

EL NUEVO RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA LA PERSONA FÍSICA INSOLVENTE*

MATILDE CUENA CASAS

Profesora Titular (acreditada como Catedrática) de Derecho Civil

Universidad Complutense

Editora del blog ¿Hay Derecho?

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2015

Fecha de aceptación: 8 de junio de 2015

RESUMEN: *La insolvencia de la persona física exigía una respuesta legal en el Derecho español que evitara la condena a la exclusión social del deudor tras la liquidación de su patrimonio. El impacto económico de la medida es extraordinario y se analiza en el presente trabajo el restrictivo nuevo régimen de segunda oportunidad instaurado en la Ley 25/2015 de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.*

ABSTRACT: *Spain needed an adequate legal response for natural person insolvency which avoids social exclusion of the debtor. The economic impact of this measure is extraordinary and this article analyzes the innovations introduced recently by July 28th 2015 act (Second chance for insolvent natural person, reduced financial burden and other measures of social order).*

PALABRAS CLAVE: *Insolvencia persona física, segunda oportunidad, exoneración del pasivo pendiente, concurso de acreedores.*

KEYWORDS: *Insolvency, fresh start, discharge, consumers, natural person, second chance.*

SUMARIO: *1. La necesidad de un régimen de segunda oportunidad eficaz.- 2. Líneas generales de la reforma introducida por la Ley 25/2015 de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de Carga Financiera y otras medidas de orden social de 28 de julio (procedente del RDL 1/2015 de 27 de febrero).- 3. Beneficiario del Régimen de Segunda Oportunidad: El deudor de buena fe: 3.1. La buena fe exigible al deudor que satisface un umbral de pasivo mínimo sin acogerse a un plan de pagos. 3.2. La buena fe exigible al deudor que se acoge a un plan de pagos. Deudas exonerables.- 4. La exoneración provisional del pasivo pendiente: 4.1. La posición de los codeudores solidarios y fiadores y avalistas. 4.2. Concursado casado en régimen de gananciales u otro de comunidad.- 5. La propuesta de plan de pagos.- 6. La revocación de la exoneración provisional.- 7. La exoneración definitiva del pasivo pendiente.- 8. Consideraciones finales.*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación I+D: “Préstamo responsable y ficheros de solvencia” (DER 2013-46315) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que soy investigadora principal.

1. LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD EFICAZ

Si algo ha puesto de manifiesto la severa crisis económica que hemos padecido es precisamente la insuficiencia de nuestra Ley Concursal. Pocas áreas del ordenamiento jurídico tienen tanto impacto económico como el Derecho Concursal¹, algo de lo que el legislador español parece haberse percatado con cierto retraso. De hecho, el pésimo tratamiento que se ha dado a la insolvencia de las personas naturales ha tenido también un impacto político evidente, pues este tema se ha erigido en estandarte de nuevos partidos políticos que pretenden terminar con el bipartidismo hasta ahora reinante en el panorama político español.

La condena a la exclusión social del deudor insolvente fruto de la actuación indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal contenido en el art. 1911 CC ha sido un obstáculo para lograr una recuperación económica *sólida*. Por virtud de tal principio, en caso de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor queda responsable de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares. Esta era la regla contenida en el art. 178 LC y que provocaba que la situación del deudor concursado concluido el concurso fuera la misma que al iniciar el mismo, pues sigue pesando sobre él todo su pasivo pendiente, sin posibilidad alguna de recuperación, seguía cuenta del prolongado plazo de prescripción de las acciones². De ahí la escasez de concursos de persona física en España en plena crisis económica³.

El impacto económico de este planteamiento legal era extraordinariamente relevante, sobre todo si se tiene en cuenta que el problema de España es un problema de *deuda privada*⁴. Y es que merece la pena resaltar que el incremento del déficit público que ahora se considera un problema de primera magnitud, tiene por base, entre otros factores, un

¹ Este aspecto ha sido poco tratado en España, a diferencia de otros países, como USA. Cfr. L.H. WHITE, *Bankruptcy as an economic intervention*, https://mises.org/journals/jls/1_4/1_4_2.pdf HAGAN, S, *Insolvency reform and economic policy*, 17 Conn. J. Int'l L. 63 (2001-2002).

² No obstante, tal plazo será reducido en breve. En la disposición final primera del Proyecto de Ley de reforma de la LEC actualmente en tramitación, se modifica el art. 1964 CC en relación al plazo de prescripción de las acciones personales, que pasa de 15 a 5 años. Así mismo, se modifica también el régimen de la interrupción extrajudicial contemplada en el art. 1973 CC. http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427341071?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_REFORMA_DE_LEC_WEB.PDF.PDF

³ Buena prueba de ello es la escasez del número de concursos de persona física, a diferencia de lo que ha sucedido en otros ordenamientos de nuestro entorno. Los datos de un año duro, como fue el 2013 son muy reveladores:

En España de un total de 9750 concursos, solo 999 lo fueron de persona física (231 con actividad empresarial y 768 sin actividad empresarial). Un 10%.

El contraste con otros ordenamientos es llamativo: En USA en el año 2013 de 1.107,99 insolvencias, 1.072.807 lo fueron de persona física (91%). <http://news.uscourts.gov/bankruptcy-filings-drop-12-percent-fiscal-year-2013>

En Alemania: de 151.200, 115.337 lo fueron de persona natural (76%); Francia: 223.012. <https://www.destatis.de/EN/FactsFigures/NationalEconomyEnvironment/EnterprisesCrafts/Insolvencies/Insolvencies.html>

En 2014, de 7.038 concursos, solo 849 lo fueron de persona física. <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t30/p219&file=inebase>

⁴ Cuando emerge la crisis, la deuda pública en España representaba el 35% del PIB. Casi la mitad que en Alemania que era del 50%. Lo que en 2007 presentaba cifras alarmantes era el nivel de deuda privada: del total de deuda externa, el 72% era deuda privada, y de ésta, por cierto, el 77% era deuda hipotecaria. <http://www.datosmacro.com/deuda/espana>

desmesurado sobreendeudamiento privado⁵ que no ha recibido una solución adecuada desde nuestra legislación concursal y buena prueba de ello han sido las numerosas reformas que la misma ha sufrido desde que se ha producido la crisis. Los altos niveles de deuda privada se han trasladado al sector público⁶ y de ahí que en la actualidad se haya disparado la deuda pública rozando 100% PIB⁷. La condena a la exclusión social del deudor persona física, le convierte en acreedor de recursos sociales, agravando el déficit público, además del negativo impacto se trata de la insolvencia de un empresario persona natural, la cual provoca a su vez pérdida de puestos de trabajo⁸.

El texto de la Ley Concursal (en adelante, LC) aprobado en 2003, se construyó con un enfoque claramente *pro creditoris*, donde la recuperación del deudor estaba en un segundo plano⁹. Así se explicitaba en la Exposición de Motivos de la LC recalcando la satisfacción de los intereses de los acreedores como finalidad esencial del concurso. Si bien a este objetivo debe seguir orientada la LC, es deseable reforzar la recuperación del deudor, dados los efectos positivos que puede tener para la economía general¹⁰. Un sistema concursal que no

⁵ JORDÀ, SCHULARICK y TAYLOR, *Sovereigns versus Banks: Credit, Crises, and Consequences?* http://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/sovbanksnber_wp_19506_1_-2.pdf: "La deuda pública es un epifenómeno que distrae del verdadero origen del problema que se encuentra en la deuda privada". p. 3.

⁶ En 2007, España tenía un superávit presupuestario de alrededor del 2% del PIB y la deuda pública se situó en el 40% del PIB. El nivel de deuda pública en España estaba muy por debajo de Alemania, Francia y los Estados Unidos. Pero en el último trimestre de 2013, la deuda pública de España había más que duplicado, alcanzando casi el 93,9% del PIB, ya que el sector público asume grandes pérdidas del sector bancario y los ingresos fiscales se han derrumbado (<http://www.datosmacro.com/deuda/espana>).

Las pérdidas del sector financiero fruto de un generoso e irresponsable mercado crediticio han sido absorbidas por el Estado que además ha tenido que gastar más en atender situaciones de exclusión social a la que se han visto abocados los deudores incapaces de pagar sus deudas. Las cifras evidencian esta idea. Por otro lado, el alto endeudamiento público financiado por la banca, deja estrecho margen para el acceso al crédito a iniciativas empresariales (*crowding-out*) que paliarían el nivel de desempleo, sumiendo al sistema en un peligroso bucle que justifica la debilidad de la recuperación (BRONER, F, ERCE, A, MARTIN, A, VENTURA, J, *Sovereign debt markets in turbulent times: creditor discrimination and crowding-out effects*. Documentos de trabajo nº 1.402. Banco de España. 2014)

⁷ <http://www.datosmacro.com/deuda/espana>

⁸ GÓMEZ-OLIVÉ I CASAS, "¿Quién controla el agujero de la deuda privada española?", *Revista de Economía Crítica*, nº 13, 2012, pp. 97 y ss: "El déficit y la deuda pública españolas son consecuencia y no causa de la crisis".

⁹ En este sentido, M. OLIVENCIA, "La satisfacción de los acreedores como fin esencial del concurso", en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, 2010, pp 31-47. "El modelo "satisfactorio" de los acreedores adoptado por nuestra LC no excluye, sino que ordena jerárquicamente, otras finalidades, instrumentales o secundarias, en el concurso. La satisfacción de los acreedores se persigue a través de una doble vía de soluciones: el convenio o la liquidación. La LC prioriza la primera; como prima la finalidad conservatoria sobre la liquidatoria en la política jurídica. Pero la conservación no es fin esencial ni absoluto sino sometido al de satisfacción de los acreedores".

"La satisfacción de los acreedores alcanza en el sistema concursal español un valor de interpretación teleológica como pauta del art. 3.1 C.c.: "Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". La finalidad de satisfacción de los acreedores es, pues, guía hermenéutica de todo el sistema concursal y de las normas que lo integran, cuyo sentido ha de orientarse en función de esa finalidad esencial. En ese plano interpretativo, ha de descifrarse también, a mi juicio, el concepto jurídico indeterminado del "interés del concurso", vinculado necesariamente a su finalidad esencial, la máxima satisfacción de los acreedores, por encima de otros intereses involucrados en el procedimiento. Es, en definitiva, un criterio ordenador de jerarquía de intereses. La finalidad conservativa pudiera, en casos concretos, ser de interés para los trabajadores, para proveedores y clientela, para la economía en general, pero perjudicial para los acreedores, y, en ese concreto conflicto, el interés del concurso ha de decidirse a favor de éstos".

¹⁰ En el documento "Nuevo informe europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo,

favorece la salida convencional de la crisis ni ofrece adecuados mecanismos concursales no estimula adecuadamente la declaración de concurso a tiempo y, mediatamente, aboca al deudor a la liquidación.

De hecho, las últimas reformas concursales han intentado mejorar este aspecto y favorecer la salida convencional de la crisis. Esta es la orientación de las novedades en materia de convenio concursal y acuerdos de refinanciación¹¹. La liquidación de empresas tiene efectos letales en las cifras del paro, por lo que un tratamiento adecuado de la insolvencia empresarial es esencial. A ello han ido dirigidos los esfuerzos del legislador que se ha concentrado en las últimas y numerosas reformas concursales en tratar de mejorar la regulación de la insolvencia de grandes empresas.

Pero si se me permite la expresión, la auténtica “patata caliente”¹² era el tratamiento de la insolvencia de la persona natural, preterida, maltratada por la LC en su redacción inicial¹³. Por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), el deudor respondía con todos sus bienes presentes y futuros, de manera que liquidado su patrimonio en el proceso concursal, éste no le aportaba ninguna solución porque el deudor seguía debiendo el pasivo pendiente y los acreedores podían iniciar ejecuciones singulares para cobrar sus créditos en el caso de que el deudor consiguiera remontar. Ello a diferencia de lo que acontecía en los ordenamientos que regulaban un régimen de segunda oportunidad (*fresh start* o también denominado *discharge*) en los que tal pasivo quedaría condonado y el deudor podría “volver a empezar” una nueva actividad, generando puestos de trabajo y dejando de consumir recursos sociales. Esto no lo necesita una persona jurídica, que tras la liquidación concursal o la constatación de la insuficiencia de bienes para satisfacer las deudas se extingue y desaparece como sujeto de derecho, y por lo tanto, restando insatisfecho el pasivo que quedara pendiente. Ello es así salvo que tras la declaración judicial de extinción y la cancelación registral de la persona jurídica, aparezcan bienes o derechos de la citada persona jurídica cancelada, en cuyo caso se producirá la reapertura del concurso, con el fin de liquidar los bienes y derechos sobrevenidos y seguir pagando las deudas que quedaron insatisfechas en el concurso previamente.

Estrasburgo, 12.12.2012. COM(2012) 742 final, se pone de relieve la importancia de la regulación en materia de insolvencia para la generación de crecimiento económico: “una de las acciones fundamentales para mejorar el funcionamiento del mercado interior es la modernización de la normativa de la Unión en materia de insolvencia a fin de facilitar la supervivencia de las empresas y ofrecer una segunda oportunidad a los emprendedores” (...) “Conceder a los emprendedores una segunda oportunidad para que vuelvan a poner en marcha negocios viables y salvaguardar el empleo son elementos clave del nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. Este enfoque aspira a dar un impulso sólido a las empresas europeas en el mercado interior”. Existe plena consciencia a nivel europeo de la relevancia de la normativa concursal para la recuperación económica, sugiriéndose un impulso a la unificación legislativa europea en este terreno.

¹¹ Ley 17/2014, de 30 de septiembre por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial cuya finalidad ha sido la flexibilización de los acuerdos concursales con el objetivo de evitar la liquidación y cierre empresarial. Por su parte, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal también favorece la continuidad empresarial favoreciendo la salida convencional de la crisis con cambios en materia de convenio concursal. Las dos reformas tienden a recuperar al deudor evitando el cierre empresarial y el aumento del desempleo, nada deseable máxime en el contexto político actual con varias consultas electorales.

¹² Término que emplean BLOCK-LIEB, S y HALLIDAY T., “The Microeconomics and Macropolitics of Systemic Financial Crisis: Bankruptcy as a Point of Reference” (2014). Forthcoming in SOVEREIGN INSOLVENCY: POSSIBLE LEGAL SOLUTIONS (Jasna Garasic and Nadia Bodiroga-Vukobrat, eds SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2538584>

¹³ Cfr. M. CUENA CASAS, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n° 7, 2009, pp. 91-112, donde expongo la discriminación negativa que padece la persona física en la LC en relación con el deudor persona jurídica.

Y es, como he dicho, que una de las causas de esta crisis financiera ha sido precisamente el alto endeudamiento de particulares. Como ha señalado el Banco Mundial en un extraordinario informe¹⁴ “la crisis financiera mundial de 2008 ha mostrado, por primera vez las conexiones entre el endeudamiento personal y una crisis sistémica: el origen de la crisis financiera en las prácticas de préstamos de alto riesgo en el mercado de EE.UU demostraron una clara vinculación entre la expansión del crédito ilimitado a empresas y particulares y la estabilidad financiera macroeconómica. La mayoría de los estudios realizados sobre la crisis financiera mundial han coincidido en la conclusión de que el endeudamiento de las personas naturales y la falta de mecanismos adecuados para tratar con él pueden tener graves repercusiones sociales y económicas”. Como se señala en dicho informe, es necesario modernizar las leyes e instituciones nacionales para que puedan hacer frente con eficacia y eficiencia a los riesgos de endeudamiento de los particulares.

España presentaba un retraso normativo intolerable y desde instancias internacionales¹⁵ se le reclamaba una modificación legal que instaurara el régimen de segunda oportunidad, de forma que el deudor de buena fe pudiera ver condonado el pasivo pendiente para evitar su exclusión social.

Y es que, efectivamente, no tener un régimen de segunda oportunidad estaba teniendo en España un impacto económico brutal.

En primer lugar, el sistema vigente en España supone un *estímulo negativo a la iniciativa empresarial*. La persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa¹⁶. El 51’82% de los empresarios son persona física. El fracaso empresarial en España está penalizado porque al margen de la causa que ha provocado el mismo, el deudor es condenado a la exclusión social porque el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), le impide reiniciar con eficacia una nueva actividad empresarial pues arrastra todo el pasivo pendiente.

Por lo demás, este efecto negativo no tiene lugar solo para la persona física como empresaria individual, ya que incluso aunque el sujeto actúe a través de una sociedad, se produce lo que se ha denominado “*responsabilidad limitada imperfecta*”: en esas empresas la separación de los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta¹⁷. Efectivamente, detrás de una PYME hay un patrimonio personal que se está arriesgando para el futuro, pues pocas entidades financieras conceden crédito sin un aval prestado por persona física. El resultado es que el nivel de iniciativa empresarial en España es bajo

¹⁴ Banco Mundial, “Informe sobre insolvencia de la persona natural” http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf “Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo nº 31, enero-abril 2014, pp. 197 y ss.

¹⁵ Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80463 Informe del FMI de 20 de julio de 2014 (pág. 42) alude a la necesidad de establecer un régimen de segunda oportunidad para empresarios y también lo recomienda para consumidores (nota 10) <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf> En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” (Dictamen exploratorio) de 29 de abril de 2014 se postula el régimen de segunda oportunidad para paliar el sobreendeudamiento de los consumidores (apartado 5.1) <http://www.bizkaia.net/fitxategiak/05/ogasuna/europa/pdf/documentos/14-C311-06.pdf> UNCITRAL, “Legislative guide on Insolvency law”, 2005 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf

¹⁶ http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2013.pdf

¹⁷ F. GOMEZ POMAR y M. CELENTANI, “Tarea urgente: el concurso personal”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº2 2012, p. 4 <http://www.indret.com/es/?ed=52> (consultado el 21 de octubre de 2013).

si se compara con los países de nuestro entorno¹⁸ y, tal y como se evidencia en el último Eurobarómetro de la Comisión Europea¹⁹. Según este documento, preguntados los ciudadanos de la UE acerca de cuáles son sus temores ante la decisión de iniciar una actividad económica por cuenta propia, el 55% de los encuestados españoles respondieron el riesgo a la pérdida de la vivienda, el 50%, el riesgo de insolvencia. Esta *ratio* es la más alta de los países encuestados, lo que pone de relieve que en España tiene mucho peso en contra de la decisión de emprender la ausencia de una segunda oportunidad para el deudor insolvente y la falta de mecanismos de protección de la vivienda habitual.

Cuando no existe un régimen de segunda oportunidad, los acreedores no tienen ningún estímulo a negociar pues queda aparentemente abierta la puerta a la agresión de los bienes futuros. Con un régimen de segunda oportunidad, se estimula el acuerdo incluso fuera del proceso concursal *porque el acreedor tiene “algo que perder”* si se procede a la liquidación del patrimonio del deudor de buena fe en el proceso concursal. En España el 97% de los concursos concluyen en liquidación. Dado que el concurso no brinda ninguna posibilidad de recuperación del deudor, la declaración es tardía²⁰ y la posibilidad de convenio se reduce.

De ahí la conveniencia del establecimiento de un régimen de liberación de deudas debe ir acompañado de un sistema que favorezca la salida extrajudicial de la crisis como puede ser una mediación previa que evite el colapso judicial por el “efecto llamada” que una medida de esta naturaleza generaría. Por ello el RDL 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social correctamente a mi juicio, no se limita a la introducción del régimen de segunda oportunidad, sino también modifica el régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos.

Un sistema que no pone límites a la ejecución favorece la economía sumergida: el deudor que tiene la “espada de Damocles” de una ejecución singular tras el concurso por razón de responder de sus obligaciones con sus bienes “futuros”, reiniciará actividad económica a través de testaferros, tendrá poco incentivo para encontrar empleo y todo ello tiene un impacto negativo obvio en los ingresos del Estado. Hasta la fecha, el sistema estimulaba la rehabilitación del deudor “al margen de la ley”, lo cual suponía indirectamente un *incentivo a la economía sumergida*.

Este problema es particularmente grave en España. El nivel de la economía sumergida en España sistemáticamente se viene situando muy por encima de los de Francia, Reino Unido, Austria o Alemania y que solamente Italia, entre los países grandes europeos, tiene un nivel superior y se sitúa en torno al 20 % del PIB²¹. Por lo tanto, abordar eficazmente la insolvencia personal tiene impacto en la reducción del déficit público impuesta por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE.

¹⁸ En España los datos sobre el TEA (*Total Entrepreneurial Activity*), que es el porcentaje de personas de la población de 18 a 64 años de un país que se encuentra bien montando una empresa o dirigiendo una que no lleve más de 42 meses de actividad, son reveladores y han experimentado una disminución del 2% en los dos últimos años. Cfr. *Global Entrepreneurship Monitor (GEM2012)* para una comparativa con el resto de países de nuestro entorno. <http://www.gemconsortium.org/> (Consultado el 21 de octubre de 2013)

¹⁹ Flash Eurobarometer nº 354, *Entrepreneurship in the EU and beyond*, Agosto 2012, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_354_en.pdf (consultado el 21 de octubre de 2013)

²⁰ Este aspecto ha sido resaltado por el FMI en su informe sobre España en julio de 2014 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf>

²¹ Cfr. A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ y R. MARTÍNEZ PARDO, “La economía sumergida en España”, *Fundación de Estudios Financieros*, 2013. http://www.febf.org/DOCUMENTO_DE_TRABAJO_4_2as.pdf

Otro efecto colateral sumamente relevante de la regulación adecuada de la insolvencia de la persona física es que *estimula la concesión responsable de crédito*, cuya ausencia es precisamente la causa de esta crisis financiera. La instauración de la exoneración del pasivo pendiente tiene pues un efecto colateral en la prevención del sobreendeudamiento privado. Este aspecto ha sido resaltado por el Banco Mundial en el informe citado, al señalar que “los acreedores que saben que sus deudores tiene acceso a una “salida de emergencia” tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito²².”

La excesiva tutela del acreedor que caracterizaba la legislación concursal española le impulsa a conceder crédito sin las cautelas adecuadas porque no tiene límites en la ejecución. Este error de base es el que nos ha conducido a la crisis actual.

En suma, *condenar al deudor a la exclusión social tras la liquidación de su patrimonio cuando se declara insolvente desincentiva la toma de riesgos, el consumo y la inversión*. Ello tiene además un impacto negativo en el desempleo que alcanza en España tasas inasumibles y que ralentizan el crecimiento económico.

Como se puede apreciar, el impacto económico del régimen de segunda oportunidad es tremendo, de ahí que desde 1898 en USA²³ forme parte de la esencia del concurso personal la figura del *fresh start* o *discharge*²⁴ por virtud del cual y siempre que se reúnan determinados requisitos, particularmente la buena fe del deudor (honesto pero desafortunado), liquidado su patrimonio, quede exonerado de las deudas pendientes pudiendo “volver a empezar” y reintegrarse en la sociedad. El sistema es fruto de la denominada “democratización del crédito” estimulado como motor del crecimiento económico. El fomento del consumo conlleva como consecuencia inevitable el sobreendeudamiento²⁵, el cual requiere de un mecanismo paliativo en caso de insolvencia del particular. Lo que no es coherente es compartir el estímulo al crédito propio USA y GB y no tomar de los mismos los instrumentos paliativos. Eso es lo que ha sucedido en España: copiamos la causa del problema y no el remedio. Aunque la cobertura que brinda el Estado social en nuestro país es más amplia, no es solución. La subvención del ciudadano es antieconómica debiendo existir un estímulo a la productividad. La exclusión social no se evita con la cobertura que pueda proporcionar el Estado en determinadas áreas (por ejemplo, la sanitaria), que siempre es transitoria, amén de favorecer el incremento del gasto público.

En España esta medida se ha ralentizado por el temor al impacto que pudiera tener en las cuentas de resultados de las entidades financieras, a que se alterara la cultura de pago y a que se produjera un colapso judicial.

No hay riesgo de *moral hazard*, ni se altera la cultura de pago, siempre que se regule correctamente. No todo deudor que se declare en concurso por ser insolvente se puede acoger a esta medida. El beneficiario es el *deudor de buena fe*, aquél que, previo examen de

²² Informe del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, ADCo n° 31, p. 240.

²³ Cfr. M. CUENA CASAS, “Fresh start y mercado crediticio”, *InDret* 2011, http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf

²⁴ Este es el fundamento del régimen de segunda oportunidad para el deudor persona física en USA: Que el deudor honesto y desafortunado tenga estímulos a nuevos esfuerzos que no se vean obstaculizados por la presión de la deuda preexistente *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934).

²⁵ I. RAMSAY, “Between Neo-Liberalism and the Social Market: Approaches to Debt Adjustment and Consumer Insolvency in the EU”, *Consumer Bankruptcy in Europe. Different Paths for debtors and creditors*, Robert Anderson, Hans Dubois, Anne Koark, Götz Lechner, Iain Ramsay, Thomas Roethe and Hans-W. Micklitz (Ed.) 2011, p. 5 http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18255/2011_09.pdf?sequence=1

sus circunstancias, tiene una *incapacidad de pago no culpable* siendo necesarios adecuados *mecanismos de control y límites a la condonación de deudas*, que ya existen en los países de nuestro entorno. El temor al colapso judicial se atempera con una regulación adecuada de un procedimiento extrajudicial eficaz.

Respecto a su impacto en las cuentas de resultados de las entidades financieras, como ha señalado el Banco Mundial, con este temor puede ignorarse una realidad difícil de asumir: que no es justo la exoneración lo que destruye el valor, sino que es el hecho de la insolvencia material de los deudores de los préstamos lo que ya ha destruido su valor. Sostener artificialmente a un sector financiero, favoreciendo una opacidad contable, puede simplemente retrasar lo inevitable. Esto es lo que ha sucedido en España: hemos sostenido artificialmente a un sistema financiero que ha sido rescatado y el precio lo han pagado las personas físicas insolventes, lo que ha provocado a su vez un radicalismo político y social que puede poner en riesgo todo el sistema.

Y precisamente este radicalismo es el que ha empujado al legislador a afrontar por fin el tratamiento jurídico del régimen de segunda oportunidad. El “intento” consumado en la introducción de la figura por la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización de 27 de septiembre de 2013²⁶, fue un auténtico “brindis al sol”: eran tan exigentes los requisitos para obtener la exoneración de deudas que pocos deudores se han beneficiado de ella.

Por ello las expectativas puestas en esta reforma concursal eran extraordinarias y su impacto económico y político también. El resultado, como explicaré a continuación, es desalentador. Sin duda se ha avanzado porque era difícil no hacerlo puesto que la situación de partida era lamentable. Pero la regulación es deficiente desde el punto de vista técnico y muy restrictiva lo que evidencia el extraordinario poder que tiene el lobby bancario en este país. Y ello a pesar de que el Gobierno ha tenido a la vista dos propuestas llevadas a cabo por expertos. Ha ignorado mejoras razonables y deja voluntariamente en la oscuridad aspectos clave. Parece que se “legisla mal a propósito”²⁷. Esta reforma “se vendió” como un avance en el debate sobre el Estado de la Nación con una clara finalidad electoral. El Gobierno debe rescatar al ciudadano y si no lo hace todo el sistema está en riesgo. El RDL 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad reforma la LC introduciendo dicho régimen en el nuevo art. 178 bis. Dicho texto se ha tramitado como proyecto de ley por lo que el régimen vigente se contiene en la Ley 25/2015 de 28 de julio (en adelante LSOp).

2. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR PROYECTO DE LEY DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL (PROCEDENTE DEL RDL 1/2015 DE 27 DE FEBRERO).

Merece un juicio sin duda positivo el que el nuevo art. 178 bis LC que regula la exoneración del pasivo pendiente sea aplicable a toda persona natural sin que se distinga entre empresario y consumidor cuando se llega al momento procesal en el que se aplica el régimen de segunda oportunidad (en adelante SOP). Si bien inicialmente la intención del Gobierno era re-

²⁶ Cfr M. CUENA CASAS, “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*”, *ADCo* n° 31, 2014, pp. 123 y ss

²⁷ A. DELGADO TRUYOLS y F. GOMÁ LANZÓN, “¿Se legisla mal a propósito?” <http://hayderecho.com/wp-admin/post.php?post=12403&action=edit>

gular la situación de los autónomos²⁸, finalmente todo deudor persona natural, sea empresario o consumidor, se puede beneficiar del régimen. La severidad del principio de responsabilidad patrimonial universal se produce solo respecto de las personas físicas²⁹ y es preciso recuperar al sujeto como consumidor potencial evitando su exclusión social, lo cual tiene impacto en el gasto público y mediatamente en la insolvencia empresarial que requiere de consumo activo. De hecho, la caída del consumo privado es una de las causas del cierre empresarial. A mi juicio, *no se puede afrontar de manera efectiva la insolvencia empresarial sin tratar en paralelo la insolvencia del consumidor*³⁰. Exonerar sólo al empresario trae como dificultad añadida la disociación dentro del pasivo del deudor de las deudas que proceden de su actividad empresarial y si todas le pueden ser condonadas, entonces la discriminación negativa al consumidor sí es, a mi juicio, insostenible³¹. Como ha señalado el Banco Mundial, “a menudo es muy difícil trazar una distinción significativa entre los deudores que son “consumidores puros” y los deudores que son empresarios o “no empresarios”. La transformación del mercado laboral durante las últimas décadas ha convertido a muchos proveedores de servicios de baja calificación, que eran trabajadores, en proveedores de servicios autónomos”³².

Se introducen cambios en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss) siendo destacable el que ahora se permita el acceso al mismo a los consumidores, dado que antes de la reforma sólo podían acudir a él los empresarios. Como he dicho, todo régimen de segunda oportunidad debe ir acompañado de un eficaz mecanismo extrajudicial de salida de la crisis de manera que la SOP estimule el acuerdo y evite el temido colapso judicial. El enfoque es adecuado, y a salvo de lo que posteriormente señalaré, en principio, para obtener la exoneración de deudas es necesario que el deudor haya intentado un acuerdo extrajudicial (art. 178 bis.3.3º LC).

En el trámite para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante, AEP), se diseñan especialidades de régimen para el caso de deudor no empresario de forma que los notarios puedan conducir las negociaciones quienes pueden, designar, si lo estima conveniente y lo solicita el deudor, un mediador concursal (art. 242 bis LC). La LSOP ha modificado este precepto permitiendo que el deudor le solicite al notario el nombramiento de mediador concursal.

Iniciado el expediente para lograr un AEP se produce una suspensión de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual por plazo máximo de tres meses (art. 235.2.a LC) si el deudor es empresario y por dos meses si el deudor es consumidor (art. 242.1.8º LC). Si no se logra el acuerdo, el notario instará el concurso del deudor que se abrirá directamente en fase de liquidación (art. 242.1.10º LC). Si el deudor es empresario, lo hará el mediador concursal y será posible presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 242.2.1º LC).

²⁸ M. CUENA CASAS, “Una segunda oportunidad ¿sólo para empresarios?” <http://hayderecho.com/2015/01/14/una-segunda-oportunidad-solo-para-empresarios/>

²⁹ Para J.M. DE LA CUESTA RUTE, “Persona física y consumidor”, en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por M. CUENA CASAS y J.L. COLINO MEDIAYVILLA, Cizur Menor, 2009, p. 115,

³⁰ Me refiero a la noción de consumidor como persona física que actúa en el ámbito ajeno de su actividad empresarial o profesional. No parto del concepto acogido en el art. 3 TRLCU de 2007 (reformado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo) que considera también consumidor a la persona jurídica y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

³¹ Trato de esta cuestión y su incidencia en el Derecho Italiano, en mi trabajo “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 2012, pp. 97 y ss

³² Banco Mundial en su “Informe sobre el Tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”, ADCo nº 31, p. 223,

La exoneración de deudas debe solicitarla el deudor tras la conclusión del concurso por liquidación del activo o por insuficiencia de masa (art. 178 bis.1 LC) y siempre que lo solicite el deudor dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el art. 152.3 LC relativo al plazo de rendición de cuentas (art. 178 bis.2 LC). Cuando el concurso concluye por insuficiencia de masa activa, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en el plazo de audiencia concedido a las partes tras la conclusión (art. 176 bis.3 LC).

Obsérvese, pues, que no se puede producir la exoneración de deudas sin la previa liquidación del patrimonio, la cual debe producirse también en los casos de insuficiencia de masa activa tras la nueva redacción que ha recibido el art. 176 bis LC. Ello afecta también a las ejecuciones hipotecarias, dado que el acreedor pierde su derecho de ejecución separada una vez abierta la fase de liquidación (art. 57.3 LC). Por lo tanto, no se puede plantear el hecho de que se pueda exonerar la deuda con garantía real, sencillamente porque ésta se tiene que haber ejecutado. Cosa distinta es el remanente de deuda que eventualmente pueda quedar pendiente tras la ejecución, la cual podrá ser exonerada, tal y como trataré posteriormente (art. 178 bis.5.2º LC).

Sin embargo, este extremo no parece estar claro. En el auto del Juzgado mercantil nº 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 se concedió una exoneración del pasivo pendiente (con arreglo al régimen que estaba vigente antes de la aprobación del RDL 1/2015) sin haberse ejecutado la hipoteca, lo cual se publicó en los medios como una buena noticia³³. Pues bien, entiendo que esto no se puede hacer con arreglo a la ley vigente (ni tampoco según el texto anterior a la reforma) pues la exoneración de deudas exige la liquidación del patrimonio. Aunque la falta de ejecución de la hipoteca pueda parecer beneficiosa para el deudor, en realidad no lo es y se trata de una estrategia de las entidades financieras para escapar³⁴ del régimen de SOP.

Efectivamente, en caso de ejecución, el pasivo pendiente podría verse afectado por la exoneración de deudas. Si no se ejecuta la hipoteca en el proceso concursal, el acreedor puede ejecutar la hipoteca y el deudor seguir debiendo el pasivo pendiente, aplicándose en su caso la norma contenida en el art. 579 LEC, que es menos beneficiosa para el deudor. Por lo tanto, no ejecutar la hipoteca y aplicar la exoneración de deudas al resto de los acreedores no sólo es ilegal, sino que además perjudica al deudor. Si la entidad quiere llegar a un acuerdo con el deudor, puede hacerlo en la fase del AEP, y si tal acuerdo se logra, se evitará el concurso consecutivo y ningún acreedor podrá verse afectado por la exoneración de deudas. Hacer lo contrario, logrando un acuerdo en fase de liquidación supone una discriminación injustificada de los acreedores que carece de amparo legal, pues unos se verán afectados por la exoneración y otros no.

Hay que destacar que el régimen adoptado es un tanto particular y se aleja de los modelos adoptados en los modernos sistemas de insolvencia. La exoneración del pasivo pendiente es siempre provisional y sólo tras el transcurso de 5 años puede devenir definitiva siempre que se logre abonar un umbral de pasivo mínimo. Hasta la reforma operada por el RDL 1/2015, tal pasivo mínimo debía ser satisfecho por el deudor en el momento de la conclusión del concurso. Ese sistema se mantiene, como veremos, si bien se añade la posibilidad de que el deudor satisfaga las deudas no exonerables en un plazo de 5 años tras el cumplimiento

³³ <http://www.lavanguardia.com/economia/20150511/54431160334/jueces-facilitaran-hipotecados-piso.html#VVCVo2PY0qg.twitter>

³⁴ M. CUENA CASAS, "La banca ya sabe cómo escapar del régimen de segunda oportunidad" <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/>

de un plan de pagos. Se obvia la recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 que sugiere que la exoneración definitiva se logre en un plazo no superior a tres años.

Obsérvese que, como se ha señalado, previamente se ha liquidado el patrimonio del deudor, por lo que malamente puede comprometerse al cumplimiento de un plan de pagos. El planteamiento es absurdo y pretende parecerse al *modelo de responsabilidad o también denominado de rehabilitación* presente en Alemania, Austria, Portugal. En estos sistemas, se trata de lograr la exoneración tras el cumplimiento de un periodo de buena conducta, tras infructuosos intentos de acuerdo. Se concede provisionalmente el beneficio de la exoneración y tras el periodo de buena conducta se logra la exoneración definitiva del pasivo que no haya podido abonar el deudor tras la entrega a un fiduciario sus ingresos embargables estableciéndose un umbral de inembargabilidad específico. Pero obsérvese que no se establece un umbral de pasivo mínimo, sino que durante un periodo de tiempo (3 o 5 años) el deudor debe intentar pagar sus deudas y las que no logre satisfacer quedan exoneradas, con la excepción de algunas que en ningún caso se exoneran y respecto de las cuales los acreedores pueden iniciar ejecuciones singulares transcurrido el periodo legal. Sólo en Austria se exige pagar un mínimo (gastos del procedimiento y el 10% de los créditos) y de ahí que se haya dicho que este sistema deja fuera a los denominados NINA (*no income no assets*) que no pueden hacer frente al plan de pagos. Se ha demostrado que el 80% de los deudores sujetos al plan de pagos no pueden hacer frente más que al 10% de los créditos, razón por la que se arguye que este sistema es poco eficiente³⁵. El legislador español no ha tenido a la vista la experiencia internacional y ha adoptado un sistema más exigente, restrictivo e ineficiente, salvo como señalaré a continuación, generosa interpretación judicial, dada la redacción del art. 178 bis. 8 LC. En la mayoría de los países se concede la exoneración de los créditos exonerables y se mantienen vivas las acciones de los acreedores para reclamar los créditos no exonerables. En España no: para obtener la exoneración hay que conseguir pagar el pasivo no exonerable. Esto priva de eficacia al sistema.

Durante los cinco años, el beneficio de la exoneración de deudas puede ser revocado a instancias cualquier acreedor si se dan alguna de las circunstancias previstas en art. 178 bis.7 LC, a las que posteriormente me referiré.

3. BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN: EL DEUDOR DE BUENA FE.

Dada la excepción a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal que la exoneración de deudas supone, es imprescindible ser exigente con la conducta del deudor merecedor de tal medida. En este punto, el legislador español falla estrepitosamente porque permite la entrada de deudores oportunistas. Y además no mantiene un concepto unívoco de buena fe, dado que los requisitos de conducta varían en función de que el deudor se acoja o no a un plan de pagos, es decir, en función de su liquidez, lo cual es ridículo y carece a mi juicio de justificación. La exigencia de una conducta impecable en el deudor debe ser la misma tanto para el deudor que se acoge a un plan de pagos como el que no lo hace.

En otros ordenamientos se trata de proteger al deudor que deviene insolvente por circunstancias que no puede controlar (sobreendeudamiento pasivo) y por ello se ha considerado oportuno, para facilitar la complicada tarea de apreciación de la conducta honesta o des-

³⁵ JAN-OCKO HEUER, “Social inclusión and exclusión in European Consumer Bankruptcy Systems”, *cit.*, p.14.

honesto del deudor (con los costes aparejados) elaborar listados de conductas reprochables del deudor (esto es, en qué casos no merece la calificación de deudor de buena fe)³⁶ más que atender a las razones de la propia insolvencia que serán típicamente causas imprevisibles o previsibles pero inevitables, tales como la enfermedad, la incapacidad, las crisis matrimoniales o el desempleo³⁷.

Un ejemplo de este planteamiento es lo que acontece en la regulación sobre insolvencia de consumidores aprobada en Italia³⁸ que regula la exoneración de deudas (*esdebitazione*) la cual resulta excluida, entre otros supuestos “cuando el sobreendeudamiento del deudor es imputable a un recurso culposo al crédito y desproporcionado respecto de su capacidad patrimonial”, circunstancia que será valorada por el juez. Esta discrecionalidad judicial está presente en el Derecho francés que exige expresamente la buena fe del deudor, la cual no es definida en el Código de Consumo al regular el procedimiento para atender el sobreendeudamiento de los particulares (L-333-1), si bien la jurisprudencia ha acotado su concepto sobre la base de la distinción entre buena fe contractual y buena fe procesal. Buena fe contractual se aprecia con relación al comportamiento del deudor con sus acreedores, si se trató de respetar cada compromiso contractual que dio lugar a una situación de sobreendeudamiento³⁹ La buena fe procesal se evalúa en relación con la conducta del deudor en el inicio y durante el proceso concursal⁴⁰. Para valorar la buena fe, se tienen en cuenta las circunstancias que motivaron el nacimiento de la deuda: si tenía conocimiento de que la deuda era excesiva, si no tenía capacidad ni voluntad de hacer frente a ella⁴¹ el carácter suntuario o necesario de la deuda⁴², el nivel social-profesional del deudor y las circunstancias personales que le llevaron al sobreendeudamiento⁴³. El simple sobreendeudamiento masivo no es suficiente para calificar la mala fe.

Este sistema es más justo pero probablemente generaría más trabajo a los jueces. De nuevo, la comodidad sacrifica la justicia y se reconduce la valoración de la conducta del deudor a los parámetros del concurso culpable sin que pueda el juez valorar conductas que sin ser resultado del dolo o culpa grave, justificarían la denegación de la exoneración.

Nada de esto sucede en el Derecho español que mantiene un concepto normativo de la buena fe sin dejar margen de maniobra al juez para valorar la conducta del deudor fuera de los estrechos márgenes del concurso culpable. Se denomina “buena fe” a lo que son requisitos de acceso a la exoneración, sin que la conducta del deudor pueda valorarse. Y por supuesto, en este ámbito la buena fe no se presume.

Hay unos requisitos comunes que debe cumplir *todo deudor* y que se contemplan en el art. 178 bis.3, 1º, 2º y 3º LC exigiéndose que el concurso no haya sido declarado culpable ni

³⁶ En USA, por ejemplo, cumple esta función la enumeración de un elenco de deudas no exonerables, como por ejemplo, obligaciones de indemnización por lesionar intencionadamente a otra persona, daños causados por conducción de vehículos de motor siempre que se demuestre que los causó por estar bajo sustancias tóxicas (§ 523 (A) USCode)

³⁷ J.R. GARCÍA VICENTE, “¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes”, *ADco*, núm. 20, 2010, p. 24.

³⁸ Art. 14-terdecies Ley de 27 de enero de 2012 n.3 modificada Decreto legislativo de 18 de octubre de 2012 n. 179, convertido en Ley de 17 de diciembre de 2012 n. 221 que introduce un procedimiento para la *Composizione della crisi da sovraindebitamento*.

³⁹ Cass. segunda civ., 22 de marzo de 2007.

⁴⁰ Cass segunda civ., 7 de junio de 2007

⁴¹ Cass. 2e civ., 7 juin 2006; Cass. 2e civ., 22 mars 2007; Cass. 2e civ., 20 janv. 2011; Cass. 2e civ., 17 févr. 2011.

⁴² *CA Paris, 29 nov. 1990; CA Nancy, 23 févr. 1998; CA Angers, 5 févr. 2008*

⁴³ *CA Paris, 13 janv. 2009*

el deudor haya sido condenado en sentencia firme por los delitos contra el patrimonio, orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores dentro de los 10 años anteriores a la declaración de concurso.

Se ha introducido una novedad que merece una valoración positiva y es que si al concluir el concurso existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme (art. 178 bis.3.3º LC) y ello porque el juez penal no se ve vinculado por la calificación del concurso (art. 163.2 LC). Se evita así que pueda decretarse la exoneración cuando todavía no hay condena penal, interpretación que había sido mantenida por jueces mercantiles⁴⁴.

Se insiste en un planteamiento, a mi juicio, erróneo y es considerar de buena fe a quien no es un delincuente. Si el concurso es fortuito y no se han cometido ilícitos penales, ello significa que el deudor no debe ser “sancionado” con las consecuencias que se derivan del concurso culpable o de las sanciones penales. Pero cuando se habla de segunda oportunidad, la perspectiva debe ser otra: qué deudor “merece” que le perdonen las deudas y esa es la perspectiva adoptada en otros ordenamientos que olvidan la clasificación que el crédito tenía en el concurso. El medidor de la conducta del deudor debe ser otro y más exigente. Así en otros ordenamientos, que siguen el “sistema de merecimiento”, se concede cierto margen al Juez quien evalúa la conducta del deudor con base en determinados criterios objetivos, como por ejemplo, la información patrimonial suministrada al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial; el carácter suntuario o necesario de los bienes adquiridos en los 8 años anteriores a la declaración de concurso; el nivel social-profesional del deudor; las circunstancias personales del sobreendeudamiento o si la situación de insolvencia se ha producido por circunstancias previsibles y evitables.

Hay que ser riguroso con la conducta del deudor para que se le puedan perdonar las deudas tal y como sucede en ordenamientos avanzados en los que se exige que el endeudamiento no sea irresponsable o no provenga de causas previsibles y evitables. Este sistema es más justo pero probablemente generaría más trabajo a los jueces. De nuevo, la comodidad sacrifica la justicia.

La LSOp ha sido todavía más generosa en este punto pues no se considera de mala fe y puede, no obstante, recibir la exoneración del pasivo pendiente, el deudor cuyo concurso se ha declarado culpable por haber incumplido el deber de solicitarlo. Se añade un inciso al art. 178 bis.3.1º: “no obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del art. 165.1.1º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave en el deudor”. La nueva redacción es fruto de una enmienda (nº 45)⁴⁵ presentada por el Grupo Parlamentario catalán (CIU). Parece que se considera que el retraso en la declaración de concurso es un fallo “leve”. Muy al contrario, considero que la regulación del régimen de SOp tiene que ser un estímulo al buen compor-

⁴⁴ Así se hizo constar en las Conclusiones de la reunión de los magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a los Emprendedores sobre cuestiones concursales <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf> ¿Qué ocurrirá si al momento de decidir sobre la exoneración del pasivo, se está instruyendo o juzgado al deudor concursado por uno de esos delitos? La mayoría de los firmantes señaló que “se trata de una norma impeditiva de la obtención de un beneficio, por lo que su interpretación debe ser restrictiva, y dado que el art. 178.2 LC exige la condena, dicha situación no puede ser impedimento para la concesión de la exoneración”. Con el texto vigente esta interpretación ya no se puede mantener.

⁴⁵ http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-137-2.PDF#page=1 También esta modificación fue propuesta por Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural (enmienda nº 37).

tamiento del deudor. Declararse tarde en concurso puede hacer inviable el AEP y que el concurso se vea abocado a la liquidación y al perjuicio de los intereses de los acreedores. La enmienda me parece poco afortunada e injustificada y redundante en un fallo grave de la ley: es muy generosa con la conducta del deudor merecedor de la exoneración.

El tercer requisito común es que el deudor haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el cual hay que entenderlo referido al deudor que *pueda* hacerlo por reunir los requisitos del art. 231 LC, de forma que si, por ejemplo, el deudor tiene un pasivo superior a 5 millones de euros, no tendrá que intentar el acuerdo, pero podrá llegar a la exoneración del pasivo pendiente tras la liquidación de su patrimonio sin necesidad de que concurra tal requisito. Con todo, la técnica es lamentable porque se establece este requisito general para inmediatamente excepcionarlo en el art. 178 bis.3. 4º LC. Cualquier deudor puede no intentar un acuerdo extrajudicial y beneficiarse del régimen dispuesto en el inciso 1º del art. 178 bis.3.4º siempre que logre abonar las deudas no exonerables que serán los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

Me parece razonable exigir este requisito. Un régimen de SOP (bien diseñado) estimula la salida convencional de la crisis y de ahí que deba venir acompañado de un proceso extrajudicial que evite el colapso judicial. Lo que no parece lógico y constituye un defecto de técnica legislativa es que el intento de acuerdo extrajudicial se diseñe como requisito general (art. 178 bis.3.3º LC) y se excepcione en el apartado 4º, estableciéndose un umbral de pasivo mínimo distinto en función de que se haya intentado o no un acuerdo extrajudicial. No hay fundamento para este trato diferenciado.

¿Qué significa intentar un acuerdo extrajudicial? El deudor debe cumplir todos los trámites para lograrlo, quedando fuera los supuestos en los que no subsana defectos de la solicitud o desiste de la mediación, por ejemplo. Abarcaría los casos de fracaso del acuerdo e impugnación del mismo. En caso de deudor empresario (art. 242 LC) y entiendo también en caso del consumidor (art. 252 bis.1 LC) cabría desembocar en una exoneración del pasivo pendiente cuando ha resultado imposible alcanzar un acuerdo o éste ha sido anulado o ha sido incumplido, sin que se distinga si el incumplimiento es imputable o no. No obstante, entiendo que debería tal supuesto reconducirse al concurso culpable por la vía del art. 164.1 LC, aunque no se contemple esta hipótesis en el art. 164.1.3º que sólo va referido al incumplimiento imputable del convenio.

3.1 La buena fe exigible al deudor satisface un umbral de pasivo mínimo sin acogerse a un plan de pagos

Se considera que tiene buena fe el deudor que consigue satisfacer un umbral de pasivo mínimo que varía en función de que haya decidido o no acogerse a un plan de pagos. Se excepciona el requisito general antes mencionado y recogido en el art. 178 bis. 3.3º LC. En ese caso, si abona los créditos contra la masa, los privilegiados y 25% del pasivo ordinario, obtendrá la exoneración provisional (art. 178bis. 4. LC). En el supuesto de que el deudor haya intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, entonces basta que abone los créditos contra la masa y el pasivo privilegiado. No se excepciona en este caso ni los créditos por alimentos ni el crédito público ordinario y subordinado. Por lo tanto, las pensiones por alimentos debidas y no pagadas (que antes de la reforma tenían la consideración de crédito subordinado y que ahora son créditos ordinarios por la reforma operada en el art. 92.5º LC), son exonerables, algo que no sucede en ningún país civilizado.

Se insiste en *determinar las deudas no exonerables, en función de su clasificación en el concurso*, algo que no sucede tampoco en otros ordenamientos. No se trata de determinar qué acreedor debe cobrar antes que otro, sino qué deudas no merecen ser exoneradas por su carácter asistencial, como sucede con los alimentos, o porque denotan un comportamiento reprochable del deudor. Así es común que se excluyan las acciones indemnizatorias y las sanciones. En España una indemnización de daños y perjuicios a una persona especialmente relacionada con el deudor, tiene el carácter de crédito subordinado (art. 93 LC) y, por tanto, será exonerable.

Ese planteamiento es, a mi juicio, erróneo, y más lo es el brindar un trato privilegiado al deudor sólo por tener liquidez y abonar el pasivo exonerable sin un plan de pagos. No hay una razón de peso que justifique semejante despropósito. Las indemnizaciones de daños y perjuicios, las sanciones y los alimentos están excluidos en la mayoría de los países. La regulación española en este punto es, a mi juicio, criticable.

3.2. La buena fe exigible al deudor que se acoge a un plan de pagos. Deudas exonerables

El art. 178 bis.3. 5º LC diseña un régimen alternativo para el deudor que no puede satisfacer los umbrales de pasivo mínimos contemplados en el apartado 4.

En este segundo caso, parece exigirse un *plus* de buena fe pues el deudor no debe haber incumplido obligaciones colaboración de art. 42 LC, no haya obtenido este beneficio dentro de los 10 últimos años, no haya rechazado dentro los 4 años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, acepte que conste en el Registro Público Concursal durante 5 años que se acogió a un régimen de segunda oportunidad. Dato negativo que le provocará a buen seguro *exclusión financiera*, imposible de “limpiar” porque no se regulan los ficheros de solvencia positivos. Con esta norma se pretende disuadir al deudor de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. De este despropósito parece haberse percatado el legislador que ha modificado el precepto en la LSOp) fruto de una enmienda presentada precisamente por el Grupo Parlamentario Popular (nº 180) modificada por enmienda transaccional pactada con UPyD (enmienda nº 13), CIU (enmienda nº 86). Así la LSOp, modifica el art. 178bis.3.5.v, añadiéndose un inciso del siguiente tenor: “Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quien esté a cargo del Registro Público Concursal”. Se mejora el texto anterior en cuanto se restringe el acceso al dato.

Sin embargo, a mi juicio, sigue siendo una previsión injustificada, pues el que el deudor haya recibido una exoneración de deudas es un dato negativo en su historial crediticio que se haría constar en los ficheros de solvencia negativos, sin que sea necesaria una publicidad adicional. Bastaría que el dato conste en los ficheros de solvencia patrimonial (el acceso a los mismos está regulado en el art. 42 del Reglamento de protección de datos)⁴⁶ y en la CIRBE que gestiona el Banco de España. Tampoco tiene ningún sentido que los efectos de esta publicidad

⁴⁶ **1.** Los datos contenidos en el fichero común sólo podrán ser consultados por terceros cuando precisen enjuiciar la solvencia económica del afectado. En particular, se considerará que concurre dicha circunstancia en los siguientes supuestos:

a) Que el afectado mantenga con el tercero algún tipo de relación contractual que aún no se encuentre vencida.

negativa “suplementaria” sólo se proyecten sobre un deudor que no tiene liquidez y tiene que sujetarse a un plan de pagos. Si el dato sólo constara en un fichero privado de solvencia, en principio, y según los criterios de reciprocidad imperantes, pueden acceder a los datos aquellos sujetos que a su vez aporten datos al fichero. Por el contrario, el acceso al Registro Público concursal es más amplio y más abierto. A mi juicio, debería haberse suprimido sin más esa publicidad adicional y que el haberse obtenido una segunda oportunidad fuera un dato negativo más que constara en los ficheros de solvencia patrimonial públicos y privados, con las restricciones de acceso que ya están reguladas. Tampoco se acierta a entender por qué esta publicidad sólo se produce cuando el deudor se acoge a un plan de pagos. Cabría pensar que se quiere evitar un mayor endeudamiento del deudor durante los cinco años que dura el plan de pagos. Sin embargo, insisto, este dato ya consta en los ficheros de solvencia patrimonial a los que se accede según la citada regulación contenida en el Reglamento del Protección de datos. No hay que olvidar que el art. 41. 2 del RPD dispone que los datos de solvencia negativos se cancelarán por el pago o cumplimiento y en los demás casos cuando se hubieran cumplido 6 años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico. Pues bien, el cumplimiento del plan de pagos no tiene efectos en la publicidad en el Registro Público Concursal. El dato negativo de haber obtenido una segunda oportunidad permanece 5 años. Y además, hay que sumar el año adicional que permanecerá en los ficheros de solvencia negativos. Hay una descoordinación en la regulación, evidente y sobre todo hay hiperregulación, algo que caracteriza el Derecho español y, a mi juicio, compromete la seguridad jurídica. Con todo y a pesar de estas críticas, la nueva regulación mejora la contenida en el RDL 1/1015 que era absolutamente lamentable⁴⁷

El pasivo exonerable varía también si el deudor se acoge a un plan de pagos, tal y como se contempla en el art. 178 bis. 5 LC. Son créditos exonerables los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados. Así mismo, también se exonera el remanente que quede insatisfecho tras la ejecución de los créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados. (art. 90.1º LC), siempre que tal remanente tenga la categoría de crédito ordinario o subordinado. Por tanto, no se exonera los créditos contra la masa, privilegiados, el crédito público (sea ordinario o subordinado) y los créditos por alimentos.

Como se ha señalado, si el deudor abonó el umbral de pasivo mínimo (art. 178 bis.3.4º LC), será exonerable el crédito público ordinario y subordinado y los créditos por alimentos (art. 178 bis.3.4º LC). Esta diferencia de régimen jurídico que carece de toda justificación. Resulta lamentable que los créditos por multas y sanciones pecuniarias e incluso multas pe-

b) *Que el afectado pretenda celebrar con el tercero un contrato que implique el pago aplazado del precio.*

c) *Que el afectado pretenda contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica.*

2. *Los terceros deberán informar por escrito a las personas en las que concurran los supuestos contemplados en las letras b) y c) precedentes de su derecho a consultar el fichero.*

En los supuestos de contratación telefónica de los productos o servicios a los que se refiere el párrafo anterior, la información podrá realizarse de forma no escrita, correspondiendo al tercero la prueba del cumplimiento del deber de informar.

⁴⁷ Así lo denuncié en este trabajo, M. CUENA CASAS, “¿Una segunda oportunidad?” *Revista El Notario del S XXI*, nº 60, marzo 2015, <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad>

nales (impuestas por una Ley Orgánica como el Código Penal) puedan ser exonerados. Esta es una excepción tradicional a la exoneración de deudas en los países de nuestro entorno⁴⁸.

No existe un tratamiento especial cuando se trata de garantía real sobre la vivienda habitual del deudor. La única especialidad es la posible paralización de la ejecución mientras se sustancia el procedimiento para lograr un AEP durante un plazo de 3 meses si el deudor es empresario (art. 235.2 LC) y de 2 meses si es consumidor (art. 242 bis.1.8º LC).

Como se ha señalado, cuando se plantea la exoneración del pasivo, la ejecución hipotecaria ya ha tenido lugar (incluso en los casos de insuficiencia de masa, dado lo dispuesto en el nuevo art. 176bis.4 LC) y por tanto, solo restará el eventual pasivo pendiente. El deudor deberá en todo caso soportar la ejecución y no se valora la conducta del prestamista a la hora de conceder el préstamo. El incumplimiento de sus deberes legales de préstamo responsable⁴⁹, carece de consecuencias en el proceso concursal de manera que la LC no actúa como estímulo a la *concesión responsable de crédito* y no juega un papel eficaz en el terreno de la prevención del sobreendeudamiento y de otra crisis financiera. Ello a diferencia de lo que sucede en otros países, como por ejemplo Francia, que sí tiene en cuenta la conducta del acreedor en el art. 331-7.4ª del Código de Consumo, a la hora de valorar las deudas no exonerables.

No hay técnicamente “dación en pago” como remedio al sobreendeudamiento hipotecario. El deudor soportará el lanzamiento y posteriormente deberá cumplir todos los requisitos legales y de conducta que se prevén en la nueva regulación de la LC.

El crédito público es intocable, aunque sea subordinado (salvo cuando el deudor no se sujeta a un plan de pagos). Se incumplen de forma flagrante las recomendaciones del FMI⁵⁰ en relación con el crédito público que, en el caso de los empresarios, constituye una partida importante⁵¹. Como señala el Banco Mundial: excluir de la exoneración al crédito público 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. El Estado debe soportar el mis-

⁴⁸ Tal es el caso del § 302 *InsO* alemana, art. 142 Legge Fallimentare italiana, art. 245 Código da Insolvência portugués L 333-1 *Code de la consommation* francés.

⁴⁹ Artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011 y en el art. 18 de la Orden 2899/2011 de 28 de octubre de 2011 de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

⁵⁰ <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f17898af32a70b8958b979.pdf>

⁵¹ Un estudio reciente del Consejo General de Economistas (“*Análisis de la Pyme en la reforma concursal y la incidencia del crédito público*”) pone de manifiesto que la empresa tipo concursada en España es una micropyme con una plantilla de entre 1 a 9 trabajadores y un volumen de negocio inferior a 2 MM €. Las micropymes en España, que representan casi un 60% de los concursos de acreedores, suponen el 95,7 % de todas las empresas, 3.6 puntos por encima de la estimación disponible para el conjunto de la UE en 2012 (92,1%). Mediante un estudio muestral por volumen de concursos, se observa cómo el crédito público –AEAT y Seguridad Social– se concentra especialmente en empresas de menos de 5 MM de pasivo, donde supone un 20% de los créditos. A medida que va creciendo el pasivo el porcentaje del crédito público disminuye: así, para una empresa con un pasivo entre 5 y 10 MM baja al 6%, y si el pasivo se incrementa de 10 a 50 MM no llega al 2%. En cambio, la incidencia del crédito público en micropymes con un pasivo inferior a 1 MM € supera el 30%. El estudio advierte tanto del lastre que para la pequeña empresa en España supone el peso del crédito público y su marco regulatorio a la hora de encontrar vías eficaces para su reflotación y el mantenimiento del empleo, como de la escasa flexibilidad de la actual normativa de Hacienda Pública y Seguridad Social para los procesos de renegociación de deuda y el consecuente mantenimiento del empleo. (MAIRATA LAVIÑA, J, *Novedades tributarias en materia concursal introducidas por el RDL 1/2015: más de lo mismo...* <http://hayderecho.com/2015/04/05/novedades-tributarias-en-materia-concursal-introducidas-por-el-rdl-12015-mas-de-lo-mismo/>)

mo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia⁵².

La exclusión del crédito público y la ausencia de normas específicas para los créditos con garantía real cuando afectan a vivienda habitual del deudor, limitan extraordinariamente la eficacia de la norma.

4. LA EXONERACIÓN PROVISIONAL DEL PASIVO PENDIENTE

Tanto si el deudor abona el umbral de pasivo mínimo como si se acoge al plan de pagos por carecer de activo suficiente en el momento de la conclusión del concurso, el juez concederá la exoneración provisional. Ello, claro está, siempre que los acreedores no se hayan opuesto a la concesión del beneficio en el plazo de cinco días (art. 178 bis.4 LC). No hay base legal, a mi juicio, para entender que el efecto de la exoneración provisional sólo se produzca para el deudor que se acoja al plan de pagos. El texto del art. 178 bis.4 LC se refiere a todo deudor que cumpla los requisitos, acepte el plan de pagos o abone el umbral de pasivo mínimo. Cuando el legislador se quiere referir sólo al deudor que se acoge a un plan de pagos, lo hace de manera expresa, tal y como hace en el art. 178 bis.5 LC. Ciertamente es que la voluntad del legislador parecía ser otra, tal y como se deduce del apartado III de la Exposición de Motivos donde da a entender que satisfecho el umbral de pasivo mínimo, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática las deudas. Sin embargo, en el texto legal no se reflejó tal idea y creo que debe prevalecer el texto sobre la Exposición de Motivos⁵³, entre otras razones porque no es la única falta de sintonía entre ésta y la regulación finalmente aprobada.

Durante el periodo de 5 años, los acreedores no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de sus créditos (art. 178 bis.5 LC). Durante los cinco años, las deudas pendientes no podrán devengar interés (art. 178bis.6 LC).

4.1. La posición de los codeudores solidarios y fiadores y avalistas

Los acreedores que se hayan visto afectados por la exoneración provisional del pasivo pendiente podrán acudir frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas (art. 178 bis.5 LC).

Se excepciona legalmente la accesoriedad de la garantía (art. 1.847 CC) y no queda más remedio que hacerlo porque de lo contrario se desnaturalizaría la esencia y finalidad última de las garantías personales: que el acreedor pueda reclamar al fiador para el caso de que no pueda cobrar del deudor principal. Precisamente por la accesoriedad que caracteriza a las garantías personales, era necesario que expresamente la ley la exceptuara al igual que sucede en otros ordenamientos y hace el propio art. 240.3 LC para las quitas que formen parte de un acuerdo extrajudicial de pagos: “*los acreedores conservarán las acciones que les*

⁵² Banco Mundial, Informe sobre la insolvencia de la persona natural, http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf

⁵³ En este sentido, J.M. FERNÁNDEZ SEIJO, “La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad”, Barcelona, 2015, p. 262 y 281. En contra, alegando la interpretación finalista, A. SERRANO DE NICOLÁS y J. SÁNCHEZ GARCÍA, “La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por el trámite del art. 178bis.4, LC, (...)”, *Revista de Derecho, vLex* n° 132, mayo 2015, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fianza-extingue-concede-deudor-570909835>

correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor”. También el art. 135 LC prevé expresamente los efectos de la quitas acordadas en un convenio para los fiadores.

Lo normal es que el acreedor haya ya reclamado al fiador antes incluso de la exoneración porque en la práctica lo habitual es la fianza solidaria. En el RDL 1/2015, no quedaba claro lo que sucedía con la acción de reembolso (art. 1838 CC) que le corresponde al fiador contra el deudor una vez que haya cumplido la prestación. Así, en Alemania se dice expresamente que “*el deudor resulta liberado frente al deudor solidario, al fiador o ante cualquier otro derecho de retorno en idéntica medida a la que resulta liberado frente a los acreedores de la insolvencia*” (párrafo 301). Aquí faltaba previsión al respecto por lo que parecía que el fiador podía reclamar al deudor la cantidad satisfecha después de la conclusión del concurso. Ese crédito por reembolso no se veía afectado por la exoneración por nacer después de dicha conclusión, y ello a pesar de que tal crédito haya podido ser insinuado como crédito contingente (art. 87.4 y 5 LC). No había norma especial en sede de exoneración del pasivo pendiente que permitiera la exoneración de un crédito contingente y según la teoría general de la obligación regulada en el Código Civil, no hay extinción de un crédito cuando todavía no ha nacido. Mientras no se exceptionara legalmente, el Código Civil resultaba de aplicación por lo que el fiador y el codeudor solidario que abona el crédito una vez concluido el concurso, tendría viva su acción contra el deudor concursado⁵⁴, restringiéndose la eficacia del régimen de segunda oportunidad pues el deudor se veía afectado por el crédito de reembolso a pesar de haberse exonerado frente al deudor principal.

Pues bien, este extremo ha sido aclarado en la LSOp. Se ha añadido un inciso al art. 178bis5 de forma que los fiadores u obligados solidarios no podrán “*subrogarse por le pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida*”. Queda claro que el fiador o codeudor solidario que paga no puede ejercitar la acción de reembolso contra el deudor. De esta forma, se salvaguarda la esencia de las garantías personales (ejercitables para los casos de insolvencia del deudor principal) y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal.

4.2. Concursado casado en régimen de gananciales u otro de comunidad

Si el concursado está casado en régimen de gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico, el beneficio de la exoneración se extenderá al cónyuge del concursado aunque no hubiera sido declarado en concurso respecto de deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común (último párrafo del art. 178 bis.5 LC). Hay que recordar que cuando el concursado está casado en régimen de gananciales, según lo dispuesto en el art. 77 LC, todos los bienes gananciales se integran en la masa activa⁵⁵. A su vez, según el art. 49.2 LC se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. De tales créditos responde tanto la masa ganancial como el patrimonio privativo del cónyuge deudor (art. 1369 CC). Extender

⁵⁴ En contra, con argumentos que no comparto, En contra, alegando la interpretación finalista, A. SERRANO DE NICOLÁS y J. SÁNCHEZ GARCÍA, “La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por el trámite del art. 178bis.4, LC, (...)”, *Revista de Derecho vLex*, nº 132, mayo 2015, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fianza-extingue-concede-deudor-570909835>

⁵⁵ Más extensamente, M. CUENA CASAS, “El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad”, A. ROJO Y E. BELTRÁN, *Estudios de Derecho concursal*, Madrid, 2008.

los efectos de la exoneración al cónyuge del concursado que puede no haber sido declarado en concurso, implica que tales acreedores pierden la garantía que les ofrece el patrimonio privativo del cónyuge del concursado, cuya conducta no ha sido evaluada en el proceso concursal al no haber sido declarado en concurso. Lo mismo acontece con el pasivo ganancial contraído por ambos cónyuges del que responde el patrimonio ganancial y privativo de ambos. La extensión de la exoneración al cónyuge del concursado también priva, a mi juicio, injustificadamente a tales acreedores de la posibilidad de agredir el patrimonio privativo del cónyuge contratante no concursado.

Parece que no se ha meditado suficientemente el alcance real de la norma contenida en este último párrafo del art 178.5 LC. El precepto exige que no se haya producido la liquidación del régimen económico conyugal⁵⁶ por lo que hay que partir del supuesto de que el cónyuge no concursado no ha ejercitado la facultad de disolución del régimen que le concede el art. 77 LC. De haberlo hecho, la liquidación previa se impone sin que se produzca la extensión de la exoneración previsto en el art. 178bis. 5 LC.

5. LA PROPUESTA DE PLAN DE PAGOS

El art. 178 bis.6 LC se ocupa de la presentación del plan de pagos que abarca las deudas no exonerables que deberán ser satisfechas dentro del plazo de cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. En este periodo dichas deudas no podrán devengar interés.

Por lo tanto, el contenido del plan de pagos es el de las deudas no exonerables, condicionando su abono la extinción de las deudas exonerables. Este requisito es más exigente que en los modelos de rehabilitación presentes en el Derecho comparado, como el alemán o el portugués donde no existe tal condicionamiento. Allí, el deudor paga “lo que puede” con los ingresos que proceden de su salario embargable sin que se ponga un techo máximo. El que el legislador español haya optado por tal condicionamiento priva a la medida de eficacia práctica. No supone un incentivo al cumplimiento, sino que priva al deudor de estímulo para la realización de actividades productivas, dado que el esfuerzo para cumplir el plan de pagos puede ser desmesurado.

Por otro lado, resulta insólito que un deudor pueda proponer un plan de pagos cuando ya se ha liquidado su patrimonio y “no tiene nada”. El planteamiento es, a mi juicio, absurdo.

Pero es que además, en el último inciso del artículo 178 bis.6 LC, se prevén en relación con los créditos de Derecho público, que la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica. Ello hace pensar que el crédito público no forma parte del plan de pagos, de manera que no se entiende cómo puede un deudor, por ejemplo, un empresario, comprometerse a un plan de pagos cuando gran parte de su pasivo (el público) queda fuera y depende de la decisión de la Administración Pública. Cabría entender que podría el deudor sufrir ejecuciones por parte de la Administración durante ese periodo de 5 años pues –insisto– el crédito público no se ve afectado. Esta decisión es contraria a las sugerencias que se han hecho a España desde ins-

⁵⁶ En contra, J. M. FERNÁNDEZ SEIJO, “La reestructuración.....” cit., p. 284, entiende que “tanto la liquidación del régimen de gananciales o régimen de comunidad, como las operaciones de venta y preferencias del cónyuge no concursado sobre los bienes comunes deberán hacerse antes de que se concluya la liquidación (...)”, afirmación que creo está en abierta contradicción con el texto legal.

tancias internacionales y la UE: el Estado no sólo no soporta los sacrificios de la exoneración de deudas en los mismos términos que los demás acreedores, sino que además su posición se refuerza en el periodo de “buena conducta”.

No es verdad, por tanto, que “se desarrolle así un marco permanente de insolvencia personal, en línea con las recomendaciones de los principales organismos internacionales y la Unión Europea”, tal y como se dijo en la nota de prensa posterior al Consejo de Ministros que aprobó el RDL 1/2015⁵⁷.

6. LA REVOCACIÓN DE LA EXONERACIÓN PROVISIONAL

El art. 178 bis.7 LC se ocupa de la revocación de la exoneración de las escasas deudas que se ven cubiertas por este expediente y afecta tanto al deudor que exoneró sus deudas tras el pago del umbral de pasivo mínimo como al que aceptó un plan de pagos. Este precepto es el que más cambios sustanciales ha recibido en la LSOp que ha restringido la revocabilidad de la exoneración. Según el RDL 1/2015, cualquier acreedor puede solicitar la revocación del exiguo beneficio que concede la LC si:

- a) Incurriese en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 3 del art. 178 bis que habría impedido la concesión del beneficio. Es decir, si por ejemplo, es condenado en el plazo de 5 años que dura el plan de pagos, entonces podrá ser revocada la exoneración.
- b) Incumpliese la obligación de pago de deudas no exoneradas. No se distingue si el incumplimiento es imputable o no al deudor lo cual es censurable.
- c) Mejorase sustancialmente la situación económica de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos
- d) Se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados.

La LSOp traslada el apartado d) al primer párrafo del art. 178bis.7. La ocultación de ingresos es causa de revocación, si bien se añade un inciso final: *se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los arts. 605 y 606 LEC*. Esta causa de revocación se refería a los casos en los que el deudor no incluyó bienes en la masa activa que debían ser incluidos. Ello sólo podía afectar a bienes que debieran incluirse en la masa activa y los inembargables no entran en ningún caso (art. 76.2 LC). En la LSOp se aclara este extremo que yo creo que cabía claramente deducir de la regulación anterior. Se aclara que si se descubre que el deudor no incluyó bienes inembargables en la masa activa, no se revocará la exoneración provisional del pasivo.

Que la mejora sustancial del deudor fuera causa de revocación carecía de antecedentes en los modernos sistemas de insolvencia y constituía un auténtico despropósito que desnaturalizaba la presunta “exoneración” convirtiéndola realmente en un “*pactum de non petendo*”. En ningún país el deudor cuyas deudas han sido exoneradas sus deudas ve revocado tal efecto cuando mejora su situación económica. Una lectura de la Exposición de motivos nos muestra que el legislador no ha tenido a la vista textos internacionales, sino que se ha inspirado en las Partidas, y el derogado art. 1920 del Código Civil. Así lo reconoce M. Temboursy (Subsecretario

⁵⁷ <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=034f9ed87dacb410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD>

de Economía y Competitividad que ha pilotado esta reforma), en un reciente artículo⁵⁸: “Lo mejor es que cumplas, pero si te arruinas por causas ajenas a tu voluntad, tendrás otra oportunidad y si mejoras sustancialmente de fortuna deberás acordarte de aquellos cuyas legítimas expectativas quedaron defraudadas”. Con este planteamiento, se invitaba al deudor a la economía sumergida y era un desincentivo a la actividad empresarial. La inacción del deudor tenía premio: como no mejoraba su situación económica, entonces se le perdonaban definitivamente las deudas y si le iba bien, entonces se le castigaba con la revocación de la exoneración.

Afortunadamente el Gobierno ha rectificado y el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda (nº180) que evita los efectos adversos de un planteamiento legal que sólo podía calificarse de ridículo⁵⁹. En la enmienda nº 180 modifica el art. 178 bis.7 c) LC. Sigue siendo posible la revocación de la exoneración si “*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*”. Se especifican las causas de la mejoría económica que pueden provocar la revocación del beneficio: si te toca la lotería o heredas. Correcto. Evitamos que si un empresario mejora en su actividad y tiene beneficios, se le revoque la exoneración de deudas. El cambio hay que aplaudirlo.

El acreedor que está legitimado para pedir la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo pendiente es el que se ha visto afectado por el régimen de SOP quien deberá acreditar, por ejemplo, que el deudor no ha cumplido el plan de pagos de deudas no exonerables (art. 178 bis.7. b) LC), algo que a dicho acreedor le será difícil verificar. Con todo, tengo mis serias dudas de que los acreedores empleen tiempo y recursos en vigilar al deudor.

En cualquier caso, desde el punto de vista técnico no parece muy correcto hablar de revocación de un acto que no es definitivo. Si la exoneración es siempre provisional, pueden diseñarse causas impositivas del carácter definitivo de la exoneración. Una vez que ésta se ha producido sí cabría plantear la revocación, dado que se trata de un mecanismo para decretar la ineficacia de un acto definitivo.

En el caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

7. LA EXONERACIÓN DEFINITIVA DEL PASIVO PENDIENTE

Transcurrido el plazo de 5 años previsto para la revocación y, en su caso, cumplido el plan de pagos sin revocación del beneficio a petición del deudor concursado, el juez dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. Contra dicha resolución no cabrá recurso alguno.

El art. 178 bis.8 LC prevé un supuesto especial para el caso de que el deudor no haya cumplido el plan de pagos: el juez “*atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor*”

⁵⁸ M. TEMBOURYREDONDO, “Una segunda oportunidad” http://elpais.com/elpais/2015/03/03/opinion/1425405351_650828.html

⁵⁹ Así lo denuncié aquí ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>

que no hubiera cumplido en su integridad el plan de pagos, pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables". Este último extremo deberá valorarse con arreglo al art. 1 del RDL 8/2011, de 1 de julio.

En este punto, la LSO_p también introduce cambios ampliando los casos en los que el juez puede decretar la exoneración definitiva aunque no se haya cumplido el plan de pagos también cuando el deudor destine *la cuarta parte de los ingresos que no tuviesen la consideración de inembargables (según RDL 8/2011, de 1 de julio) siempre que concurran en el deudor las circunstancias previstas en el art. 3.1. letras a) y b) del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.*

Es decir, si se reúnen los requisitos que marca la norma, el juez puede decretar la exoneración definitiva aunque el deudor sólo haya pagado el 25% del pasivo no exonerable que forma parte del plan de pagos. Ya sabemos que a pesar de los cambios que en el RDL 6/2012 se han efectuado por el RDL 1/2015, son muy rigurosos los requisitos que se exigen.

Sin embargo, se ha dejado en la oscuridad la interpretación de esta "puerta abierta" que deja el art. 178 bis.8 y esto sí que es censurable porque esta norma plantea serios problemas de interpretación. Parece que es un caso en el que aunque concurra una causa de revocación del beneficio por incumplimiento de plan de pagos, puede el Juez declarar la exoneración siempre que algunos ingresos se hayan destinado a su cumplimiento, pero no queda nada claro que pasivo es el que definitivamente exonera *¿Se refiere al pasivo exonerable previsto en el art. 178 bis.5 o también a las deudas no exonerables insatisfechas por incumplimiento del plan de pagos?*

A mi juicio, según un criterio de interpretación sistemático, lógico, teleológico de la norma, entiendo que la expresión "pasivo insatisfecho" va referida a lo que el propio artículo decide qué es pasivo insatisfecho y que aparece explicitado en el art. 178bis.5 LC. Lo que se discute siempre es cómo se exonera el pasivo que la propia ley declara exonerable (art. 178bis.1 LC). En el número 7 se prevé una revocación de la exoneración de deudas exonerables, que es –insisto– las únicas que pueden serlo. Se trata de exoneración definitiva para lo que hay que partir de lo que era exoneración provisional. En el apartado 8 de la ley permite que, concurriendo una causa de posible revocación de exoneración (de deudas exonerables), y habiéndose instado o no la misma, el Juez decida que las "deudas exonerables" se exoneren aunque no se cumpla el plan de pagos. Está permitiendo la exoneración definitiva de deudas exonerables aunque nominalmente concurra causa de revocación de la exoneración como es el incumplimiento del plan de pagos. Y ello porque, de lo contrario, si se revocara la exoneración el deudor tendría que pagarlo TODO (pasivo no exonerable y también el exonerable). Con todo, la letra de la norma podría hacer creer que lo que se exonera son también las deudas insatisfechas en el plan de pagos⁶⁰. Este extremo no ha sido aclarado en la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley, a pesar de haber enmiendas que así lo sugerían⁶¹

⁶⁰ Así lo entiende J. M. FERNÁNDEZ SEIJO, "La reestructuración...", cit.", p. 310: "Al regularse la exoneración definitiva no se establece limitación alguna, la Ley habla de pasivo insatisfecho en el concurso, por lo tanto aunque el deudor no pudiera en principio verse exonerado del crédito público y del crédito por alimentos, transcurridos cinco años, constatado el esfuerzo realizado y constatada la insuficiencia del patrimonio del deudor la única consecuencia posible es que se exonere de la totalidad de créditos pendientes". Creo que a tal conclusión no se puede llegar con los criterios de interpretación (en particular, el lógico y el sistemático) recogidos en el art. 3 del Código Civil.

⁶¹ Enmienda nº 18 presentada por el Grupo Parlamentario de UPyD.

Según la interpretación que creo que más se ajusta a los criterios legales, el efecto de este precepto es que el juez puede decretar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho aunque no se haya cumplido el plan de pagos, pero quedando vivas las acciones de los acreedores para reclamar los créditos no exonerables.

Por último, la LSOp introduce una nueva *causa de revocación pero de la exoneración definitiva* en el último párrafo del art. 178 bis.8 LC: cuando concurra la causa prevista en el art. 178 bis.7 LC, es decir, que se constataste que el deudor ha ocultado la existencia de ingresos, bienes o derechos. Esta revocación sólo podrá solicitarse dentro de los cinco años posteriores a la exoneración definitiva. Parece que se trata de un estímulo al buen comportamiento del deudor lo cual no es malo, pero parece excesiva la provisionalidad de la que dota el legislador español al régimen de segunda oportunidad.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Seguimos con una legislación restrictiva. Con el sistema adoptado, el deudor que no consiga abonar parte del plan de pagos por carecer de ingresos, seguirá obligado a abonar tanto el pasivo exonerable como el no exonerable: quedan muchos deudores fuera del sistema y, lo que es más grave, pueden beneficiarse del mismo deudores que no lo merecen. Parece que lo importante es que el deudor tenga activo para pagar el mayor número de deudas y no se repara en que hay deudores que lo han perdido “todo” por causas no imputables. A éstos debe ir dirigido el sistema. Si el legislador no quiere que se altere la cultura de pago, debe ser exigente con la conducta del deudor merecedor de la exoneración. Sin embargo, lo hace al revés: son escasas las deudas exonerables y es muy laxo en la conducta del deudor por lo que no le auguro mucho éxito al sistema, salvo generosa interpretación judicial, algo que no me parece recomendable y puede generar inseguridad jurídica en función del juez competente. En cualquier caso, creo que permitir la exoneración de todo el pasivo cuando se ha cumplido parte del plan de pagos invita al deudor a realizar pocos esfuerzos y, dejar fuera del sistema a quien no pudo pagar nada por causas no imputables, me parece una gran injusticia. La LSOp introduce mejoras pero se podría haber avanzado mucho más no supeditando la exoneración al pago de las deudas no exonerables tal y como sucede en la mayoría de los países de nuestro entorno. Lograr ese resultado por una interpretación al margen de los criterios legales me parece peligroso. No lo olvidemos: en un Estado de Derecho, son las normas las que tienen que ser justas y los jueces están sujetos a la ley.