

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso / 2017/2018
Convocatoria: Junio

**EL MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD:
ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE
FUTURO**

**SECOND CHANCE MECHANISM: STATE OF THE
QUESTION AND FUTURE PERSPECTIVES**

Realizado por la alumna Doña Patricia Orlanda Rodríguez Padrón

Tutorizado por el Profesor Don José Luis Sánchez-Parodi Pascua

Departamento: Derecho público y privado especial y Derecho de la empresa

Área de conocimiento: Derecho mercantil

ABSTRACT

The article 178 bis of Concursal Law, regulates in our legal system the Second Chance Mechanism, as a limit to the principle of universal patrimonial responsibility consecrated in the article 1911 of the civil code. Its propose is to allow debtors natural persons, who meet requeriments, the remission of part of their debts once finished the contest for liquidation or insufficiency of the active mass.

What the exposition on reasons, wants to say is that the debtors are able to redirect their lives again and undertake new economic initiatives, but Does it really exist a Second Chance Mechanism in Spain?

This essay points out in analyzing the actual regulation of the Second Chance Mechanism, which has been hardly criticized by the doctrine since its incorporation, as well as the review of the Proposal of The Second Chance European Directive. In conclusion my purpose is to give a future vision and try to elucidate the actual regulation aspects that could be improved.

RESUMEN
<p>El artículo 178 Bis de la Ley Concursal regula en nuestro ordenamiento jurídico el mecanismo de segunda oportunidad, el cual se configura como límite al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del CC. Su finalidad no es otra que permitir a los deudores personas físicas, que reúnan los requisitos establecidos, la remisión de parte de sus deudas, una vez concluido el concurso de acreedores por liquidación o insuficiencia de la masa activa.</p> <p>En los propios términos de la exposición de motivos de la Ley de Segunda Oportunidad, lo que se pretende es que los deudores puedan encarrilar nuevamente sus vidas y emprender nuevas iniciativas económicas, pero ¿Existe en España un verdadero Mecanismo de Segunda Oportunidad?</p> <p>El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación actual del mecanismo de segunda oportunidad, duramente criticado por la doctrina desde su inclusión, así como el análisis de la propuesta de directiva europea de segunda oportunidad. En definitiva, mi propósito es aportar una visión de futuro, e intentar dilucidar los aspectos mejorables de la regulación actual.</p>

I. Introducción	1
II. Naturaleza jurídica del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho	4
III. El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho en el ordenamiento español	6
1. Presupuestos	6
2. Requisitos de acceso al beneficio: El deudor de buena fe	7
3. Procedimiento de acceso al mecanismo	12
4. Efectos de la concesión del beneficio	19
4.1 Deudas exoneradas	19
4.2 El ejercicio de acciones o ejecuciones contra el deudor exonerado	20
4.3 Devengo de intereses	20
4.4 Efectos respecto al cónyuge del deudor	21
4.5 Trámite procesal	21
4.6 Revocabilidad del beneficio	23
IV. La Propuesta de Directiva de segunda oportunidad	25
1. Introducción	25
2. Antecedentes: La Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial	26
3. Objetivos de la propuesta	30
4. Ámbito de aplicación	31
5. Contenido de la propuesta	32
V. Proposición de Ley de Segunda Oportunidad	36
1. Exposición de motivos	36
2. Novedades incorporadas	37
VI. Conclusiones	41
Bibliografía	44
Resoluciones judiciales citadas	45
Legislación	46

I. Introducción

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, el 1 de septiembre de 2004, una de las preocupaciones existentes en la doctrina y la jurisprudencia era el mismo tratamiento que se daba a las personas físicas y jurídicas en caso de insolvencia, tratándose de realidades jurídicas diferentes.

Por lo que respecta a las personas físicas, una vez concluido el concurso no habiendo sido satisfechas la totalidad de las deudas, quedan responsables del pago de las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178.2 de la LC¹, en consonancia con el artículo 1911 del CC², donde se consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares contra el deudor.

Partiendo de esta problemática, la ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el Mecanismo de Segunda Oportunidad, permitiéndose al deudor persona física sometido al procedimiento concursal, liberarse de parte de sus deudas, siempre que reúna una serie de requisitos y haya observado una determinada conducta.

Por lo que respecta a los requisitos que debía cumplir el deudor persona física para acceder al beneficio, el artículo 178. 2 de la LC quedaba configurado del siguiente modo:

“ La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el

¹ El artículo 178.2 de la LC antes de la reforma operada en el año 2013 estipulaba que: “ En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme”.

² En virtud del artículo 1911 del CC: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”.

La citada regulación presentaba una configuración que lejos estaba de conseguir su propósito. El alto umbral de pasivo que debía satisfacerse, así como su ámbito de aplicación limitado a la conclusión del concurso por liquidación, dificultaban el acceso al beneficio. Asimismo en el precepto no concretaba un plazo determinado en relación con la condena penal previa, así como respecto a reiteración de la solicitud.

No obstante, sin perjuicio de lo expuesto con anterioridad, la escasa aplicación³ en la práctica del beneficio de exoneración, motiva la reforma del RDL 1/2015, convalidada por la ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, la cual perfecciona el mecanismo de segunda oportunidad, con una regulación exhaustiva.

El propio preámbulo de la ley concreta cuál es su objetivo, que no es otro que permitir que “una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer”. En definitiva su finalidad es posibilitar que el deudor persona física, una vez concluido el concurso de acreedores, y habiendo observado una determinada conducta, pueda obtener la exoneración de parte de sus deudas.

Conviene destacar también las ventajas que presentan los mecanismos de segunda oportunidad, no sólo desde el punto de vista del deudor exonerado, sino también desde el punto de vista de la economía global. En este sentido, dichos mecanismos permiten “un

³ En este sentido se pronuncia SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, “*El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho*”, pág. 66.

aumento de la iniciativa emprendedora o inversora, lo cual beneficia no sólo al deudor sino también a la sociedad en su conjunto”.⁴

En la misma línea en el preámbulo de la ley se pone de manifiesto que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos, tanto para desarrollar nuevas actividades como para permanecer en el circuito regular de la economía, lo cual claramente no beneficia al deudor, pero tampoco a sus acreedores, sean éstos públicos o privados. Asimismo, y como aspecto positivo, se desincentiva la economía sumergida y favorece “una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo”. No obstante lo anterior, ¿Existe en España un mecanismo de segunda oportunidad realmente efectivo?. Debemos adelantar una respuesta negativa.

A nivel europeo también se ha dejado constancia de las bondades de los mecanismos de segunda oportunidad, en un primer momento con la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, de escasa implantación y éxito. Ahora, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Marcos de Reestructuración Preventiva, Segunda Oportunidad y Medidas para aumentar la eficacia de los Procedimientos de Condonación, Insolvencia y Reestructuración, con consciencia de la ineficacia de los marcos de insolvencia actuales, pretende fijar unos parámetros mínimos que posibiliten la armonización de la legislación de los Estados comunitarios, todo ello en aras de fortalecer el mercado económico común.

El presente trabajo tiene por objeto un análisis crítico de la regulación actual del mecanismo de segunda oportunidad, así como de la Propuesta de Directiva de Segunda Oportunidad, la cual incorpora importantes novedades que se traducirán en una necesaria reforma de la legislación española. Asimismo con vistas a aportar una visión de futuro analizaremos la Proposición de Ley de Segunda Oportunidad de 2 de febrero de 2018, presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos.

⁴ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, “*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*, cit., pág.47.

II. Naturaleza jurídica del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho

Ante todo debemos partir de la base de que el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho se configura como un límite cuantitativo al principio de responsabilidad patrimonial universal. Asimismo se trata de una institución que se constituye ex lege, y por lo tanto, sin necesidad de consentimiento de los acreedores⁵.

Si atendemos a la propia literalidad del precepto, el artículo 178 bis 5 2º de la LC emplea el término extinción⁶, no obstante, y tal y como pone de manifiesto parte de la doctrina⁷, ello no debe llevarnos necesariamente a mantener que el mecanismo de segunda oportunidad constituye un modo de extinción de las obligaciones. Diversos autores⁸ han venido manteniendo que el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho se configura como una forma de extinción de las obligaciones, que la concurrencia de determinadas circunstancias que permiten al deudor obtener una exoneración definitiva de sus deudas, se trata, sin más, de una extinción de las obligaciones del concursado motivada por la imposibilidad sobrevenida de dar cumplimiento a la obligación.

⁵ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro *“El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”*, cit., pág. 94.

⁶ El artículo 178 Bis 5 2º dispone: “Los acreedores cuyos créditos se extingan no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos”.

⁷ En este sentido SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, “el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, pág. 4.

⁸ VÁZQUEZ LÉPINETTE, *“Estudio de la remisión legal de la deuda en sede concursal, Estudios Sobre el Futuro Código Mercantil”*, mantiene que, “la remisión legal de la deuda prevista en la ley concursal, es un supuesto específico de extinción de la deuda por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento”, cit. pág. 313.

Asimismo, tal y como cita SENDRA ALBIÑANA, “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial”, pág. 5, CUENA CASAS, Matilde, se pronuncia en los siguientes términos: “admitida la exoneración del pasivo pendiente, ello implica una extinción definitiva de la obligación”, si bien reconoce que la posibilidad de reapertura del concurso se configura más bien como una “suspensión temporal de la exigibilidad de una obligación”, *“Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente”*, Revista de derecho bancario y bursátil 125/2012, Pág 7.

No obstante lo anterior, la normativa vigente desecha la denominación dada al beneficio por la ley 14/2013, la cual se refería a la “remisión de deudas”, y por lo tanto se abandona la idea de que el mecanismo de segunda oportunidad gira en torno a la relación obligatoria en sí misma considerada. Por el contrario, el término beneficio hace referencia a uno de los sujetos de la relación obligatoria, concretamente el deudor.

Otros autores, entre los que se encuentra SENDRA ALBIÑANA, entienden que el beneficio de exoneración de pasivo se refiere a la obtención de determinada facultad o derecho por parte de uno de los sujetos de la obligación, el deudor, que permite la desatención legal de una obligación u obligaciones que, de no existir el beneficio, seguirían siendo exigibles, de acuerdo con el principio de responsabilidad patrimonial universal. Dado que se trata de un beneficio de carácter subjetivo y excepcional, puede mantenerse la “subsistencia de las obligaciones exoneradas, sin perjuicio de la inexigibilidad de las mismas por aplicación del beneficio”⁹.

A mi juicio es esta última postura la que muestra mayor acierto. El artículo 178 bis, en su apartado quinto, establece que si bien no cabe el emprendimiento de acciones contra el deudor, quedan a salvo las acciones frente a los “obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas”. Si estuviésemos ante una verdadera fórmula de extinción de las obligaciones, una vez obtenido el beneficio no cabría la reclamación frente a los deudores solidarios (no puede reclamarse una deuda extinta), por lo tanto parece más acertado mantener que nos encontramos ante un supuesto de inexigibilidad de la deuda de carácter excepcional.

⁹ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro “*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*”, cit., pág 96.

III. El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho en el ordenamiento español

1. Presupuestos

Para el acceso al mecanismo de segunda oportunidad debemos partir de la concurrencia de dos presupuestos básicos, uno de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo.

Por lo que respecta al presupuesto de carácter subjetivo, el mecanismo de exoneración de pasivo insatisfecho está dirigido a las personas naturales, tanto las que realicen una actividad como empresario como las personas físicas no empresarias. Por lo tanto es un mecanismo no predicable respecto de las personas jurídicas, ya que la extinción de sus deudas tiene lugar debido a la desaparición jurídica del deudor¹⁰, la sociedad, y no de tal beneficio, cuya previsión legal es inexistente. En este sentido Santiago SENENT MARTINEZ,¹¹ viene a definir la figura como el mecanismo impropio de liberación de deudas.

En cuanto al presupuesto de carácter objetivo se requiere que haya concluido el concurso de acreedores, bien por liquidación, bien por insuficiencia de la masa activa.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.2 de la LC una vez liquidados los bienes y derechos y tramitada la sección de calificación, la administración concursal presentará un informe justificativo de las operaciones realizadas, razonando la inexistencia de acciones de reintegración de la masa ni responsabilidad de terceros. Asimismo debe acreditarse la inexistencia de otros bienes y derechos del concursado. Matiza el precepto que no impide la conclusión del concurso la existencia de bienes inembargables o desprovistos de valor .

En cuanto a la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, de acuerdo con el artículo 176. 3º de la LC, procede la conclusión del concurso “en cualquier estado del

¹⁰ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, “*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal*”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, pág. 6.

¹¹ SENENT MARTINEZ, Santiago, “*Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores*”, Universidad complutense de Madrid, 2015, pág. 214.

procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa”, fundamentalmente los gastos derivados de la propia tramitación del concurso, así como los honorarios de la Administración Concursal.

La administración concursal, una vez constatada la insuficiencia de bienes, debe comunicarlo al juez competente, suspender las operaciones del concurso y distribuir el producto de la venta de los bienes realizados.

En definitiva, el beneficio de exoneración de pasivo se configura como un mecanismo eminentemente post- concursal, lo que es criticado por parte de la doctrina ¹² sobre la base de que se exige al deudor atravesar un largo y costoso procedimiento concursal, que puede derivar incluso en un incremento de las deudas.

2. Requisitos de acceso al beneficio: El deudor de buena fe

El aspecto neurálgico sobre el que gira la concesión del beneficio de exoneración es la buena fe del deudor. ¹³

La necesidad de la concurrencia de la buena fe en el deudor se hace patente ya en el preámbulo de la Ley 25/2015, al ponerse de manifiesto que “el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por esta Ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas”.

En definitiva lo que se pretende es garantizar es que el deudor no actúe de forma fraudulenta o de mala fe con el fin de que se le aplique el beneficio de exoneración. Asimismo la

¹² En este sentido SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, “*El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*”, pág 102.

¹³ El artículo 178 bis 3 de la LC dispone: “Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe”.

normativa persigue alcanzar un equilibrio entre los beneficios del sistema de exoneración y los derechos de los acreedores.¹⁴

Ante todo debe partirse de que, en principio, parece que el artículo 178 bis 3 de la LC configura una concepción de la buena fe de carácter objetivo, supeditando la misma a la concurrencia de determinados requisitos.

El primer requisito exigido es que el concurso no haya sido declarado culpable. Por lo tanto debemos remitirnos a la regulación contenida en los artículos 164 y 165 de la LC. El apartado primero del artículo 164 de la LC, que recoge una cláusula general, establece lo siguiente “El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor”. Por su parte el número segundo del artículo 164 contempla una serie de presunciones de culpabilidad del concurso, presunciones de carácter iuris et de iure, no cabiendo por tanto prueba en contrario¹⁵.

¹⁴ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro “*El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*”, cit. pág 124.

¹⁵ *En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:*

1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. 6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

El artículo 165 de la LC también recoge una serie de presunciones de culpabilidad del concurso, si bien estas tienen el carácter de presunción iuris tantum, admitiendo por lo tanto que puedan ser desvirtuadas por el deudor.¹⁶

La no calificación del concurso como culpable puede obedecer a diversas circunstancias. Entre ellas la existencia de una sentencia de fondo del tribunal que declare que no hay elementos para calificar el concurso como culpable, y por lo tanto se declare fortuito, o bien porque la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal no formulen escrito de calificación culpable, lo que conduce a calificar el concurso como fortuito, de conformidad con el artículo 170 de la LC.

Se ha planteado en la jurisprudencia¹⁷ si la existencia de un concurso anterior, en el que era concursado el actual deudor solicitante del mecanismo de exoneración, que hubiera finalizado con la calificación de culpable, puede entenderse como parámetro que permita al juez apreciar la ausencia de buena fe del deudor, y la consiguiente denegación de la solicitud de exoneración del pasivo pendiente en el presente procedimiento. El juzgador entiende que dicha circunstancia denota la falta de buena fe del deudor, y en consecuencia se deniega el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho.

¹⁶ En virtud del artículo 165 de la LC se presume, salvo prueba en contrario, que el concurso es culpable quienes se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

3.º Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Asimismo se presume culpable salvo prueba en contrario: “cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos.

¹⁷ Sentencia Juzgado de lo Mercantil de León de 14 de octubre del 2015.

Sin perjuicio de lo dispuesto con anterioridad, el propio artículo 178 bis contempla la posibilidad de que se conceda el beneficio aun habiendo sido calificado el concurso como culpable, siempre que dicha calificación como culpable traiga causa del artículo 165.1 1º de la LC (incumplimiento del deber de solicitar el concurso), atendiendo el juez a las circunstancias concurrentes y siempre que no medie dolo o culpa grave del deudor.

El segundo requisito exigido para entender que nos encontramos ante un deudor de buena fe es que éste 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. Respecto a este aspecto debe tenerse en cuenta la vigencia de la prejudicialidad penal. En caso de existir un procedimiento penal en curso el juzgado debe suspender la tramitación de la pieza de exoneración de pasivo, en tanto recaiga la sentencia firme en el proceso penal.

Por otra parte debemos plantearnos qué tratamiento merece aquel deudor que, habiendo cometido alguno de los delitos antes mencionados, ha procedido formalmente a la cancelación de los antecedentes penales o se reúnen los requisitos para la cancelación. Hernández Rodríguez¹⁸ se plantea esta cuestión y entiende que, partiendo de lo dispuesto en el artículo 136.5 del CP¹⁹, el deudor que cumple los requisitos para la cancelación de sus antecedentes penales puede verse beneficiado por la exoneración, partiendo de la base de que la cancelación conlleva la eliminación de toda consecuencia negativa derivada del delito.

Se contempla, por tanto, una gran variedad de tipos delictivos, y consiguientemente, sanciones penales muy heterogéneas. Se trata de una serie de delitos que el legislador ha considerado de mayor gravedad desde el punto de vista del procedimiento concursal. No obstante, existen posicionamientos doctrinales favorables a una modificación que abarque la

¹⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar, *“La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia”*, págs. 88-89.

¹⁹El artículo 136.5 del CP dispone lo siguiente: *“ En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, no tendrá en cuenta dichos antecedentes”*.

fijación de unos parámetros, en función de la gravedad de las penas, así como de las responsabilidades civiles vinculadas a los delitos²⁰

En tercer lugar dispone el artículo 178 bis 3 que el deudor haya celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, teniendo en cuenta los requisitos a los que se refiere el artículo 231 de la LC ²¹. La cuestión relevante radica en determinar cuándo debe entenderse que se ha intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, en adelante AEP. A estos efectos debemos tener en consideración el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016, en el que con la finalidad de unificar la interpretación de la LC , se aportan una serie de criterios que nos permiten concretar cuando el deudor ha intentado alcanzar un AEP.

En este sentido se dispone: “Se considerará que se ha intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos a los efectos del art. 178 bis 3.3º, en los supuestos en que, elevada una propuesta de acuerdo, ésta no sea aceptada por los acreedores. También se podrá considerar que se ha intentado un AEP en los casos en que el mediador concursal decida, a la vista de las circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y solicitar el concurso”.

Sin perjuicio de lo reseñado con anterioridad, debemos precisar que no cualquier propuesta de acuerdo elevada a los acreedores puede considerarse como un intento efectivo de alcanzar un AEP .Como prueba de ello conviene destacar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Logroño de 25 de febrero del 2016. En la citada resolución se discute si puede entenderse cumplida la exigencia de haber intentado un AEP, teniendo en cuenta que el deudor presenta a sus acreedores una propuesta consistente en la condonación del 100% de la deuda. Estima el tribunal que dicha actuación del deudor no puede considerarse como un acuerdo realmente efectivo, y que “la utilización del acuerdo extrajudicial de pagos como simple medio para

²⁰En estos términos se pronuncia FERNÁNDEZ SEIJO, José María, “La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad”, pág. 239.

²¹ “ El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance”.

cumplir el expediente y evitar así el abono del 25% del crédito ordinario no puede sino ser considerado como un fraude de ley que no puede ser amparado”.²²

Al igual se entenderá observado este requisito cuando la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor.

En todo caso, tal y como se pone de manifiesto en el citado seminario, así como en la jurisprudencia²³, el término intentar un AEP debe ser interpretado de forma amplia, incluyéndose los supuestos en los que se ponga fin al procedimiento de AEP, incluso en los casos de incumplimiento del acuerdo alcanzado o anulación del mismo.

3. Procedimiento de acceso al mecanismo

Partiendo de las 3 exigencias anteriores (la no calificación del concurso como culpable, la no comisión de determinados delitos y la celebración o intento de celebración de AEP), conviene precisar que existen dos vías de acceso al beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho, las cuales son de carácter alternativo.

Por una parte encontramos la vía del artículo 178 bis 3 número 4 que tiene la naturaleza de exoneración definitiva, si bien siendo susceptible de revocación, y por otra parte la vía del

²² Sentencia del juzgado de lo mercantil de Logroño de 25 de febrero de 2016, Cit. Fundamento de derecho segundo.

²³ La sentencia de la AP de Barcelona, Sección 15, nº 227/2017, en su fundamento jurídico cuarto, dispone lo siguiente *“Es unánime la postura de que la interpretación del citado requisito debe ser flexible y amplia considerando cualquier supuesto en el que se ponga fin al procedimiento de AEP. En el caso que nos ocupa el Notario, que hizo las veces de Mediador, tras conceder el plazo de 10 previsto en la norma, dio por cerrada el acta al considerar que era imposible llegar a un acuerdo y cita expresamente el art. 242 LC , dirigiendo a los deudores al concurso consecutivo por considerar que se ha intentado el AEP. Este cierre del acta y la finalización del AEP no es en ningún caso imputable a los deudores, los cuales de forma diligente presentaron la solicitud de AEP con la documentación correspondiente, incluso con documentación acreditativa de haber intentado con anterioridad alcanzar un acuerdo con los acreedores sin éxito”*.

artículo 178 bis 3 número 5, que se trata de una exoneración parcial y provisional, si bien sometida también a plazo de revocación.

Por lo que respecta a la primera de las vías, de conformidad con el artículo 178 bis 3 4º, se exige la satisfacción de un umbral de pasivo mínimo, el cual está conformado por los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. Asimismo debe satisfacerse el 25% de los créditos ordinarios cuando el deudor no hubiera intentado un AEP.

El artículo 84.2 de la LC determina cuáles son los créditos contra la masa, no obstante debemos destacar aquellos créditos que concurren en todo caso, estos son los gastos derivados de la intervención de abogado del concursado, ya que tal intervención resulta preceptiva. Asimismo también deben incluirse los gastos generados como consecuencia de la intervención de la administración concursal.

Por lo que respecta a los créditos privilegiados, a los que se refieren los artículos 90 y 91 de la LC, dado que el legislador no lleva a cabo distinción alguna debemos considerar incluidos tanto los créditos con privilegio especial como los créditos con privilegio general²⁴. Dado que la cuantificación y alcance de los créditos con privilegio especial, en palabras de SENDRA ALBIÑANA, puede resultar más problemática, nos centraremos en ellos.

Los créditos con privilegio especial, a los que se refiere el artículo 90.1 de la LC, se caracterizan porque el producto de la realización forzosa de determinado bien del deudor se destina al acreedor con privilegio especial. Debe tenerse en consideración que resulta necesario que la garantía se haya constituido con observancia de los requisitos y formalidades establecidos. Es importante tener en consideración que, como consecuencia de la modificación operada por el RD ley 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal, se introdujo a través del artículo 94.5²⁵ de la LC, el concepto de valor de la garantía real.

²⁴ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, *“En beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”*, pág. 188.

²⁵ Conforme al citado precepto el valor razonable está constituido por la cantidad que resulte de deducir de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero.

El citado artículo concreta cuál es el valor razonable en función del tipo de bien de que se trate, que en el caso de un bien de carácter inmueble, será el resultante del informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España.

Por lo que respecta a la concreta valoración del privilegio, debemos tener en consideración, por un lado, la postura que se mantenía antes del RD Ley 1/2015, la cual era pacífica, que entendía que el crédito privilegiado quedaba satisfecho con el importe obtenido en la realización del bien, clasificándose el resto de la cuantía como crédito ordinario. Con la aprobación de la ley 25/2015 existen posturas enfrentadas en la doctrina.

Una parte de la doctrina ²⁶ comparte el anterior planteamiento, entendiendo por tanto cumplida la satisfacción de los créditos privilegiados una vez producida la realización del bien, quedando catalogado el crédito restante como ordinario. Por lo tanto la parte del crédito no satisfecha con realización del bien quedaría exonerada por la obtención del beneficio.

Otros autores entienden que para la obtención del beneficio, al menos por la vía del artículo 178 bis 3 4º, se requiere la satisfacción íntegra de los créditos privilegiados, sin que quepa la reducción de la parte del crédito no satisfecha con la realización del bien o derecho en cuestión. En este sentido también se argumenta que, si bien el artículo 178 bis 5 2º contempla la exoneración de la parte de los créditos privilegiados especiales que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, con tal previsión no cuenta la vía de exoneración del número 4º del artículo 178 bis 3, y por lo tanto la exoneración del crédito restante debe entenderse únicamente aplicable en la segunda vía de acceso al mecanismo.

En cuanto al pago del 25% de los créditos ordinarios éste queda supeditado a la no celebración o intento de celebración de un AEP. Se desprende de la redacción dada al precepto que la exigencia de celebrar o haber intentado un AEP no es un requisito sine qua

²⁶ SENDRA ALBIÑANA,Álvaro, “*En beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho*” cit. pág. 193.

non para el acceso al beneficio. Respecto a esta cuestión se ha planteado en la jurisprudencia²⁷ qué ocurre con el deudor que no ha celebrado un AEP debido a que la normativa vigente en ese momento no se lo permitía. El tribunal concluye que no parece razonable que esos deudores se vean privados de su derecho de opción, quedando obligados a pagar el 25% de los créditos ordinarios, “alternativa mucho más gravosa que el mero intento de un acuerdo extrajudicial que la norma no exige que haya concluido con éxito”. En definitiva, aquí la cuestión que subyace es si resulta razonable la exigencia adicional de pago del 25% de los créditos ordinarios a un deudor que, si bien no ha intentado un AEP, ello se debe, no a su propia voluntad, sino a que la propia ley se lo imposibilita.

Existen, en definitiva, dos posibles interpretaciones. Por un lado aquella conforme a la cual todo deudor que no intente un AEP debe abonar el 25% de los créditos ordinarios²⁸, teniendo en cuenta, por tanto, el sentido literal del precepto. Por otra parte, y atendiendo a un sentido finalista del precepto, puede mantenerse que dicha exigencia adicional no operaría para aquellos deudores que tienen legalmente vedada la posibilidad de acceder a un AEP. En este último sentido se pronuncia Cuenca Casas²⁹ quien mantiene que “Equiparar la situación del deudor que, pudiendo no lo intenta, con la del que no lo intenta porque no puede, violenta el espíritu y finalidad de la norma, amén de su tenor literal”.

Por lo tanto entiendo que aquel deudor que no cumple los requisitos para celebrar un AEP, por ejemplo por tener un pasivo superior a los 5 millones de euros, no puede ser considerado un deudor de mala fe, imponiéndose esta exigencia adicional extremadamente gravosa, bastando, por tanto, el abono de los créditos privilegiados y los créditos contra la masa. En definitiva esta norma, a mi juicio, estaría dirigida a aquellos deudores que, teniendo la posibilidad, , no intentaron alcanzar un acuerdo con sus acreedores.

²⁷ Auto de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 15, nº 217/2016, de 16 de marzo.

²⁸ En este sentido FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, BLANCO GARCÍA-LOMAS Y DÍAZ REVORIO, “*El concurso de acreedores de la persona física*”, pág. 370.

²⁹ CUENA CASAS, Matilde, “*Segunda oportunidad: ¿qué pasa si el deudor no puede intentar un acuerdo extrajudicial de pagos?*”, Blog hay Derecho, 13 de junio de 2016.

El artículo 178 bis 3. 5º de la LC configura una segunda fórmula de acceso al beneficio de carácter alternativo, la cual se caracteriza por la obtención provisional condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos. Se trata de una vía que persigue habilitar una salida para aquel deudor que no ha podido acogerse al beneficio por no poder pagar los créditos mínimos exigibles.

En total se enumeran en el precepto 5 requisitos, los cuales deben cumplirse de forma cumulativa:

- 1) Aceptación de un plan de pagos, lo que se traduce en la presentación una propuesta para el pago de las deudas que no van a ser objeto de exoneración dentro de los 5 años siguientes.
- 2) No haber incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42. De acuerdo con el citado precepto *“El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso”*.

Aunque a priori, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 165 de la LC, el incumplimiento del deber de colaboración derive en la calificación culpable del concurso, y por lo tanto no procedería la concesión del beneficio, la presunción de culpabilidad del concurso que se articula es de carácter *iuris tantum*, por lo que el incumplimiento del deber no derivará siempre en la calificación culpable.

- 3) La no obtención del beneficio en los últimos 10 años. La problemática radica en determinar el dies a quo a efectos del cómputo del plazo.

Diversos autores entienden que para el cómputo debemos tomar como referencia la fecha de formulación de la solicitud³⁰, si bien, tal y como señala SENDRA ALBIÑANA , no es una cuestión pacífica en la doctrina.

4) No haber rechazado, dentro de los 4 años anteriores a la declaración de concurso, una oferta de empleo adecuada a su capacidad.

Debe precisarse, por tanto, qué debemos entender por oferta de empleo adecuada a la capacidad del deudor. El requisito de capacidad debe interpretarse como idoneidad³¹ , y aún cuando la oferta sea de rango inferior a la preparación del deudor. Se trata de rechazar cualquier oferta de empleo para la que el deudor esté capacitado, se corresponda o no con su grupo profesional.

5) Aceptar la publicidad derivada del beneficio de exoneración.

De acuerdo con lo dispuesto en el número 5º del artículo 178 bis de la LC la obtención del beneficio debe hacerse constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años.

Respecto a esta exigencia conviene precisar que, en su redacción original, el Real Decreto Ley 1/2015 hacía referencia a la posibilidad de acceso público a dicha información, siendo objeto de matización en la tramitación parlamentaria de la ley 25/2015. Se criticaba esta posibilidad sobre la base de que ello supondría una estigmatización del deudor, de tal forma que tendría dificultades para emprender nuevas iniciativas económicas. Tras la tramitación parlamentaria se limita el acceso a la información a quienes estuviesen legitimados para ello, en palabras de la propia LC, “quienes tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor”.

³⁰ En este sentido HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *“La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia”*, pág. 97.

³¹ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, *“El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”*, pág. 211.

La ley entiende que están legitimados “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”.

Una vez analizados los requisitos que deben concurrir en el deudor para que éste sea considerado de buena fe, podemos afirmar que el legislador ha venido a configurar un concepto cerrado de deudor de buena fe³², legal y no valorativo, no quedando margen para la apreciación de la misma por el órgano jurisdiccional.

No obstante, a pesar del carácter eminentemente objetivo de la buena fe, se ha planteado en la doctrina si cabe la posibilidad de que se deniegue una solicitud de exoneración, por la vía del apartado cuarto del artículo 178 bis, aun concurriendo todos los requisitos, si se constata que el deudor ha faltado a la buena fe. En este sentido HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³³ entiende que no sería posible rechazar la solicitud. Por el contrario también debemos plantearnos si cabe la posibilidad de conceder el beneficio, aun no concurriendo alguno de los requisitos establecidos, si se apreciare la buena fe del deudor. Respecto a esta cuestión HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ aboga por una interpretación finalista que posibilite la concesión del beneficio en supuestos extraordinarios³⁴, si bien será precisa una fundamentación reforzada.

³² En este sentido se pronuncia Bastante Granell, Víctor, *“El deudor de buena fe en la ley de segunda oportunidad”*, pág. 132.

³³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *“La segunda oportunidad, la superación de las crisis de insolvencia”*, pág.106.

³⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ *“La segunda oportunidad, la superación de las crisis de insolvencia”*, a modo ilustrativo describe la siguiente situación: *“pensemos en el deudor que tiempo antes de la declaración de concurso cometió un delito de usurpación de fluido eléctrico, por lo que fue condenado a una pena ya cumplida, y cuya actuación posterior se ajusta a los estándares de la buena fe, su nivel de endeudamiento y de cumplimiento de obligaciones se corresponde con la de un deudor diligente, y que por circunstancias sobrevenidas y ajenas a su voluntad, como puede ser una enfermedad, aparición de sobrevenidas e inesperadas cargas familiares o, en el caso del empresario, además de éstas, otras posibles como pueden ser impagos generalizados de acreedores, deviene en una situación de insolvencia cuya única causa son estos hechos extraordinarios y ajenos a su voluntad”*, pág. 106.

4. Efectos de la concesión del beneficio

4.1 Deudas exoneradas

Partiendo de la configuración de dos vías alternativas para el acceso al beneficio, para la determinación de las deudas que van a ser objeto de exoneración debemos analizar cada una de ellas individualmente.

Por lo que respecta a la exoneración por la vía del número 4º del artículo 178 bis 3, la ley no lleva a cabo una enumeración de los créditos que resultan exonerados, no obstante la doctrina³⁵ entiende que se encuentran integrados los créditos ordinarios y subordinados. En cuanto a la segunda vía de acceso, el propio precepto concreta cuáles son los créditos a los que se extiende el beneficio, donde se encuentran por una parte los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque éstos no hubiesen sido comunicados. Asimismo el precepto excluye de la exoneración los créditos de derecho público y por alimentos.

Debemos concretar que, dado que el número cuarto del artículo 178 bis no contempla expresamente la exclusión de los créditos de derecho público y los de alimentos, no cabe una aplicación analógica³⁶ de lo dispuesto en el apartado quinto, de tal modo que, una vez concedido el beneficio, quedarían exonerados los créditos públicos y los créditos por alimentos, siempre que no tuvieran la condición de créditos contra la masa o privilegiados.

³⁵ En este sentido FERNÁNDEZ SEIJO, “La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad”, pág.281; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La segunda oportunidad, la superación de las crisis de insolvencia”, pág. 136, SENDRA ALBIÑANA, “El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho” pág. 196.

³⁶ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, “El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”, pág.196.

4.2 El ejercicio de acciones o ejecuciones contra el deudor exonerado

Una vez otorgado el beneficio los acreedores no podrán ejercitar ningún tipo de acción tendente al cobro de sus créditos. No obstante quedarían a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado, así como frente a sus fiadores o avalistas, quienes no pueden invocar la concesión del beneficio 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.

4.3 Devengo de intereses

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 bis 6 de la LC “Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés”.

La primera cuestión que conviene dilucidar es si la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a las deudas exoneradas, o de lo contrario también se extiende a las deudas no exoneradas (el crédito público y crédito por alimentos). Entiende la doctrina³⁷ que respecto a las deudas no exoneradas debemos entender que, durante el cumplimiento del plan de pagos, no se devengan intereses.

En cuanto a las deudas exoneradas (provisionalmente), parece lógico entender que éstas no devengarán intereses, sobre la base de que si no es posible que el deudor abone la deuda principal, carece de sentido que la misma se vea incrementada con los intereses.

³⁷FERNÁNDEZ SEIJO, José María, “*La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*”, pág. 283.

4.4 Efectos respecto al cónyuge del deudor

El artículo 178 bis 5 in fine establece que: “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”.

Por lo que respecta a la legitimación para solicitar la extensión del beneficio, la ley no se pronuncia al respecto. No obstante, entiende algún autor³⁸ que ostentan legitimación tanto el deudor concursado como su cónyuge indistintamente.

Aunque a priori la extensión del beneficio al cónyuge del concursado denote un carácter positivo, lo cierto es que debemos considerar la posibilidad de que los acreedores, ante la imposibilidad de dirigirse contra el patrimonio común, agredan bienes privativos del cónyuge del concursado³⁹.

4.5 Trámite procesal

Tal y como dispone el artículo 178 bis 2 de la LC, es el deudor el que debe presentar la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, de lo cual se deduce que el beneficio es otorgado en todo caso a instancia de parte, no cabiendo por tanto la concesión de oficio.

En cuanto al momento oportuno para la presentación de la solicitud, tal como establece el precepto, debe presentarse la solicitud dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido

³⁸ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, “*El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho*”, pág. 109

³⁹ En tal sentido se pronuncia SENDRA ALBIÑANA, quien entiende que “la extensión del beneficio al cónyuge del concursado sin tramitación de un concurso excluye la posibilidad de que las deudas de las que responda junto al patrimonio común el patrimonio privativo del cónyuge del concursado, pueden ser cobradas agrediendo bienes privativos”, “*El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho*”, Cit. pág. 108.

de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.3 LC⁴⁰, relativo a la formulación de oposición a la conclusión del concurso.

Una vez presentada la solicitud ante el juez del concurso, que debe ir acompañada de todos aquellos documentos justificativos del cumplimiento de los requisitos, el letrado de la Administración de justicia dará traslado de la misma a la administración concursal y a los acreedores personados, por un plazo de 5 días, a fin de que formulen las alegaciones que estimen convenientes en relación a la exoneración.

La administración concursal y los acreedores pueden mostrar su conformidad con la solicitud o no oponerse a la misma o bien formular oposición. Respecto a las causas de oposición a la concesión del beneficio, debemos precisar que parte de la doctrina⁴¹ entiende que existe una clara contradicción entre los párrafos primero y tercero del número 4 del artículo 178 bis. El párrafo primero permite a la Administración Concursal y a los acreedores alegar todo aquello que estimen por conveniente en relación a la concesión del beneficio. No obstante el párrafo tercero estipula que únicamente cabe la oposición por el incumplimiento de alguno de los requisitos del apartado 3.

Algún autor, como es el caso de SENDRA ALBIÑANA, ha venido a mantener que debemos llevar a cabo una interpretación extensiva, de modo que quepa una oposición amplia, todo ello con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por lo que se refiere a la resolución de la solicitud debemos distinguir si ha habido o no oposición por parte de los sujetos legitimados. Si ha habido oposición debe seguirse el cauce del incidente concursal, dictando el juez sentencia resolviendo la solicitud, siendo ésta recurrible en apelación de conformidad con el artículo 197 de la LC. En el caso de no haberse formulado oposición el juez del concurso concederá de forma provisional el beneficio de

⁴⁰ Establece el artículo 152.3 de la LC “Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. En caso contrario, el juez dictará auto declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación”.

⁴¹ En este sentido CUENA CASAS, Matilde, “*El nuevo régimen de la segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras*”, pág. 25.

exoneración de pasivo insatisfecho, declarando la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa.

Debe precisarse que, en ambos supuestos, la resolución deberá concretar además de qué vía de acceso al mecanismo se trata (apartado 4º o 5º) los efectos de la concesión del beneficio.

4.6 Revocabilidad del beneficio

Tal y como dispone el artículo 178 bis en su apartado séptimo, *“Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados.”* Se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los artículos 605 y 606 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

Asimismo añade el precepto *“También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos:*

a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos.

c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos”.

Debemos distinguir por tanto dos vías distintas para la revocación del beneficio, por un lado la del párrafo primero del apartado 7, siendo el plazo de 5 años, y por otro la del párrafo segundo, referido al plan de pagos, quedando supeditada por tanto a la duración de éste.

Respecto a esta cuestión señala SENDRA ALBIÑANA que “las causas de revocación establecidas en el segundo párrafo del precepto se establecen para la provisionalidad del beneficio, sin que resulten alegables una vez obtenido definitivamente el mismo”.

En cuanto a la mejora de la situación económica del deudor, con la tramitación parlamentaria de la ley 25/2015 se modifica la redacción originaria del precepto, en virtud de la cual el beneficio era susceptible de revocación si mejoraba la situación del deudor, cualquiera que fuera su causa. Ahora el precepto precisa las concretas causas de esa mejora: herencia, legado o donación y los juegos de suerte, envite o azar. De este modo se intenta suavizar el rigor del precepto, criticado por la doctrina⁴² sobre la base de que de este modo el deudor se vería impedido para reincorporarse al tráfico económico.

Pese a la matización del precepto considero que esta causa de revocación es claramente contraria al espíritu y finalidad de la ley del segunda oportunidad. Si lo que la ley persigue es que el deudor recupere las riendas de su vida, pudiendo incluso emprender nuevas iniciativas económicas, carece de sentido que si mejora su situación económica, que es lo pretendido, se pueda revocar el beneficio, sea cual sea la causa que propició el incremento patrimonial.

En cuanto a los sujetos legitimados para instar la revocación, el precepto se refiere a cualquier acreedor concursal, sin precisarse si éstos deben estar o no afectados por la exoneración. Respecto a este extremo entiende la doctrina⁴³ que estará legitimado cualquier acreedor concursal, dado que la revocación afectará a todos por igual, en la medida en que el crédito volverá a ser exigible, pudiendo emprenderse acciones tendentes a su cobro. No obstante lo anterior, entiende algún autor⁴⁴ que parece razonable entender que no estarán legitimados aquellos acreedores que ya han visto satisfechos sus créditos, en tan en cuanto ya no tienen dicha condición.

⁴²SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena, “*El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*”, pág. 114.

⁴³ SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, “El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”, pág. 198.

⁴⁴ FERNÁNDEZ SEIJO, José María, “La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad” pág. 290.

Por lo que respecta a los efectos de la revocación, una vez acordada ésta por el juez, los acreedores recuperan todas sus acciones contra el deudor, con vistas al cobro de las deudas que no hubieran sido satisfechas una vez concluido el concurso. En definitiva tiene lugar la reactivación del principio de responsabilidad patrimonial universal al que se refiere el artículo 178.2 de la LC.

IV. La Propuesta de Directiva de segunda oportunidad

1. Introducción

Con carácter previo al análisis de la propuesta de directiva de segunda oportunidad, y a efectos de dilucidar el fundamento de la existencia de una norma comunitaria armonizadora en materia de segunda oportunidad, debemos referirnos al libro verde “Construir una unión de mercados de capital⁴⁵”.

Partiendo del fomento del empleo y el crecimiento económico como objetivo primordial en el ámbito de la UE, se pone de manifiesto por la comisión europea la necesidad de crear y consagrar una Unión de Mercados de Capital para todos los Estados comunitarios.

Con la configuración de este mercado único se pretende favorecer las inversiones para todas las empresas, con especial incidencia en las PYMES, potenciar la inversión extranjera en la UE así como conseguir un sistema financiero más sólido y una mejora de las fuentes de financiación.

Precisamente uno de los obstáculos que imposibilitan la consecución de estos fines , tal y como se precisa, es la diferencia entre los Estados miembros en lo que a las leyes de insolvencia se refiere, quedando incluidas también las diversas regulaciones relativas a los mecanismos de remisión de deudas, lo cual supone una quiebra del principio de seguridad jurídica en el tráfico de la UE.

⁴⁵ Documento disponible en: <https://bit.ly/2stsPKf>.

Por lo tanto la existencia de una normativa de segunda oportunidad uniforme en Europa constituye uno de los pilares necesarios para la construcción de este mercado único, así como para garantizar una de las libertades fundamentales de la Unión Europea, la libre circulación de capitales consagrada en el Tratado de Roma de 1957.

2. Antecedentes: La Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial

Como antecedente inmediato de la propuesta de directiva se encuentra la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, estructurándose ésta en cinco títulos.

En el título I se precisa su finalidad y objeto, que tal y como se pone de manifiesto en la propia recomendación, éste es “animar a los Estados miembros a establecer un marco que permita la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras, y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados, con el fin de fomentar el espíritu empresarial, la inversión y el empleo, y contribuir a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior”.

Por su parte el título II se centra en la concreción de determinados conceptos a los que se alude en la recomendación, tales como deudas o reestructuración.

El título III se dedica al marco de reestructuración preventiva, mientras que el título IV se refiere al establecimiento de una segunda oportunidad para los empresarios. Finalmente el título V alude a la supervisión y presentación de informes.

Por lo que respecta a las recomendaciones formuladas cabe destacar cuatro aspectos fundamentales:

1. La condonación total de las deudas en el plazo máximo de tres años. El cómputo del plazo varía según se trate de un procedimiento que concluye con la liquidación de los bienes del deudor, en cuyo caso se contará a partir de la fecha en la que el órgano judicial inició el procedimiento de insolvencia, o bien se computará a partir de la fecha en la que se inició la aplicación del plan, cuando se trate de un procedimiento que incluya un plan de reembolso.
2. La remisión automática de las deudas una vez transcurrido el periodo de 3 años, sin necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional para su declaración.
3. En la recomendación número 32 se exceptúa en cierto modo lo dispuesto con anterioridad, en tanto en cuanto se contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan mantener o introducir disposiciones más exigentes. Dicha posibilidad se ampara en la necesidad de reaccionar frente a los empresarios deshonestos o que no se adhieran a un plan de pagos o cualquier otra obligación, a efectos de preservar los intereses de los acreedores.
4. En la recomendación se contempla la posibilidad de que se excluyan de la condonación determinadas deudas, tales como las derivadas de la responsabilidad delictual.

Una vez analizado el contenido esencial de la recomendación la cuestión que debemos formularnos a continuación es si ha habido una efectiva implantación de la misma en los Estados comunitarios. A tal fin debemos referirnos al *“Estudio sobre un nuevo enfoque para el fracaso empresarial y la insolvencia. Análisis jurídico comparativo de las disposiciones y prácticas pertinentes de los Estados miembros”*⁴⁶. Dicho estudio, encargado por la comisión europea, tiene por objeto realizar un estudio comparativo del derecho de insolvencia en la UE, así como el análisis de las reformas acometidas por los diversos Estados miembros, a efectos de verificar la implementación en los mismos de la recomendación.

⁴⁶ *“Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices”* disponible en: https://ec.europa.eu/info/files/study-new-approach-business-failure-and-insolvency_en.

Si bien es cierto que la mayoría de los Estados miembros poseen mecanismos de descarga de deudas, no es menos cierto que los plazos en los que la remisión de deudas adquiere un carácter definitivo varía de un Estado a otro.

Table 7.2: Discharge in 3 years

	AT	BE	BG	CY	CZ	DE	DK	EE	IE	EL	FI	ES	FR	HR	HU
Full on Bankruptcy	*	o	*	✓	o	*	*	o	✓	o	o	o	✓	o	*
Full under Debt Settlement Procedure	✓	*	*	✓	o	o	o	*	o	o	o	o	*	o	o
	IT	LT	LU	LV	MT	NL	PL	PT	RO	SE	SK	SI	UK	US	NO
Full on Bankruptcy	o	*	o	o	o	*	o	*	o	*	o	o	✓	✓	*
Full under Debt Settlement Procedure	o	o	*	o	o	✓	*	o	*	o	✓	o	o	o	o

Key: ✓ = Yes, within 3 years;
 * = No provision;
 o = Discharge available but no max 3 year period

En la presente tabla, extraída del estudio⁴⁷, se muestran aquellos estados que prevén la remisión de deudas dentro del plazo de 3 años, los que prevén condonación pero en plazo superior a 3 años y aquellos otros Estados que no prevén la descarga.

Como puede observarse, en la mayoría de Estados se excede del plazo recomendado de 3 años o bien no se contemplan previsiones al respecto, tal es el caso de España, teniendo lugar la remisión definitiva de deudas transcurridos 5 años. Asimismo debe precisarse que si bien diversos Estados prevén la descarga en el plazo de 3 años, no cabe esta posibilidad en todos los supuestos, tal es el caso, por ejemplo, de Alemania, donde sólo es aplicable este plazo cuando el deudor haya abonado el 35% de las deudas, o Lituania, donde se puede extender a los 5 años.

⁴⁷ "Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices", pág. 294.

Por lo que respecta a la remisión automática de las deudas, sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional, diversos Estados no contemplan tal posibilidad, bien por requerirse una nueva solicitud por parte del deudor o bien porque se precisa de una nueva valoración por parte del tribunal. Entre dichos Estados se encuentran República Checa, Estonia, Alemania, Hungría, Italia, Letonia, Polonia, Rumanía, Eslovaquia y España. Por otra parte existen Estados que sí contemplan esta automaticidad, si bien no para todos los procedimientos, tal es el caso de Suecia o Chipre.

En cuanto al establecimiento de disposiciones tendentes a paliar una actuación deshonesto o de mala fe por parte del deudor, la mayoría de los Estados contempla algún tipo de sanción o restricción para el deudor deshonesto. Las restricciones abarcan desde sanciones de tipo penal, como es el caso de Rumanía, hasta la imposibilidad de iniciar el proceso de descarga, como ocurre en nuestro país. Incluso en algún Estado se prevé la posibilidad de que los acreedores puedan entablar una acción pauliana, tal como sucede en Malta.

Por lo tanto no cabe sino concluir que si bien se han introducido mecanismos de segunda oportunidad en la mayoría de los Estados comunitarios, lo cierto es que existen múltiples disparidades, especialmente en lo que al plazo de la remisión de deudas se refiere. Asimismo no se ha logrado implantar la automaticidad de la condonación, lo cual ralentiza aún más la concesión del beneficio.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, los Estados miembros sí que contemplan un tratamiento diferenciado entre deudor honesto y deshonesto, previéndose un amplio abanico de consecuencias negativas para el deudor que ha faltado a la buena fe o ha actuado fraudulentamente. En definitiva, la mayoría de los Estados no han implementado en sus ordenamientos las recomendaciones, encontrándose el deudor con diferentes soluciones y exigencias en función del país europeo de que se trate.

3. Objetivos de la propuesta

Ante todo debemos recalcar que la promulgación de esta propuesta viene motivada por el fracaso de la recomendación del 12 marzo de 2014. La propia exposición de motivos de la propuesta de directiva precisa que, si bien la recomendación permitió establecer unas pautas para los Estados miembros, emprendiéndose algunas reformas, no se han producido los resultados esperados, especialmente en lo que a la armonización se refiere, existiendo importantes diferencias entre los Estados comunitarios. Asimismo, la propuesta encuentra su fundamento en la existencia de mecanismos de segunda oportunidad ineficientes, empujándose al deudor asfixiado por las deudas a la economía sumergida y al traslado a otras jurisdicciones con condiciones más ventajosas.

Se hace hincapié en el endeudamiento excesivo de las personas físicas como problema fundamental de la economía, concretándose que “el 11,4 % de los ciudadanos europeos están permanentemente atrasados en sus pagos, a menudo por lo que se refiere a facturas relativas a los servicios básicos”, todo ello motivado por la crisis económica y financiera así como por determinadas circunstancias personales del deudor.

Esta propuesta de directiva no aborda una reforma en profundidad que afecte a los elementos más esenciales del derecho de insolvencia, sino que lo que se persigue es dar solución a los problemas de mayor entidad, más fácilmente armonizables. Partiendo de esta premisa la propuesta pretende sentar unos principios básicos en materia de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, a efectos de garantizar la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, así como paliar las diferencias existentes entre las legislaciones de los diversos Estados, en aras de una mayor prosperidad y crecimiento económico.

4. Ámbito de aplicación

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la propuesta, su aplicación queda circunscrita a los procedimientos de reestructuración preventiva, los procedimientos para la condonación de deudas contraídas por los empresarios sobreendeudados, así como las medidas tendentes a aumentar la eficacia de los procedimientos ya citados.

Por lo que respecta a los destinatarios, a pesar de que el artículo 1.2 de la propuesta excluye de su ámbito de aplicación a las personas físicas no empresarios, más adelante su apartado tercero dispone que los Estados miembros pueden extender su aplicación a los mismos. Por lo tanto, la posibilidad de aplicar las disposiciones de esta directiva a las personas físicas no empresarios queda a merced de cada Estado miembro.

El fundamento de esta exclusión, conforme a lo dispuesto en la memoria explicativa, parece encontrarse en el hecho de que no todos los Estados miembros cuentan con una legislación que otorgue un tratamiento igualitario a empresarios y consumidores.

No obstante se concretan diversos argumentos a favor de una normativa unitaria, tales como la interrelación existente entre las deudas derivadas de la actividad empresarial y las personales. Tal y como se indica en la propuesta “los empresarios solicitan préstamos personales para poner en marcha y llevar adelante su actividad comercial y garantizan dicho préstamo con su propio patrimonio”.

De igual modo se recalca el gran impacto económico que tiene el sobreendeudamiento de los consumidores, suponiendo un aumento de los costes para los sistemas de seguridad social en los diversos Estados miembros, así como la reducción del consumo y la pérdida de oportunidades de crecimiento.

Algún autor , como CUENA CASAS ⁴⁸, mantiene que esta exclusión constituye el aspecto más criticable de la reforma. Entiende que la exclusión del consumidor se ha visto fomentada por la presión de las entidades bancarias y aboga por “evitar duplicidades y tender a la simplificación normativa”.

En definitiva se pretende por parte de la doctrina una normativa de segunda oportunidad uniforme, que integre también al deudor consumidor, dejando a salvo el establecimiento de una regulación diferenciada en concretos aspectos, dado que a fin de cuentas se trata de realidades jurídicas diversas.

5. Contenido de la propuesta

La propuesta de directiva se estructura en 3 partes bien diferenciadas. Una primera parte dedicada a los marcos de reestructuración preventiva (título II), una segunda parte relativa a la segunda oportunidad para empresarios (título III) y por último una tercera parte dedicada a las medidas para aumentar la eficacia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad (título IV). La regulación sobre “segunda oportunidad para empresarios” se encuentra contenida en los artículos 19 a 23 de la propuesta.

El artículo 19 dispone lo siguiente: “Los Estados miembros en los que la condonación total de la deuda esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario garantizarán que la correspondiente obligación de reembolso se basa en la situación individual del empresario y es proporcional a su renta disponible durante el plazo de condonación”.

⁴⁸ Cuenca Casas Matilde, “*La Propuesta de Directiva europea sobre “segunda oportunidad” para empresarios persona físicas*”, Blog Hay Derecho, disponible en: <https://bit.ly/2HjMlh6>.

Parte de la doctrina⁴⁹, a la que me adhiero, entiende que éste es uno de los aspectos más positivos de la reforma, ya que si bien se permite a los Estados exigir el pago de un umbral de pasivo mínimo para el acceso al beneficio, debe atenderse a criterios de proporcionalidad, teniendo en cuenta la situación económica y personal del deudor.

Por lo tanto en nuestro modelo puede mantenerse como requisito necesario el pago previo de determinadas deudas, no obstante deberá flexibilizarse el requisito, de modo que no se trate de un requisito de carácter absoluto, de tal manera que, si no se abonan los créditos contra la masa y los privilegiados no pueda el deudor acceder al beneficio, sino que en todo caso debe atenderse a la capacidad real de pago del deudor.

Incluso algún autor, como es el caso de CUENA CASAS, entiende que cabría una exoneración automática, sin sometimiento a un plan de pagos, cuando se constate que el deudor carece de fuentes de ingreso suficientes para dar cumplimiento a dicho plan.

El artículo 20 de la propuesta se refiere al plazo para la obtención de la condonación de deudas, fijándose éste en un máximo de 3 años. En cuanto al dies a quo para el cómputo del plazo, debemos distinguir dos supuestos. Si se trata de un procedimiento que concluya con la liquidación de los activos del empresario, el plazo comienza a contar desde la fecha en la que el órgano judicial o autoridad administrativa incoó el procedimiento. Por otro lado si se trata de un procedimiento que incluye un plan de reembolso, a partir de la fecha en la que se inició la aplicación del plan.

Por otra parte el artículo 20, en su apartado segundo, proclama la automaticidad de la concesión del beneficio, sin que sea necesaria su declaración por el órgano judicial. Tanto el plazo máximo de condonación de 3 años, como la obtención automática del beneficio (recordemos que en España el plazo para la obtención definitiva del beneficio es 5 años), son aspectos de la propuesta que ya contemplaba su antecesora, la recomendación del 2014, y se van a traducir en la necesidad de reformar la legislación española.

⁴⁹ En este sentido CUENA CASAS, Matilde, *“La Propuesta de Directiva europea sobre “segunda oportunidad” para empresarios persona físicas”*, blog *“Hay Derecho”* y SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, *“el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”*, págs. 272-273.

El artículo 21 de la propuesta de directiva se refiere a la inhabilitación para el inicio o continuación de la actividad comercial. Los Estados miembros deben procurar que la duración de esta inhabilitación sea como máximo el plazo de condonación, es decir 3 años, y sin que sea necesario recurrir al órgano jurisdiccional o autoridad administrativa.

En cuanto al artículo 22 de la propuesta, en él se configura la posibilidad de que los Estados miembros puedan introducir plazos más largos para la obtención del beneficio, así como restringir el acceso al mismo. No obstante, dicha posibilidad queda supeditada a la concurrencia de una serie de circunstancias:

1. La actuación deshonesto o de mala fe frente a los acreedores por parte de los empresarios.
2. La no adhesión a un plan de reembolso o cualquier otra obligación tendente a garantizar los intereses de los acreedores.
3. El acceso abusivo a los procedimientos de condonación de deudas
4. El acceso repetido a los procedimientos de condonación durante un lapso temporal determinado.

Por su parte el apartado tercero del artículo 22 prevé la posibilidad de excluir de la condonación determinadas deudas, tales como las garantizadas, las derivadas de sanciones penales y las de responsabilidad delictual. Asimismo se contempla la posibilidad de establecer un plazo más amplio para la condonación cuando ello venga justificado por el interés general.

Por lo tanto en nuestro país se podrán seguir excluyendo de la exoneración las deudas garantizadas, y dentro de ellas las deudas derivadas de préstamo hipotecario, dejándose al deudor desprotegido respecto a la vivienda familiar. No obstante, en aquellos Estados en los que la vivienda sea inembargable, por deudas derivadas de la actividad empresarial, se puede establecer un plazo más largo para obtener la exoneración.

Asimismo debemos precisar que, respecto a las deudas excluibles de la exoneración, la propuesta no hace mención alguna al crédito público, precisamente uno de los aspectos más problemáticos de la normativa actual. Entiende CUENA CASAS⁵⁰ que es necesario que exista una pronunciación expresa al respecto, y cree que la falta de pronunciamiento viene motivada por los objetivos de reducción de déficit público impuestos por la UE. Del mismo modo tampoco se hace mención al crédito por alimentos, excluido en gran parte de los Estados, como es el caso de España.

De igual modo, el apartado cuarto del artículo 22 de la propuesta, posibilita que los Estados miembros establezcan períodos más largos de inhabilitación, incluso de carácter indefinido, cuando el empresario desempeñe una profesión a la que se aplican normas éticas específicas, o cuando la inhabilitación haya sido decretada por un órgano jurisdiccional, en el seno de un procedimiento penal.

Finalmente el artículo 23 de la propuesta dispone lo siguiente:

“Los Estados miembros velarán por que, cuando un empresario sobreendudado tenga deudas contraídas en el ejercicio de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como deudas personales contraídas fuera de esas actividades, todas las deudas se tratarán en un procedimiento único a efectos de la obtención de la condonación”.

Sin perjuicio de lo reseñado anteriormente, los Estados miembros pueden exceptuar esta previsión, articulándose las deudas personales y empresariales en procedimientos diferentes, siempre y cuando quepa la coordinación de los mismos con vistas a obtener la condonación de deudas. Resulta contradictoria, a mi juicio, la exclusión del consumidor del ámbito de aplicación de la directiva con esta previsión.

⁵⁰ CUENA CASAS, Matilde, “La Propuesta de Directiva europea sobre segunda oportunidad para empresarios persona físicas”, BLOG Hay Derecho, 19 diciembre de 2016.

V. Proposición de Ley de Segunda Oportunidad

1. Exposición de motivos

De lo expuesto con anterioridad queda patente la necesidad de configurar un nuevo marco de segunda oportunidad. En consecuencia en el panorama político actual comienzan a proponerse alternativas a la vigente regulación, tal es el caso de la proposición de ley de segunda oportunidad⁵¹, presentada por el grupo parlamentario de Ciudadanos.

Tal y como se pone de manifiesto en la exposición de motivos, el fundamento de la configuración de una nueva ley de segunda oportunidad debemos encontrarlo en la propia normativa actual, la cual es catalogada como restrictiva. La imposición de requisitos exigentes para el acceso al mecanismo, así como la exclusión de determinadas deudas, como las públicas, ha propiciado que “un instrumento crucial para promover la recuperación de las familias y deudores que se han visto envueltos en una situación de insolvencia sobrevenida como consecuencia de la crisis económica, apenas haya sido utilizado por quienes más lo necesitan⁵²”.

Son tres los objetivos fundamentales de esta ley. El primero de ellos es facilitar la reestructuración preventiva de las deudas, promoviéndose el acceso al AEP en aras de que el deudor no caiga en una situación de insolvencia, y por consiguiente sea declarado en concurso. Entre las medidas dirigidas a tal fin cabe destacar la extensión del ámbito de aplicación del AEP, pudiendo acceder al mismo cualquier persona física, con independencia del volumen de pasivo existente.

En segundo lugar se pretende facilitar el acceso al mecanismo de segunda oportunidad, todo ello mediante la flexibilización de los requisitos de acceso, así como con la inclusión en el ámbito de aplicación de la exoneración de deudas hasta el momento excluidas, tales como las deudas con Hacienda y con la Seguridad Social.

⁵¹ Documento disponible en el siguiente enlace: <https://bit.ly/2LXO3Ia>.

⁵² Cit. Exposición de motivos Proposición de Ley de Segunda Oportunidad.

Finalmente, se pretende dotar de protección a aquellos sujetos que, por causas ajenas a su voluntad, como son el desempleo o el fracaso empresarial, no pueden hacer frente al pago de sus hipotecas. A estos efectos, se contempla la posibilidad de solicitar la cancelación de la deuda hipotecaria con la dación en pago de la vivienda, así como, en caso de privación de la vivienda habitual, la oportunidad de permanecer en la misma abonando un alquiler social, por el plazo de 3 años. También se prevé la aplicación de este alquiler social, con carácter gratuito, a aquellas personas que se encuentren en una especial situación de vulnerabilidad, por un plazo de 2 años.

2. Novedades incorporadas

El pilar que sirve de sustento para la obtención del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho sigue siendo la buena fe del deudor, sin embargo, ya no estamos ante un concepto de buena fe de carácter normativo, con unos requisitos tasados, sin margen para la apreciación judicial, sino que es el juez el que debe valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el deudor, si la actuación de éste se ajusta a los estándares de la buena fe. En definitiva, estamos en presencia de una auténtica reconfiguración del concepto de buena fe.

No obstante, aún tratándose de una cuestión de apreciación judicial, el artículo 178 ter en su apartado segundo, enumera una serie de aspectos que permiten dilucidar si el deudor ha actuado de forma honesta frente a sus acreedores, estos son:

a) Las cargas familiares del deudor y si el endeudamiento se hubiera producido con el objetivo o como consecuencia de atender adecuadamente las necesidades básicas de las personas que conviviesen con él o que estuviesen a su cargo.

b) El origen de la situación de insolvencia en que se encuentra el deudor y si la misma se debe a causas sobrevenidas o previsibles y evitables por el mismo. En todo caso, se entenderán como causas sobrevenidas las provocadas por desgracias familiares, desempleo, accidentes de trabajo, larga enfermedad, ejecución de un aval con garantía real o personal u otras

situaciones sobrevenidas de similar naturaleza que hubieran impedido al deudor hacer frente a sus deudas pendientes.

c) En el caso de deudas derivadas por préstamos o créditos, si el deudor tenía conocimiento de las condiciones de los mismos; o si el acreedor actuó de manera responsable en la concesión de dichos préstamos o créditos, informando adecuadamente al deudor sobre sus condiciones y efectos y resolviendo sobre la concesión de los mismos en coherencia con la solvencia evaluada del deudor.

A continuación, el precepto enumera los impedimentos para solicitar el beneficio de exoneración de pasivo, algunos de ellos, a imagen y semejanza de la normativa actual, como son la comisión de determinados tipos delictivos⁵³ y la calificación culpable del concurso. Como novedad, en el caso del empresario persona física, se imposibilita el acceso al beneficio a quienes hubieran incumplido la obligación de depósito de las cuentas anuales en los tres últimos ejercicios.

Del mismo modo se prevén dos modalidades de acceso al beneficio, por un lado la del artículo 178 ter, una vez concluido el concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, y por otro lado la concesión del beneficio condicionada al cumplimiento de un plan de pagos, regulado en el artículo 178 quater⁵⁴. Por consiguiente la conclusión del concurso por

⁵³ De acuerdo con el artículo 178 ter 3 ordinal tercero no pueden solicitar el beneficio: *“Quienes hubieran sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, de falsedad documental, de blanqueo de capitales, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la fecha de la solicitud”*.

⁵⁴ De acuerdo con el citado precepto, para la obtención del beneficio condicionado al cumplimiento de un plan de pagos se requiere solicitud del interesado en éstos términos, en alguno de los siguientes supuestos:

a) *En la solicitud que presente para la declaración del concurso voluntario, conforme a lo previsto en el artículo 6.6.*

b) *En el allanamiento a la solicitud de los acreedores y demás legitimados de declaración del concurso necesario, conforme a lo previsto en el artículo 18.1.*

c) *Cuando no procediera la aprobación de la propuesta anticipada de convenio que hubiese presentado, dentro del plazo previsto en el artículo 110.1.*

d) *Cuando así lo solicitase una vez declarado el concurso consecutivo, conforme a lo previsto en el artículo 242.*

liquidación o insuficiencia de la masa activa, deja de constituir ya un presupuesto básico para acceder al beneficio, y ello se desprende de lo dispuesto en el artículo 178 quater apartado octavo, el cual se pronuncia en los siguientes términos:

“La declaración de incumplimiento del plan de pagos supondrá la resolución de éste y la declaración por el juez de la apertura de la fase de liquidación del concurso, aplicando sobre la masa pasiva las quitas incluidas en el plan de pagos y deduciendo del montante de la misma los efectos económicos de la cesión de bienes y derechos en pago o para el pago de los créditos y de los pagos satisfechos por el deudor”.

Una de las principales novedades incorporadas con la nueva redacción del precepto, es la exoneración total⁵⁵ de los créditos pendientes del deudor, a excepción de los créditos por responsabilidad civil extracontractual, los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias y los créditos por alimentos. De este modo, la exoneración alcanza también a los créditos de derecho público, una de las reformas más demandadas por la doctrina. Añade el precepto que, en el caso de los créditos con garantía real, si ha tenido lugar la ejecución de la garantía, el beneficio se extenderá a la parte de los mismos que no hayan quedado satisfecha con la misma.

Esta proposición de ley se ajusta además a los estándares fijados en la Propuesta de Directiva de Segunda Oportunidad, en lo que al plazo máximo de obtención del beneficio y la automaticidad se refiere. En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 bis cuarto en su párrafo tercero *“Transcurrido el plazo de tres años sin que se haya revocado el beneficio, la exoneración devendrá definitiva, sin necesidad de pronunciamiento judicial”.*

Otro aspecto de la normativa merecedor de una especial consideración, es el relativo a los efectos de la obtención del beneficio. De acuerdo con la normativa actual una vez exoneradas las deudas, no es posible el ejercicio de acciones frente al deudor, quedando a salvo el emprendimiento de acciones contra los obligados solidariamente, ahora, se incorpora un

⁵⁵ El artículo 178 bis segundo queda redactado en los siguientes términos *“El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la parte insatisfecha de todos los créditos pendientes del deudor, aunque no hubiesen sido comunicados, exceptuando los créditos por responsabilidad civil extracontractual, los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias y los créditos por alimentos”.*

matiz. Se contempla la posibilidad de que el beneficio se extienda a los obligados solidariamente con el concursado, y sus fiadores o avalistas, cuando éstos presenten una especial vinculación con el deudor, en especial el parentesco, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado.

Lo cierto es que resulta muy habitual que las personas físicas consumidores, y especialmente los empresarios, sean financiadas por sus propios parientes y allegados, de acuerdo con el principio de solidaridad familiar que rige las relaciones familiares. Por lo tanto considero muy acertada esta previsión.

En relación con la posibilidad de instar la revocación del beneficio, y a diferencia de la normativa actual, que otorga legitimación a cualquier acreedor concursal, sin realizar mayores precisiones, se permite su solicitud a los acreedores afectados por la exoneración, de este modo se pone fin al absurdo de permitir que inste la revocación un acreedor cuya deuda fue satisfecha en el concurso. Asimismo, se simplifican las causas que posibilitan la revocación, reduciéndose éstas a la ocultación de ingresos, bienes o derechos que no tengan la consideración de inembargables.

La ley 7/2015 modificó el artículo 86 ter de la LOPJ y 45.2 b) de la LEC, atribuyendo a los Juzgados de Primera Instancia la competencia para conocer del concurso de la persona natural no empresario. Respecto a esta cuestión, la disposición final primera de la proposición de ley prevé la modificación de la LOPJ, con vistas a devolver a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer de los concursos de las personas físicas no empresarios.

Carece de sentido que existiendo un órgano judicial especializado en las materias mercantiles (y concretamente en derecho concursal), se atribuya la competencia a los juzgados de Primera Instancia, lo cual ha derivado en “el dictado de resoluciones que ponen de relieve el desconocimiento que, al menos alguno de ellos, tiene de la ley concursal y del mecanismo de segunda oportunidad⁵⁶”. Como prueba de ello, DE LA MORENA SANZ cita el auto del

⁵⁶ Cit. DE LA MORENA SANZ, Gregorio, “*Segunda oportunidad y Juzgados de Primera Instancia*”, Blog Hay Derecho, 25 de octubre de 2016.

Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Majadahonda de 20 de septiembre de 2016, relativo a un concurso consecutivo. En la citada resolución judicial se acuerda la declaración de concurso y su conclusión sin nombramiento de administrador concursal, negándose el beneficio de exoneración con amparo en dicha conclusión, teniendo lugar, tal y como indica DE LA MORENA SANZ, una incorrecta aplicación del artículo 242 bis apartados noveno y décimo de la LC. Tal y como indica el autor reseñado, de conformidad con el citado precepto es necesaria la designación del Administrador Concursal y la apertura de la fase de liquidación. Esta resolución pone de manifiesto las graves consecuencias que pueden derivarse de la falta de competencia de algunos juzgados.

VI. Conclusiones

A pesar de que la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico del denominado mecanismo de segunda oportunidad fue acogida con gran optimismo, éste no ha dado los frutos esperados. La realidad es que, tal y como se configura en la actualidad, el procedimiento para su obtención se convierte en una auténtica carrera de obstáculos para el deudor, que dada su complejidad, difícilmente podrá alcanzar su meta, una segunda oportunidad.

El umbral mínimo de pasivo que debe satisfacerse (al menos por la primera vía) es excesivo, y lo cierto es que una vez abonados los créditos contra la masa y los privilegiados, ya han quedado cubiertas prácticamente todas las deudas del concursado. Recordemos que entre los créditos privilegiados se encuentran los créditos garantizados con hipoteca, los cuales constituyen habitualmente la principal deuda de las personas físicas, la más cuantiosa.

De igual modo la exclusión de los créditos de derecho público de la exoneración, tal y como indicó el Banco Mundial en su informe sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales⁵⁷, “socava todo el sistema de tratamiento de la insolvencia porque priva a los deudores, a los acreedores y a la sociedad de muchos beneficios del sistema”. Son los empresarios los que resultan especialmente perjudicados, dado que gran parte de sus deudas

⁵⁷ Documento disponible en <https://bit.ly/2kJfv04>.

son generadas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, de modo que, aún obteniéndose el beneficio, éste no supondrá un alivio real para los mismos. En palabras de CUENA CASAS⁵⁸ “el crédito público es intocable”.

Tal y como indiqué anteriormente, la institución de la revocación presenta una configuración que es contradictoria con la propia finalidad de la norma. Se contempla la posibilidad de revocación por la mejora de la situación económica del deudor, cuando precisamente lo que se persigue es la recuperación económica del deudor, en aras de incentivar su consumo personal y reactivar el flujo de la economía. En este sentido, considero acertada la nueva configuración dada por la proposición de ley, limitándose la revocación a aquellos supuestos en los que el deudor haya actuado fraudulentamente frente a sus acreedores.

Abogo por una reconfiguración del sistema que permita la condonación de las deudas fuera del procedimiento concursal, para así evitar los enormes costes derivados del mismo. Si bien la proposición de ley de Segunda Oportunidad posibilita la obtención del beneficio con carácter previo a la liquidación, el deudor se encuentra ya a las puertas del procedimiento, con la declaración del concurso. Esta posibilidad ya ha sido puesta en práctica en alguna CCAA como Cataluña, con la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética⁵⁹. Esta ley contempla la posibilidad de que, tras el incumplimiento de un plan de pagos, y liquidados los bienes, el juez pueda condonar parte de las deudas⁶⁰.

Por lo que se refiere a la Propuesta de Directiva europea, ésta merece, en términos generales, una valoración positiva. El plazo máximo de 3 años para la obtención del beneficio y su carácter automático permitirán agilizar el procedimiento. Sin embargo, a mi juicio, el aspecto

⁵⁸ CUENA CASAS, Matilde, “*La oportunidad perdida de regular un eficaz régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente (a propósito de la Ley 25/2015)*”, Abogacía Española, 7 de abril de 2016.

⁵⁹ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-9725>. Debe precisarse que varios preceptos de esta ley se encuentran suspendidos en tanto se resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado.

⁶⁰ MARTÍN FABÁ, José María, “*¿Existe un mecanismo de segunda oportunidad verdaderamente eficaz en España para consumidores insolventes?*”, Revista CESCO de Derecho de Consumo,

más relevante de la propuesta, y que determinará un giro de 180° en nuestra normativa, es la introducción del concepto de proporcionalidad, en relación con el pago mínimo de pasivo, de modo que ya no será posible la imposición de umbrales de pasivo inalcanzables⁶¹, que deriven en la imposibilidad de acceder al beneficio. No obstante lo anterior, debemos tener en consideración que la adecuada valoración de la proporcionalidad requiere el establecimiento de órganos que desarrollen un análisis individualizado de la situación económica y social del deudor.

Si bien la propuesta de directiva sienta unos principios básicos que redundarán en una mayor efectividad del mecanismo de segunda oportunidad, no es menos cierto que se trata de una regulación superficial e insuficiente si lo que se pretende es construir un marco común de insolvencia en Europa. La norma otorga un amplio margen de maniobra a los Estados miembros, permitiéndoles limitar o exceptuar muchas de sus previsiones con amparo en el interés general, si bien no se precisa qué debemos entender por tal. Tampoco favorece la homogeneización la ausencia de regulación de un concepto unívoco de buena fe del deudor, en la medida en la que se trata del presupuesto básico en el que se fundamenta el beneficio, lo cual dará lugar a legislaciones contradictorias.

En definitiva, en España y gran parte de los Estados comunitarios, se regulan mecanismos de segunda oportunidad, si bien ineficaces. Creo que la clave para entender la necesidad de establecer medidas realmente efectivas, es atender a la doble vertiente del beneficio. No debemos concebir estos mecanismos únicamente en su vertiente individual, como el beneficio que obtiene un concreto deudor, sino que también debemos considerar su vertiente colectiva.

Su existencia supone un beneficio para la sociedad en su conjunto, ya que si mejora la situación económica del deudor, éste aumentará su consumo, lo cual es sinónimo de mayor prosperidad económica. Asimismo también se derivan consecuencias positivas respecto al Estado. Un gran número de personas atrapadas en sus deudas se traduce en una mayor demanda de prestaciones de la Seguridad Social, y en consecuencia, mayor gasto público, careciendo por tanto de razón de ser el blindaje del crédito público.

⁶¹ En estos términos se pronuncia SENDRA ALBIÑANA, Álvaro, *“El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”*, pág. 273.

Bibliografía

- ALMARCHA JAIME, J., “*El nuevo régimen de segunda oportunidad para consumidores insolventes: ¿no hay plazo que no llegue ni deuda que no se pague*”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 16/2016.
- BASTANTE GRANELL, V., “*El deudor de buena fe en la Ley de Segunda Oportunidad*”, Comares, Granada, 2016.
- Banco Mundial, “*Draft Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*”, septiembre 2012.
- CARRASCO, A., “*El mecanismo de segunda oportunidad para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito*”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 13/2015.
- CUENA CASAS, M., “*Hacia un régimen de insolvencia personal europeo: en la UE se prepara una Ley de Segunda oportunidad*”, Blog Hay Derecho, 26 de abril de 2016, disponible online en: <https://bit.ly/2L9sjrB>.
- CUENA CASAS, M., “*Segunda oportunidad: ¿qué pasa si el deudor no puede intentar un acuerdo extrajudicial de pagos?*”, Blog Hay Derecho, 13 de junio de 2016, disponible online en: <https://bit.ly/2kzte9y>.
- CUENA CASAS, M., “*Todavía no hay segunda oportunidad para los empresarios que fracasan*”, Blog Hay Derecho, 25 de noviembre de 2015, disponible en: <https://bit.ly/2skDrLi>
- Comisión Europea, “*Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States relevant provisions and practices*”, enero 2016.
- DE LA MORENA SANZ, G., “*Segunda oportunidad y juzgados de primera instancia*”, Blog Hay Derecho, 25 de octubre de 2016, disponible online en: <https://bit.ly/2siDGXd>.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., y DÍAZ REVORIO, E., “*El concurso de acreedores de las persona física. Con especial atención a la mediación concursal y a la Ley de Segunda Oportunidad*”, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “*La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*”, Bosch, Barcelona, 2015.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M., “*La Segunda Oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia.*”, Lefebvre el derecho, Madrid, 2015.
- MARTÍN FABÁ, J.M., “*¿Existe un mecanismo de segunda oportunidad verdaderamente eficaz en España para consumidores insolventes?*”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº16/2016.
- SENDRA ALBIÑANA, A., “*El beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho*”, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- SENENT MARTÍNEZ, S., “*Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores* (Tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.
- Seminario Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., “*El régimen de Segunda Oportunidad del consumidor concursado*”, Civitas, Pamplona, 2016.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., “*Estudio de la remisión legal de la deuda en sede concursal*”, Estudios sobre el Futuro Código Mercantil, Madrid, 2015.

Resoluciones judiciales citadas

- Sentencia Juzgado de lo Mercantil de León de 14 de octubre de 2015 (JUR\2016\47759).
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Logroño de 25 de febrero de 2016 (JUR\2016\60193).
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, nº 227/2017 (SAP B 4046:2017).

- Auto Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, nº 217/2016 (Roj: AAP B 1356/2016).
- Auto Juzgado de Primera Instancia de Majadahonda de 20 de septiembre de 2016 (citada por DE LA MORENA SANZ)

Legislación

- Ley Concursal
- Ley 25/2015 de mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y otras Medidas de Orden Social.
- Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un Nuevo Enfoque frente a la Insolvencia y el Fracaso Empresarial.
- Propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre Marcos de Reestructuración Preventiva, Segunda Oportunidad y Medidas para Aumentar la Eficacia de los Procedimientos de Condonación, Insolvencia y Reestructuración.
- Proposición de Ley de Segunda Oportunidad, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.