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias Sección 1ª 80/2020 de 22 de julio de  
2020 Id Cendoj: 33044370012020200081

Sentencia del TS sala 1ª sección 3ª 541/2010 de 13 de diciembre de 2010 Id Cendoj:  
28079110012010100854

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 166/2007 del 3 de agosto de 2007  
Sentencia del Tribunal Supremo sala 3ª sección 5ª 25 de junio de 1997 Id Cendoj:  
28079130051997100365

Sentencia del Tribunal Supremo sala 1ª sección 991 381/2019 Id Cendoj:  
28079119912019100022

Auto Juzgado de lo Mercantil 1 de Oviedo de 13 de 2021 Id Cendoj:  
33044470012021200001

### 2. Ámbito Derecho de la Unión Europea:

STJCE de 8 de diciembre de 1997, asunto inter-environnement wallonie  
(C-129/96)

STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto Mangold (C-144/04)

STJCE de 8 de octubre de 1987, asunto Kolpinghuis(C-80/86)

STJCE de 11 de julio de 1991, asunto Verholen (C-87/90, 88/90, y 89/90)