



---

# **Universidad de Valladolid**

## **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**

**Trabajo de Fin de Grado**

**Grado en Derecho y Administración y  
Dirección de Empresas**

# **LA SEGUNDA OPORTUNIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Presentado por:

***Pablo Rey del Río***

Tutelado por:

***Luisa María Esteban Ramos***

*Valladolid, 15 de julio de 2020*

## Resumen

El objetivo del presente trabajo es analizar el mecanismo de la segunda oportunidad español, comprobando si se ha configurado un mecanismo eficiente que suponga una salida a la difícil situación que vive un deudor en quiebra; o si, por el contrario, no se dan los incentivos suficientes para acudir a este mecanismo, haciendo que muchos deudores acudan al fraude fiscal y a la economía sumergida para mejorar su situación patrimonial.

El fin último es comprobar cómo está actualmente configurada la regulación del mecanismo de la segunda oportunidad en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal y cuál será su futuro con la trasposición de la Directiva 2019/1023.

JEL: K20 Derecho mercantil y regulación: generalidades

JEL: K29 Derecho mercantil y regulación: otros

JEL: K35 legislación de quiebras personales

Palabras clave: Segunda oportunidad, concurso de acreedores, acuerdo extrajudicial de pagos, insolvencia del deudor

The objective of this project is to analyse the Spanish second chance mechanism, checking if an efficient mechanism has been configured that represents a way out of the difficult situation that a bankrupt debtor experiences; or, on the contrary, if sufficient incentives are not given to resort to this mechanism, causing many debtors turn to tax fraud and the underground economy to improve their financial situation.

The goal is to check how the regulation of the second chance mechanism is currently configured in the new Consolidated Text of the Bankruptcy Law and what its future will be with the transposition of Directive 2019/1023.

Key words: Second opportunity, insolvency proceedings, out-of-court payment agreement, debtor's insolvency

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>1.1 Antecedentes normativos</b> .....	7
1.1.1 La Ley Concursal de 2003 .....	9
1.1.2 Los Instrumentos Preconcursoales.....	10
1.1.3 Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad.....	12
<b>1.2 Antecedentes de hecho</b> .....	13
<b>2. LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL</b> .....	16
<b>2.1. El artículo 178.bis de la Ley Concursal</b> .....	17
2.1.1 El requisito de la buena fe.....	18
2.1.2. El requisito de la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa.....	19
2.1.3. Las dos alternativas para solicitar la segunda oportunidad.....	20
2.1.4 El plan de pagos.....	22
2.1.5 Especial mención a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo del 2 de julio 2019.....	23
2.1.6 El procedimiento del artículo 178.bis. ....	27
<b>2.2 Modificación del acuerdo extrajudicial de pagos</b> .....	30
<b>2.3 Críticas al mecanismo de la segunda oportunidad español</b> .....	31
<b>3. REGULACIÓN ACTUAL Y FUTURA DEL MECANISMO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD</b> .....	36
<b>3.1 Texto Refundido de la Ley Concursal</b> .....	37
<b>3.2 Análisis de la Directiva 2019/1023: el futuro del Mecanismo de la Segunda Oportunidad</b> .....	41
<b>4. CONCLUSIONES</b> .....	45
<b>5. NORMATIVA DE REFERENCIA</b> .....	52
<b>6. BILIOGRAFÍA</b> .....	53

## 1. INTRODUCCIÓN

La crisis económica de 2008 puso de manifiesto que era importante proveer a los deudores personas físicas, empresarios o no, de la posibilidad de volver al ciclo económico tras una situación de quiebra económica personal.

Es un objetivo de interés general que las familias puedan desprenderse de los impedimentos que les imposibilitan rehacer sus vidas, de modo que, si el sistema consigue que las personas reviertan su situación patrimonial, podrán así reactivar la economía.

La inclusión del mecanismo de la segunda oportunidad para las personas físicas vino con la reforma de la Ley Concursal de 2003 que introdujo la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, aunque no tuvo mucha aplicación en la práctica debido a los duros requisitos que se establecían para poder solicitar el mecanismo, como indica la profesora Luisa María Esteban Ramos (2019)<sup>1</sup>. Por ello se hizo un intento de mejora con la Ley 25/2015, que será la ley que se analice en este trabajo.

La relevancia que este mecanismo tiene en el derecho concursal viene de largo. Solo hace falta ver cómo funciona, y desde hace cuánto, el “Fresh Start” y el “Straight Discharge” anglosajón, o el mecanismo de segunda oportunidad alemán. Según manifiesta Blas A. González Navarro (2020)<sup>2</sup>.

De ahí la relevancia del presente estudio y el interés que el mismo tiene. Comprobar hasta que punto el mecanismo de la segunda oportunidad español proporciona un respiro a todos aquellos deudores que están atravesando un mal momento económico.

¿Estaba la Ley Concursal de 2003 preparada para proteger los intereses de deudores y acreedores en un momento de crisis económica severa? ¿Se

---

<sup>1</sup> Esteban Ramos, Luisa María (2019): “¿Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la segunda oportunidad?” Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 31/2019, Editorial Wolters Kluwer.

<sup>2</sup> Blas A. González Navarro (2020): “Cambios en la Ley Concursal: La exoneración del pasivo insatisfecho. La Directiva de Segunda Oportunidad.” Cuadernos de Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, CEFI, n.º 89 pags. 87-104. Disponible en <https://blasgonzalez.com/cambios-en-la-ley-concursal-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-la-directiva-de-segunda-oportunidad/#volver1>

configuró un efectivo y real mecanismo de la segunda oportunidad tras las reformas que se llevaron a cabo a partir de la crisis del 2008? ¿Cómo se regula el mecanismo en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020? ¿Cómo afectará la nueva Directiva europea 2019/1023 al mecanismo de la segunda oportunidad español?

Estas y otras preguntas serán a las que se intente dar respuesta en este trabajo, lo que hace que sea sumamente interesante y motivador. Pues, actualmente, estamos sufriendo otra crisis económica, de magnitudes que nos recuerdan al 2008, debido a la crisis sanitaria producto de la pandemia de la Covid-19. ¿Estará la normativa española preparada para soportar y superar dicha situación?

Cabe destacar que la configuración de un mecanismo de esta naturaleza es bueno, no solo para el deudor, sino también para el acreedor y para el conjunto de la economía en general. Ya que provee al sistema de un desincentivador para que esos deudores no acudan a la economía sumergida y al fraude fiscal para mejorar su situación patrimonial.

El presente estudio partirá de una descripción de los antecedentes normativos españoles que han servido de esfera para acoger la regulación del mecanismo de la segunda oportunidad; además, se hará una mención a los antecedentes de hecho más relevantes, concretamente, la crisis financiera de 2008, y cómo esta supuso un sobreendeudamiento para las familias, que necesitaron más que nunca este mecanismo; así como las reformas de la Ley Concursal que la siguieron, cuyo objetivo era intentar proveer a esta de verdaderos mecanismos para proteger a las personas, de entre los cuales centraremos el análisis, objeto del estudio, en el de la segunda oportunidad.

Este estudio no se detendrá a hacer un análisis detallado de la Ley 25/2015, ya que, de todas las reformas que trajo consigo, solo va a ser relevante la que sufrió la Ley Concursal, debido a que es en esta Ley donde encontramos la regulación del mecanismo de la segunda oportunidad.

Las dos importantes reformas que la citada ley aportó a la Ley Concursal fueron, en primer lugar, la inclusión del artículo 178.bis, donde se regula en sentido

estricto el mecanismo de la segunda oportunidad, que incluyó a las personas físicas no empresarias en su ámbito de aplicación; y, en segundo lugar, los acuerdos extrajudiciales de pago, que fueron importantes, ya que resultaban ser un requisito necesario para poder solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho o segunda oportunidad.<sup>3</sup>

Se hará un hincapié especial en la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo del 2 de julio de 2019, que sentará doctrina sobre la interpretación de aspectos importantes del mecanismo de la segunda oportunidad.

Una vez se determine cómo está configurado el mecanismo de la segunda oportunidad en España, se realizará un análisis crítico de las deficiencias que este tiene y ha tenido en su aplicación práctica.

El tercer apartado del trabajo estará destinado a analizar, por un lado, el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020, que aportará interesantes modificaciones tendentes a solucionar problemas interpretativos que surgían de la redacción de la antigua normativa del artículo 178.bis; y, por otro lado, la recién aprobada Directiva 2019/1023 sobre la materia, que deberá ser transpuesta en el año 2021 como máximo, y que supondrá una oportunidad para el legislador español de subsanar todos los problemas que la actual regulación del mecanismo tiene.

Por último, y a raíz de las deficiencias expuestas en el apartado precedente, concluiré el estudio expresando mi opinión sobre el mecanismo de la segunda oportunidad, aportando posibles soluciones que, a mi juicio, deberían ser tenidas en cuenta para poder configurar un verdadero y eficiente mecanismo que dé una segunda oportunidad a los deudores.

---

<sup>3</sup> Con la actual regulación del mecanismo contenido en el Texto Refundido de la Ley Concursal el intento del acuerdo extrajudicial de pagos es un requisito que modula la cantidad que va a poder ser objeto de exoneración, y no un requisito para poder solicitar el mecanismo, como parecía indicar la anterior regulación, como indica Luisa María Esteban Ramos (2019). Esteban Ramos, Luisa María (2019): “¿Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la segunda oportunidad?” RDCP, n.º 31/2019, Editorial Wolters Kluwer.

## 1.1 Antecedentes normativos

El Derecho Concursal es una parte muy relevante en el ordenamiento jurídico, pues está configurado para situaciones de crisis de deudores personas jurídicas o físicas (empresaria o no). De hecho, la Ley Concursal en su artículo 1 establece que el régimen se aplica a ambos sujetos indistintamente<sup>4</sup>.

La función principal del Derecho Concursal es el tratamiento de las situaciones de crisis por insolvencia o insuficiencia patrimonial. En definitiva, situaciones en las que un deudor común a varios acreedores se encuentra en situación de imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones respecto de ellos.

Este tipo de situaciones exige que se les proporcione un tratamiento común, sea por insuficiencia patrimonial, sea por una situación de iliquidez para afrontar las obligaciones que le van venciendo. Por ello, el Derecho Concursal sirve para organizar la concurrencia de una pluralidad de intereses y evitar demandas individuales acreedor por acreedor, generando un procedimiento colectivo que les integre a todos, con el fin de formar una masa activa con los bienes del deudor y una masa pasiva con los créditos pendientes.

En los casos de crisis del deudor empresario, cuando existen varios acreedores, esta situación va a afectar: primero, al propio deudor; pero también a sus socios; a los acreedores; a sus trabajadores e; incluso, al propio interés general. Un acreedor va a preferir que su deudor no quiebre, ya que eso le da la oportunidad de cobrar la deuda en algún momento futuro. Esto es así porque si el deudor quiebra y no puede continuar con su actividad profesional, el acreedor, al ver su crédito impagado, no podrá atender a sus propias obligaciones y, quizá, tenga que declarar su propio concurso. De este modo, proteger al deudor redundará en la economía del país y no solo en la propia persona del deudor.

El objetivo principal de este derecho es que se pueda llegar a algún tipo de reestructuración de la deuda o a algún convenio (preconcurso o ya en el seno del concurso) que permita la conservación y continuidad de la empresa, si es un deudor empresario; o que le permita aliviar su situación patrimonial en general,

---

<sup>4</sup> “La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica” (Artículo 1 Ley Concursal)

si es un deudor no empresario. Pues, dando esa oportunidad al deudor quizá pueda revertir esa situación y atender a todas sus deudas. Y es precisamente este objetivo principal el punto de partida por el cual se configura el mecanismo de la segunda oportunidad.

De no poder conseguir la continuación de la empresa en el ciclo económico o no poder solucionar el problema de la insolvencia patrimonial en general, este Derecho también regula cómo será la liquidación de los bienes del deudor para el pago de los acreedores hasta donde sea posible. Aquí opera el llamado principio de comunidad de pérdidas, es decir la “*par contitio creditorum*”, con los menores privilegios posibles. La idea es ordenar razonablemente la concurrencia de derechos de crédito que existen sobre la masa activa del deudor.

Es por esto por lo que este Derecho se basa en la concepción prioritaria de posibilitar que los deudores y acreedores lleguen a un convenio con el fin de evitar la liquidación del patrimonio. Como indica Miquel Bordas Prószyński (2013)<sup>5</sup> y a modo de resumen, se pueden identificar una serie de caracteres esenciales del Derecho Concursal:

- Un derecho único para todo deudor sea persona jurídica o física, empresario o no (Artículo 1 de la Ley Concursal).
- Busca dar una solución anticipada, porque si se espera a que la insolvencia sea irreversible, esto conllevará la liquidación del patrimonio del concursado, sin que exista margen de maniobra. Se trata de anticipar una solución, por vía extrajudicial, a través de los instrumentos preconcursales. Más adelante se hablará del acuerdo extrajudicial de pagos, que fue un requisito para solicitar el mecanismo con la regulación anterior, aunque ahora sea simplemente una circunstancia que modula la cantidad que puede ser exonerada (Luisa María Esteban Ramos, 2019).
- La protección de determinados sectores que, por su valor estratégico, necesitan alguna solución particularizada que no sea la general. Son los

---

<sup>5</sup> Miquel Bordas Prószyński (2013): “El Derecho Concursal Español” Alezes Abogados. Disponible en <http://www.alezes.com/pdf/EI%20derecho%20concursal%20espanol.pdf>

que utilizan los instrumentos paraconcursoales, soluciones ajenas al derecho concursal general con el fin de resolver situaciones en estos sectores estratégicos.

- Además, por su propia naturaleza, existe una tendencia a la internacionalización de este derecho, ya que lo normal es que haya empresas descentralizadas con filiales extraterritoriales. En este caso, entra en juego el Reglamento europeo de Insolvencias que procede del año 2000, aunque tiene una versión actualizada en 2015, y las normas de derecho internacional privado concursal, algunas recogidas en la Ley Concursal y en tratados internacionales sobre la materia.

#### 1.1.1 La Ley Concursal de 2003

Esta ley se aprobó el 9 de julio de 2003, aunque entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, con un amplio periodo de *vacatio legis* (Miquel Bordas Prószyński, 2013).

Derogó de forma completa todo el derecho anterior. Antes de esta ley existía un derecho concursal civil y otro derecho concursal mercantil, por lo que uno de sus objetivos fue el de armonizar y agrupar ambos ámbitos del derecho en una sola normativa.

Esta ley es la que regula en sentido estricto el mecanismo de la segunda oportunidad. Se incorporó el mecanismo en 2013, a raíz de la modificación que aportó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Pero la regulación completa se introdujo en 2015 con la Ley 25/2015 sobre el mecanismo de la segunda oportunidad, con la extensión del ámbito de aplicación a las personas físicas no empresarias.

Este estudio se detendrá a analizar las reformas más relevantes que la última ley citada estableció en la Ley Concursal, concluyendo, en última instancia, que su configuración ha demostrado tener alguna deficiencia en la práctica.

### 1.1.2 Los Instrumentos Preconcursoales

Su principal función es estar preparados para poder actuar antes de que se declare un concurso de acreedores. Buscan resolver la situación de insolvencia por medios extrajudiciales, de modo que se pueda poner, de una manera convenida con sus acreedores, algún tipo de solución o remedio y de esta manera conseguir evitar la insolvencia y, por lo tanto, evitar entrar en un procedimiento judicial de concurso de acreedores que termine con una liquidación de sus activos (Miguel García Posadas y Raquel Vegas 2018).<sup>6</sup>

Lo que sucedió es que la Ley Concursal 2003 se realizó sin previsión de lo que podía suceder en una crisis económica mundial, por lo cual, no se previeron instrumentos preconcursoales, ya que se pensó que los procedimientos concursales serían escasos.

Simplemente había en la Ley dos indicios. El primero de ellos en el artículo 2, que permite que un procedimiento concursal se abra antes de que la insolvencia haya ocurrido de forma efectiva, es lo que denomina la “insolvencia inminente”<sup>7</sup>. Regula la situación en la que, a un deudor que sabe que en un momento futuro va a tener un problema de insolvencia, se le permita anticiparse y solicitar la declaración de concurso, no por insolvencia actual, pero sí inminente. Y el segundo establecido en el artículo 104<sup>8</sup>, que permite al deudor, una vez que está en concurso, presentar una propuesta anticipada de convenio a sus acreedores.

En ninguna de estas dos posibilidades se evita el concurso. Mientras que con la primera se anticipa; con la segunda, una vez iniciado el concurso, se adelanta la obtención de un convenio. Por tanto, no se puede decir que sean dos

---

<sup>6</sup> Miguel García Posadas y Raquel Vegas (2018): “Las reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión” Banco de España, páginas 12-15. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosTrabajo/16/Fich/dt1610.pdf>

<sup>7</sup> “Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones” (Artículo 2.3 Ley Concursal)

<sup>8</sup> “Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio” (Artículo 104.1 Ley Concursal)

instrumentos preconcursales. La única opción que tenía el deudor era negociar privadamente con cada uno de sus acreedores, y esto no impedía que otros acreedores pudieran solicitar la declaración de concurso.

De forma que, en el proceso de las sucesivas reformas a partir de la crisis, se han ido incorporando instrumentos preconcursales que no estaban presentes. Y concretamente los dos instrumentos incorporados a la Ley Concursal son dos:

- Acuerdos de refinanciación, en la reforma de 2009.
- Acuerdos extrajudiciales de pagos, en la reforma de 2013.

#### *1.1.2.1 Evolución legislativa del acuerdo extrajudicial de pago hasta la actualidad.*

Para comprender mejor estos instrumentos preconcursales y, en concreto, el acuerdo extrajudicial de pago, se hará a continuación un breve resumen de su evolución legislativa hasta su configuración actual (Francisco Javier Arias Varona 2011)<sup>9</sup>.

Se introdujeron con la reforma de 2013, con la Ley de Apoyo a los Emprendedores<sup>10</sup>. Estos acuerdos eran necesarios pues los acuerdos de refinanciación estaban pensados para grandes empresas. Por ello se necesitó la regulación de los acuerdos extrajudiciales de pago para todos aquellos pequeños deudores con un pasivo inferior a 5 millones de euros. Se introdujo su regulación en la Ley Concursal en los artículos 231 a 242.

En estos acuerdos, el deudor en vez de negociar con sus acreedores, lo que hace es acudir a un registrador o a un notario y solicitar un mediador concursal. De forma que la negociación con sus acreedores es apoyada por este mediador

---

<sup>9</sup> Francisco Javier Arias Varona (2011): "Instituciones Preconcursales. Responsabilidad De Administradores Sociales Y Concurso. ¿Dónde Está Y Hacia Dónde Se Dirige El Derecho Español?" Revista Mercatoria Volumen 10, Número 2, páginas 208-218.

<sup>10</sup> Su interés para este estudio radica en que son un requisito para poder solicitar el mecanismo de la segunda oportunidad.

que ayuda al pequeño deudor a elaborar un plan de pagos, convocar a los acreedores y le asiste en el proceso.

Si se logra aprobar, se evita su concurso, y el deudor debe cumplir el plan de pagos. Si no fuera así, el deudor debe acudir al procedimiento concursal que había tratado de evitar. Esto se denomina concurso consecutivo, que sería el concurso que tiene lugar una vez que el acuerdo no se ha alcanzado, o haya sido anulado, o bien se haya simplemente incumplido.

La reforma de la Ley Concursal de 2013<sup>11</sup> abrió la posibilidad de que el deudor empresario hubiera condonado o remitido una parte del pasivo pendiente una vez que su patrimonio hubiera sido liquidado en ese concurso consecutivo. Este es el precedente de la actual regulación de la segunda oportunidad en nuestro ordenamiento.

En su génesis, los acuerdos extrajudiciales de pago estaban pensados para deudores empresarios de menor tamaño, pero no incluían deudores que no fueran empresarios. Esto cambió con la reforma de la Ley Concursal de 2015, impulsada por la Ley de la segunda oportunidad española<sup>12</sup>, reformando notorios aspectos del acuerdo extrajudicial de pagos y añadiendo el artículo 178.bis, que analizaremos en los siguientes epígrafes, donde se establece la posibilidad de que el deudor persona natural vea condonada una parte de su pasivo pendiente, sea empresario o no.

### 1.1.3 Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad

Con la Ley 25/2015 de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, se buscó volver a incorporar al ciclo económico de la sociedad a la persona física que, tras un fracaso económico, se encuentra en una situación de sobreendeudamiento. Se trata pues, de que una mala fortuna sobrevenida de una persona se pueda revertir, sin que ésta influya como un lastre perpetuo para desarrollar cualquier otra

---

<sup>11</sup> Introducida por la Ley de Emprendedores de 27 de septiembre de 2013.

<sup>12</sup> Ley 25/2015 de 28 de Julio, sobre el mecanismo de la segunda oportunidad

actividad económica durante el resto de su vida (Blas A. González Navarro 2020)<sup>13</sup>.

Vino a reformar 24 leyes, de manera que 9 fueron reformadas por su articulado y las restantes por sus disposiciones finales. Este estudio no entrará a analizar todas las reformas, sino que se detendrá exclusivamente en la que tuvo que ver con la Ley Concursal.

Introdujo dos importantes modificaciones en la Ley Concursal. Por un lado, la inclusión del artículo 178.bis, donde se regula la exoneración del pasivo insatisfecho; y, por otro lado, las reformas del acuerdo extrajudicial de pagos que, como se verá más adelante, fue un requisito necesario en la regulación anterior para la solicitud del mecanismo de la segunda oportunidad.

## 1.2 Antecedentes de hecho

Durante los años posteriores a la caída de *Lehman Brothers*, que se considera el inicio de la crisis de las hipotecas *subprime* de 2008, el volumen de procedimientos concursales aumentó en tasas superiores al 100%. Esta tendencia se mantuvo durante varios años (Miguel García Posadas y Raquel Vegas 2018).

Esta crisis fue producto de una mala *praxis* de los grandes bancos comerciales y de inversión de *Wall Street*, que comenzaron a vender unos títulos nuevos que se componían de grandes paquetes de hipotecas. Al principio las hipotecas, que se creían valores seguros (pues todo el mundo paga su hipoteca), eran de alta calidad crediticia, y como el mercado inmobiliario no paraba de subir, todo el mundo quería adquirir esos títulos, por lo que su valor también subía.

Pero después se empezó a generar una burbuja. Los préstamos hipotecarios se empezaron a otorgar sin sentido ni criterio a todo el mundo, pues la gente que

---

<sup>13</sup> Blas A. González Navarro (2020): "Cambios en la Ley Concursal: La exoneración del pasivo insatisfecho. La Directiva de Segunda Oportunidad." Cuadernos de Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, CEFI, nº 89 pags. 87-104. Disponible en <https://blasgonzalez.com/cambios-en-la-ley-concursal-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-la-directiva-de-segunda-oportunidad/#volver1>

realmente podía pagar una hipoteca ya tenía una. Las nuevas hipotecas se daban a gente con pocos recursos y con un alto riesgo de impago (hipotecas *subprime*). Los bancos comerciales, una vez se las concedían a la gente, se las vendían a los bancos de inversión, y de este modo recuperaban directamente ese préstamo. Razón por la cual no les importaba que fueran impagadas y las concedían sin requisitos ni avales.

Mientras tanto, los bancos de inversión cogían esas hipotecas “basura”, las mezclaban con hipotecas “buenas”, y creaban un monstruo financiero que vendían a inversores. Esta aberración financiera eran valores conformados por infinidad de paquetes de hipotecas tanto “basura” como “buenas”. La idea es que las hipotecas “buenas” taparan las “basura” y sostuvieran el valor del título. Y no importaba que las hipotecas no se pudieran pagar, lo importante era mantener la maquinaria activa.

Además, estos valores estaban calificados, por las Entidades Calificadoras, como valores triple A, es decir, valores con alta calidad crediticia, cuando en realidad no lo eran. Esto sucedía porque si una Entidad Calificadora no les daba el máximo *rating*, los bancos de inversión se iban a la competencia. Con el fin de obtener beneficios estas entidades daban la calificación crediticia más alta sin comprobar realmente la calidad de esta.

Esto se tradujo en que las familias se sobreendeudaban, pagaban sus hipotecas con otras hipotecas y así sucesivamente. Cuando finalmente hubo una avalancha de impagos de hipotecas, esos títulos “*Frankenstein*” perdieron todo su valor. Ello provocó que los inversores perdieran todo su dinero, que muchas familias perdieran su casa y que grandes bancos quebraran. De esta manera, Estados Unidos arrastró al resto de países a la mayor crisis financiera del siglo XXI.

La consecuencia de todo esto es que la gente, en 2008, estaba muy endeudada, y por ello se dispararon los casos de procedimientos concursales. Y es en este punto en el que se pone a examen la Ley Concursal de 2003, ¿estaría preparada para atender a esa avalancha y, lo que es aún más importante, para proteger los intereses tanto de deudores como de acreedores?

Lo que puso de manifiesto esta crisis es que la Ley Concursal española no estaba preparada para acoger una situación de ese tipo. Y es por esto por lo que hubo varias reformas (Miguel García Posadas y Raquel Vegas 2018).

- En 2009, por un Real Decreto-Ley de 27 de marzo, con la aparición de los instrumentos preconcursales.
- La Ley de 2011, que afectó a más de la mitad de los artículos. Se reguló de nuevo la administración concursal, se flexibilizó la liquidación con el fin de facilitarla y anticiparla lo más posible, y se recogió la posibilidad de homologar los acuerdos de refinanciación preconcursal.
- La anteriormente citada en 2013, que fue una nueva reforma con ocasión de la Ley de Emprendedores de 27 de septiembre, para regular los acuerdos extrajudiciales de pago y para abrir una primera posibilidad a la segunda oportunidad o exoneración del pasivo pendiente. Aunque solo se aplicaba a empresarios, y no a personas físicas no empresarias.
- En 2014 hubo tres reformas: una por Real Decreto-Ley, que luego fue Ley, y otra por Real Decreto-Ley, con el fin de facilitar las operaciones de reestructuración, entre otras cuestiones.
- La reforma de 2015, mencionada también anteriormente, que ha dado una regulación más actualizada a la segunda oportunidad, incluyendo a los deudores personas físicas no empresarias, con el fin de facilitar que pudieran cambiar su mala situación con la exoneración de una parte del pasivo insatisfecho.
- Por último, el Texto Refundido de la Ley Concursal que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020. Este Texto ha pretendido armonizar y clarificar todas las reformas que ha sufrido la Ley Concursal durante estos años.

## 2. LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

Con anterioridad al Texto Refundido de la Ley Concursal, encontrábamos en la antigua Ley Concursal la regulación, en concreto, del mecanismo de la segunda oportunidad para el deudor persona física. Siendo este procedimiento un elemento clave para la vida económica, tanto para la persona que ha caído en peor fortuna, como para el resto de la sociedad.

Es una idea que se ve reflejada en la exposición de motivos de la Ley 25/2015 sobre el mecanismo de la segunda oportunidad. Como ha manifestado Blas A. González Navarro (2020), ya desde los primeros párrafos, la exposición de motivos nos advierte que un sistema en el que no se articula un mecanismo de segunda oportunidad supone un atentado contra los incentivos de las personas para acometer nuevos proyectos económicos e, incluso, para la propia supervivencia dentro del propio ciclo económico. Se argumenta que el hecho de que no exista este tipo de mecanismo perjudica no solo al deudor, sino también al acreedor, ya que este tipo de procedimientos “son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo” (Exposición de motivos, Ley 25/2015)

Asimismo, en la Exposición de motivos, se explicita una evidente realidad. Cuando el sistema carece de este mecanismo, se produce una discriminación, concretamente, entre las personas que deciden llevar sus actividades económicas a través del “velo de una persona jurídica” (Exposición de motivos, Ley 25/2015), las cuales extinguen sus obligaciones al extinguir la entidad jurídica<sup>14</sup>; y las personas naturales que deciden endeudarse en su propio nombre

---

<sup>14</sup> Esta limitación de responsabilidad alcanza a los socios de la sociedad, pero no a la sociedad misma, que deberá responder de sus deudas con todo su patrimonio presente y futuro. “La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Si en el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil” (Exposición de Motivos Ley 25/2015)

y cuenta, a las que se les aplica el régimen del artículo 1.911 del Código Civil donde se recoge la responsabilidad patrimonial universal (Ferrer Soler, 2020)<sup>15</sup>.

Además, quedan recogidos los que para la Ley son los pilares básicos del mecanismo de segunda oportunidad: la buena fe del deudor y la liquidación de su patrimonio.

Por ello, una vez analizado los aspectos más importantes de la Exposición de motivos de la Ley 25/2015, se pasa a detallar la modificación que dicha Ley impuso a la Ley Concursal: la inclusión del artículo 178.bis y la modificación del acuerdo extrajudicial de pagos.

## **2.1. El artículo 178.bis de la anterior Ley Concursal de 2003**

El artículo 178.2 de la anterior Ley Concursal de 2003 establecía la regla general en los supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, donde figura que con carácter general el deudor persona física queda sujeta al pago de los créditos que resten. Esta regla es una aplicación en total consonancia con la responsabilidad patrimonial universal recogida en el artículo 1.911 del Código Civil (Ferrer Soler, 2020).

La introducción del 178.bis, que establecía el “beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho” (comúnmente denominado BEPI, por sus siglas), fue por ello tan relevante, ya que configura una excepción a la regla general del artículo 178.2 LC, cuyo fin último es modular dicha responsabilidad patrimonial universal de los deudores personas físicas, sean empresario o no.

El citado artículo establece los requisitos que, con carácter general, se deben cumplir para que se pueda aplicar esta exoneración del pasivo insatisfecho: por un lado, que el deudor persona natural lo sea de buena fe; y por otro, que haya concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

---

<sup>15</sup> Ferrer Asociados (2020): “Ley de segunda oportunidad. Alternativas para la exoneración del pasivo insatisfecho. Nota a la sentencia del pleno del tribunal supremo de 2 de julio de 2019” Disponible en <https://ferrerasociados.com/ley-de-segunda-oportunidad-alternativas-para-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-nota-a-la-sentencia-del-pleno-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019/>

Asimismo, diferencia dos posibilidades para que el deudor lo solicite según el umbral de pasivo mínimo exigido que haya satisfecho, es decir, los créditos que haya podido pagar (Blas A. González Navarro 2020).

Tal y como se establece en el 178.bis, y si el deudor cumple con todos los requisitos, se podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho al juez del concurso “dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3” (Artículo 178.bis.2 de la Ley Concursal).

### 2.1.1 El requisito de la buena fe

En el tercer párrafo del artículo 178.bis se establece un elenco de requisitos que se deben cumplir para entender que estamos ante un deudor de buena fe. Esto es muy relevante ya que el deudor lo sea de buena fe es una *conditio sine qua non* para la aplicación de esta excepción.

En atención a la jurisprudencia, cabe señalar que este precepto no tiene en cuenta las condiciones generales de la buena fe recogidas en el artículo 7.1 del Código Civil; por ello, si se cumplen los requisitos previstos en el propio precepto se puede hablar de buena fe concursal en materia de exoneración del pasivo insatisfecho<sup>16</sup>.

A continuación, se analizan los requisitos que la Ley establece para que se pueda hablar de buena fe del deudor natural (Ferrer Soler y José Antonio, 2019)<sup>17</sup>:

1. Que no haya sido declarado el concurso culpable. El art. 178.bis, no obstante, permite, como excepción, que el juez pueda conceder el

---

<sup>16</sup> Conclusión de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, relativa al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Fundamento de derecho segundo “la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del art. 7.1 CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC. La naturaleza de estos requisitos es heterogénea.”

<sup>17</sup> Ferrer Soler y José Antonio (2019): “La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, relativa al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho” LegalToday. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/concursal/la-sentencia-del-pleno-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019-relativa-al-beneficio-de-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-2019-09-04/>

beneficio, en atención a las circunstancias del caso, pero siempre que no haya mediado dolo o culpa grave del deudor si se cumple la circunstancia del artículo 165.1. 1º de la Ley Concursal.<sup>18</sup>

2. Que el deudor no haya sido condenado en los 10 años anteriores a la declaración del concurso por delitos “contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores” (Artículo 178.bis.3.2º de la Ley Concursal).
3. Que haya celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Estos son los requisitos que el deudor debe cumplir con independencia de cuál sea la alternativa que tome a la hora de solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

#### 2.1.2. El requisito de la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa

El mecanismo de la segunda oportunidad española exige la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa. El artículo 178 hace referencia a los efectos de la conclusión del concurso. En su apartado segundo establece que, en caso de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural queda responsable del pago de los créditos restantes.

Se establece pues, en este apartado, la regla general en los supuestos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa. De modo que el mecanismo de la segunda oportunidad se configura como una excepción a la regla en general, como indica Blas A. González Navarro (2020), y por ello el

---

<sup>18</sup> Referido al incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso.

artículo 178.bis.1 comienza estableciendo que el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho podrá ser solicitado si el concurso ha concluido por liquidación o por insuficiencia de masa activa.

En este sentido cabe analizar la reforma que modificó el artículo 176 bis, que introdujo una interesante novedad. Es oportuno recordar que el artículo 176.bis regula las especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (Pilar López Barrau, 2018; Carlos Guerrero, 2012)<sup>19</sup>.

Se añadió en su apartado cuarto que el juez puede concluir el concurso por insuficiencia de la masa activa si aprecia de manera evidente “que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.” (Artículo 176.bis.4 de la Ley Concursal).

En el caso del deudor persona natural, una vez concluido el concurso a tenor de este precepto, el juez designa un mediador concursal que liquida los bienes existentes y paga los créditos contra la masa. Tras esta liquidación, el deudor puede solicitar el mecanismo de la segunda oportunidad. De este modo el artículo 176.bis se remite al artículo 178.bis (José Félix Merino Escartín y M.<sup>a</sup> Belén Merino Espinar, 2015)<sup>20</sup>.

### 2.1.3. Las dos alternativas para solicitar la segunda oportunidad

El artículo 178.bis en su apartado tercero, ordinal 4º y 5º, establece las dos posibilidades que el deudor persona física tiene para poder solicitar la

---

<sup>19</sup> Pilar López Barrau (2018): “Créditos contra la masa prededucibles del artículo 176.bis de la ley concursal y su eventual aplicación a los generados en fase común” Dictum Abogados. Disponible en <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/creditos-la-masa-prededucibles-del-articulo-176-bis-la-ley-concursal-eventual-aplicacion-los-generados-fase-comun/17845/>

Carlos Guerrero (2012): “El Persianazo judicial del Artículo 176 bis, 4 de la Ley Concursal” Diario Jurídico. Disponible en <https://www.diariojuridico.com/el-persianazo-judicial-del-articulo-176-bis-4-de-la-ley-concursal/>

<sup>20</sup> José Félix Merino Escartín y M.<sup>a</sup> Belén Merino Espinar (2015): “Resumen de la Ley de Mecanismo de la Segunda Oportunidad” Notarios y Registradores. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-de-la-ley-de-mecanismo-de-la-segunda-oportunidad/#1-c-ley-concursal-otras-modificaciones->

exoneración del pasivo insatisfecho, basándose en la distinción de los diferentes créditos que el deudor ha satisfecho, o umbral de pasivo mínimo exigido, y siempre que cumpla con los requisitos que se acaban de analizar (Ferrer Soler, 2020).

En el artículo 178.bis.3. 4º se establece la exoneración de manera inmediata si el deudor puede pagar el umbral de pasivo mínimo. Una vez se cumplan los requisitos analizados y siempre “que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados” (artículo 178.bis.3.4º de la Ley Concursal), se podrá exonerar la deuda que quede pendiente. Esta modalidad da la posibilidad al deudor para que solicite el beneficio siempre que haya pagado la totalidad de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados. Esta modalidad es la que ya estaba contenida en la primera regulación del mecanismo en el 2013<sup>21</sup>, pero debido a que los créditos citados son, en el mayor de los casos, la totalidad del pasivo del deudor, apenas se aplicó hasta la reforma del mecanismo en 2015.

Además, dicho ordinal 4º regula, en su parte final, una excepción al requisito general de intentar un acuerdo extrajudicial de pagos. En el supuesto de no haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos<sup>22</sup>, el deudor podrá solicitar el beneficio siempre que, además de haber satisfecho los créditos ya citados, haya pagado el 25% de los créditos concursales ordinarios.

En el 178.bis.3. 5º se regula el procedimiento para la exoneración del pasivo insatisfecho de modo diferido<sup>23</sup>, cuando el deudor no puede pagar ese umbral de pasivo mínimo y se tiene que someter a un plan de pagos. En esta modalidad el deudor no ha satisfecho los créditos del apartado anterior, por lo que, previa aprobación de un plan de pagos, se le da un plazo de cinco años para hacerlo,

---

<sup>21</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

<sup>22</sup> Esta excepción ha supuesto un gran debate doctrinario: por un lado, están los que sostienen que el precepto hace referencia al mero intento de haber celebrado el acuerdo extrajudicial de pagos, de modo que, según ellos, las persona que no reúnan los requisitos necesarios para poder celebrar dicho acuerdo no se podrán someter al régimen general del mecanismo y tendrán, de todos modos, que pagar el 25% de los créditos ordinarios, además del umbral de pasivo mínimo exigido (créditos contra la masa y créditos privilegiados) para poder solicitar el mecanismo; y, por otro lado, están los que defienden que este precepto solo se aplica a los deudores que pudiendo haber celebrado el acuerdo extrajudicial de pagos, no lo han hecho. Esta segunda interpretación es la que ha seguido el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, por lo que desde el 1 de septiembre de 2020 el debate doctrinario ha devenido en anecdótico.

<sup>23</sup> Modalidad introducida con la reforma de 2015 de la Ley Concursal.

salvo que los créditos tengan un vencimiento superior. Por ello se fijan una serie de requisitos que el deudor debe cumplir para poder solicitar el beneficio de la exoneración por medio de esta modalidad:

- I. Aceptar someterse al plan de pagos.
- II. No incumplir las obligaciones de colaboración con la administración concursal.
- III. No haber obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.
- IV. No haber rechazado en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.
- V. Aceptar de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.

#### 2.1.4 El plan de pagos.

En la modalidad diferida se requiere la aprobación por el juez, habiendo escuchado a las partes (que tienen un plazo de 10 días para manifestarse), de un plan de pagos propuesto por el deudor. Este plan, a tenor de lo dispuesto en el apartado 6, hace referencia a cómo se satisfarán los créditos que no pueden ser objeto de exoneración conforme a lo establecido en dicho artículo 178.bis.

Es importante, por ello, determinar cuáles son los créditos que pueden ser objeto de exoneración, ya que la ley establece unos *numerus clausus*, no pudiendo serlo cualquier tipo de crédito. Esto se establece en el apartado 5 del citado artículo donde figuran los créditos que podrán ser objeto de exoneración (José Félix Merino Escartín y M.<sup>a</sup> Belén Merino Espinar, 2015):

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

2.º Respecto de los créditos enumerados en el artículo 90.1<sup>24</sup>, la parte de estos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado.

De modo que los créditos que no estén establecidos en este apartado no podrán ser objeto de exoneración, y el plan de pagos deberá determinar cómo se procederá a su pago a lo largo del plazo de cinco años, excepto si el vencimiento es superior. Además, durante estos cinco años los créditos no podrán devengar intereses.

#### 2.1.5 Especial mención a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo del 2 de julio 2019

En esta sentencia son tres las interpretaciones del artículo 178.bis que el Tribunal aporta y que se analizarán a continuación.

En primer lugar, se hace una mención del requisito subjetivo ya analizado: la buena fe. El Tribunal Supremo concluye que no se debe acudir al artículo 7.1 del Código Civil donde se configura con carácter general la buena fe, sino que se debe atender exclusivamente a los elementos que se consideran en el artículo 178 bis, apartado 3. De modo que el cumplimiento de estos requisitos hace que podamos hablar de buena fe del deudor en el ámbito concursal<sup>25</sup>.

La segunda interpretación del Tribunal Supremo tiene que ver con el cambio de alternativa durante el trámite de contestación a la demanda de oposición del incidente concursal<sup>26</sup>. Según el alto Tribunal, si un deudor se acoge a la

---

<sup>24</sup> Créditos con privilegio especial.

<sup>25</sup> Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo número 381/2019 de 2 julio de 2019

<sup>26</sup> Fundamento de Derecho primero de la Sentencia del Tribunal Supremo número 381/2019 de 2 julio de 2019

modalidad del artículo 178.bis.3. 4º o exoneración inmediata, en caso de que se encuentren créditos contra la masa y con privilegio general pendientes de pago (que inicialmente el deudor no indicó), el deudor se podrá acoger a la modalidad del 178.bis.3 5º o exoneración diferida, y proponer un plan de pago para continuar con el procedimiento.<sup>27</sup>

Por último, la tercera interpretación del tribunal Supremo tiene que ver con los créditos de derecho público en dos puntos<sup>28</sup>.

El primero de estos puntos hace referencia al problema que existe en cuanto al tratamiento de los créditos públicos en el mecanismo de la segunda oportunidad. Hay que destacar, en primer lugar, que este tipo de créditos no configura una categoría autónoma de créditos concursales. Por el contrario, el crédito público se debe descomponer en créditos privilegiados, subordinados u ordinarios según las reglas que establece la Ley Concursal (José María Fernández Seijo, 2020)<sup>29</sup>.

Se va a considerar crédito privilegiado la totalidad de las retenciones (artículo 91.2º Ley Concursal) y la mitad del conjunto de los créditos públicos restantes que no sean retenciones, mientras que la otra mitad será considerada como crédito ordinario. Los recargos, intereses y sanciones se califican como crédito subordinado (artículo 92.4º Ley Concursal).

Teniendo en cuenta lo anterior, no supone un problema de interpretación, a tenor de la modalidad de exoneración por pago del umbral de pasivo mínimo del artículo 178.bis.3.4º, que la parte de los créditos públicos con calificación de ordinarios y subordinados queden exonerados. Esto es así porque la Ley Concursal nos indica que, si el deudor paga los créditos privilegiados y contra la

---

<sup>27</sup> Esta opción aparece recogida en el futuro Texto Refundido de la Ley Concursal en su artículo 489.4 "Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al deudor de los escritos que se hubieran presentado a fin de que, dentro del plazo que al efecto le conceda, manifieste si mantiene la solicitud inicial o si, desistiendo del régimen legal general para la exoneración, opta por exoneración mediante la aprobación judicial de un plan de pagos. Si no manifestara lo contrario, se entenderá que el deudor mantiene la solicitud inicial. Si optara por esta posibilidad, deberá acompañar propuesta de plan de pagos, tramitándose la solicitud conforme a lo establecido en la sección siguiente"

<sup>28</sup> Fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo número 381/2019 de 2 julio de 2019.

<sup>29</sup> José Mª Fernández Seijo (2020): "La exoneración del crédito público en los procedimientos de segunda oportunidad" Almacén de Derecho. Disponible en <https://almacendederecho.org/la-exoneracion-del-credito-publico-en-los-procedimientos-de-segunda-oportunidad>

masa, podrá exonerar el resto de los créditos sin tener que someterse a un plan de pagos. Y esto incluye a la parte de los créditos de derecho público calificados como ordinarios y subordinados<sup>30</sup>.

Sin embargo, el problema surge con la modalidad diferida del artículo 178.bis.3.5<sup>o</sup>, ya que el artículo 178.bis.5.1<sup>o</sup>, que hace referencia a la modalidad diferida, establece que no podrán ser objeto de exoneración los “créditos de derecho público y por alimentos”.

Por lo tanto, y como señala Matilde Cuenca Casas (2020)<sup>31</sup>, se puede notar en la regulación una clara discriminación. Los deudores, con una situación más liviana en cuanto a sus deudas y que se puedan acoger al mecanismo por el procedimiento general, podrán ver exonerada una parte de los créditos de derecho público. Mientras que los deudores que tengan una situación más comprometida y se tengan que acoger a un plan de pagos tendrán que incluir en el mismo la totalidad de los créditos de derecho público, pues así lo establece claramente el artículo 178.bis.5.1<sup>o</sup>.

Continúa expresando Matilde Cuenca Casas (2020)<sup>32</sup> que el Tribunal Supremo da una salida a este evidente problema con una interpretación teleológica de la norma. Desvirtúa de manera sistémica al mecanismo de la segunda oportunidad que parte de los créditos de derecho público, que suelen ser los adeudos más cuantiosos, no puedan ser exonerados si se acude por la modalidad de exoneración diferida. Por ello, el Tribunal Supremo en esta sentencia concluye que el crédito público que se debe incluir en el plan de pagos es el calificado como privilegiado, dejando así la vía libre para que el resto del crédito público, el ordinario y el subordinado, se exonere de manera provisional hasta la declaración de exoneración definitiva.

---

<sup>30</sup> En la regulación actual del Texto Refundido de la Ley Concursal esto ya no es posible. El legislador se ha desmarcado de esta argumentación jurisprudencial y en su articulado establece que los créditos de derecho público no son objeto de exoneración en ninguna de las dos modalidades.

<sup>31</sup> Matilde Cuenca Casas (2020): “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español” Diario la Ley. Disponible en [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDE2MTM7Wy1KLizPw827DM9NS8kiS15JzUxCKXxJJU58Sc1LyUxCLbkKLSVABu00M7NwAAAA==WKE#DT0000304346\\_NOTA1](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDE2MTM7Wy1KLizPw827DM9NS8kiS15JzUxCKXxJJU58Sc1LyUxCLbkKLSVABu00M7NwAAAA==WKE#DT0000304346_NOTA1)

<sup>32</sup> Matilde Cuenca Casas (2020): *ibidem*.

En lo referente al segundo de los puntos, este tiene que ver con el diferimiento de los créditos de derecho público. Hasta el pronunciamiento del alto tribunal existía una duda interpretativa en el artículo 178.bis. Esta emanaba del tercer párrafo del apartado 6º, donde se estipula que en los relativo a “los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica” (artículo 178.bis.6 de la Ley Concursal).

Esto generaba bastantes dudas de interpretación, como ha manifestado Ferrer Soler (2020). Por un lado, se plantea si es el acreedor de derecho público el que aprueba y concede los aplazamientos o fraccionamientos de estos créditos, no pudiendo estos formar parte del plan de pago; o, por el contrario, si es el juez del concurso quien decide sobre estos diferimientos de pago de acuerdo con la normativa aplicable a los créditos de derecho público relativos a aplazamientos y fraccionamientos, y por lo tanto se pueden incluir en el plan de pagos.

En esta sentencia el Tribunal Supremo concluye diciendo que “Por una parte, se prevé un plan para asegurar el pago de aquellos créditos (contra la masa y privilegiados) en cinco años, que ha de ser aprobado por la autoridad judicial, y de otra se remite a los mecanismos administrativos para la concesión por el acreedor público del fraccionamiento o aplazamiento de pago de sus créditos. Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso al acreedor público. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el artículo 178 bis LC por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial. El juez, previamente, debe oír a las partes personadas (también al acreedor público) sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender sólo a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobarción del plan.” (Fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo número 381/2019 de 2 julio de 2019).

Por lo cual, esta sentencia, solucionando el problema interpretativo, se decanta por que sea el juez del concurso el que tenga la competencia para aprobar el plan de pago, y por tanto los créditos de derecho público puedan formar parte de él, rigiéndose por su normativa especial.

Además, una vez escuchados todos los acreedores incluido el ente público, el Tribunal Supremo entiende que al juez no le vincula lo que el acreedor público considere, pudiéndose desmarcar de este. El juez debe atender a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobación del plan, de modo que podrá aprobar, modificar o desaprobar un plan de pagos según los criterios que considere oportunos, teniendo en cuenta el caso concreto.

#### 2.1.6 El procedimiento del artículo 178.bis.

##### *2.1.6.1 Solicitud*

El deudor presenta la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho al juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido. Tras formalizar la solicitud se da traslado de esta a los acreedores, con el fin de que formulen todas aquellas consideraciones que consideren oportunas en el plazo de cinco días.

Si no existiese oposición a la solicitud por parte de los acreedores, el juez concederá, de manera provisional<sup>33</sup>, el beneficio de la exoneración del pasivo restante, además de la declaración de finalización del concurso.

##### *2.1.6.2 Oposición y acciones*

Si por el contrario existe oposición, esta solo se podrá hacer efectiva en el caso en el que no concurra cualquiera de los requisitos antes mencionados. Si se da

---

<sup>33</sup> Hasta que el deudor pruebe su buena fe y con ello se gane el derecho para poder aplicar esta excepción a la norma general.

este supuesto, supondrá un incidente concursal y hasta que el juez no lo resuelva, no se podrá concluir el concurso.

Los acreedores no tendrán acción contra los deudores una vez que sus créditos se hayan extinguido a raíz de la exoneración. No obstante, mantendrán las acciones previstas por la ley contra los avalistas y fiadores, sin que estos se puedan subrogar en la posición de acreedores del deudor. De este modo, los avalistas y fiadores cargarán con el peso de la deuda sin poder revertirlo sobre el patrimonio del deudor posteriormente.

Cuando el deudor esté casado en régimen económico matrimonial de gananciales, la exoneración de la deuda alcanzará a su cónyuge, aunque no haya declarado su propio concurso, sobre las deudas anteriores al concurso que recaigan sobre el patrimonio común.

#### *2.1.6.3 La Revocación*

Se regula en el apartado 7 de este artículo. La puede solicitar cualquier acreedor concursal al que le haya afectado la exoneración del pasivo. Lo deberá hacer durante los cinco años siguientes a su concesión y siempre que haya concurrido alguno de estos supuestos:

- a) Que el deudor incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.
- b) En su caso, que el deudor incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos. Aunque existe una excepción a esta circunstancia en el apartado 8, donde se establece que, aunque se haya incumplido con dicha obligación, se podrá declarar la exoneración definitiva del pasivo siempre que “hubiese destinado al cumplimiento del plan de pago, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración

de inembargables<sup>34</sup> (artículo 178.bis.8 de la Ley Concursal) o de una cuarta parte en caso de deudores en situación de exclusión social.

- c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos<sup>35</sup>. Siendo este un requisito bastante criticado, pues se entiende que desincentiva enormemente al deudor a mejorar su situación si esto va a colocarle en una peor situación de la que estaba antes.
  
- d) Se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados, salvo que fueran inembargables. Ya que esto iría en contra del requisito de buena fe que se exige del deudor.

#### *2.1.6.4 Concesión Definitiva*

Por último, y como establece el apartado 8 de este artículo, “transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior sin que se haya revocado el beneficio, el Juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso” (artículo 178.bis.8 de la Ley Concursal).

De modo que la parte del pasivo que obtuvo la exoneración provisional tras la aprobación del plan de pagos obtendrá, de manera definitiva, la exoneración.

---

<sup>34</sup> A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargable los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa

<sup>35</sup> Que es, quizás, el elemento más criticado por la doctrina. Ya que se configura como una losa para el futuro económico del deudor, pues tendrá serios desincentivos para intentar devenir en mejor fortuna si esto le va a suponer la revocación del pasivo exonerado y colocarse en una peor situación que la anterior. Va en contra del propio fin de la segunda oportunidad y por ello ha sido tan criticado. Matilde Cuenca Casas (2015).

La obtención de este beneficio de exoneración del pasivo se inscribe en el Registro Público Concursal, con acceso público durante cinco años. Sin embargo, solo podrán tener acceso los que tengan un interés legítimo que comprobará el encargado del Registro Público Concursal. Contra la resolución definitiva no cabe recurso.

## **2.2 Modificación del acuerdo extrajudicial de pagos**

La segunda gran modificación de la Ley Concursal, que emana de la Ley 25/2015, es la del acuerdo extrajudicial de pagos. Citada ley aporta un elenco de reformas de los artículos 231 y siguientes del Título X de la Ley Concursal.

Este estudio se va a centrar en los puntos más relevantes de la reforma, que introdujeron modificaciones en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos, y que han establecido José Félix Merino Escartín y M.<sup>a</sup> Belén Merino Espinar (2015).

Lo que se busca con la modificación del acuerdo extrajudicial de pagos es potenciarlo y favorecer esta vía en los casos de insolvencia más sencillos. De este modo se hace una ampliación de la legitimación activa para poder utilizar este instrumento preconcursal. Por un lado, se permite a cualquier deudor persona natural que lo inste, no necesitando la condición de empresario. Este, es, quizás, unos de los puntos más relevantes de las modificaciones del acuerdo extrajudicial de pago. Ampliando la legitimación a los deudores personas físicas se abre ante ellos la posibilidad de utilizar el beneficio de exoneración por el pasivo insatisfecho o “segunda oportunidad”, permitiéndoles no arrastrar una deuda, a tenor del artículo 1.911 de Código Civil, el resto de sus vidas.

Este es un punto clave de este estudio. Se ha analizado con anterioridad como en la propia exposición de motivos de la norma se fija como alma de la propia Ley que los deudores puedan recuperarse y volver al ciclo de la vida económica. Y esto se consigue, necesariamente, haciendo que tanto los empresarios como las personas físicas no empresarias puedan utilizar el beneficio de exoneración

del pasivo insatisfecho si cumplen una serie de requisitos. Se busca, en definitiva, dar una segunda oportunidad efectiva a todo el mundo.

Además, se facilita el uso de este instrumento preconcursal reduciendo los supuestos en los cuales se excluye la posibilidad de este. De este modo dejan de ser supuestos excluidos para poder instar este instrumento:

- a) la falta de inscripción en el Registro mercantil cuando esta sea obligatoria,
- b) la falta de cumplimiento del deber de llevar contabilidad y depósito de cuentas,
- c) y cuando exista un concurso de cualquiera de los acreedores del deudor.

Aunque sí que es cierto que se aumenta el plazo en el supuesto de exclusión por previa homologación judicial de acuerdo de refinanciación, concurso o acuerdo extrajudicial, de modo que este pasa a ser de cinco años en vez de tres como estaba anteriormente establecido (José Félix Merino Escartín y M.<sup>a</sup> Belén Merino Espinar, 2015).

Otro punto novedoso que incluye la reforma hace referencia a la competencia para su tramitación. Todas las personas legitimadas para instar el acuerdo extrajudicial de pagos podrán, para solicitar el nombramiento del mediador e iniciar el expediente, “dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España” (Artículo 232.3 de la Ley Concursal).

En los casos de acuerdos extrajudiciales de pagos de las personas físicas se otorga potestativamente la competencia para su tramitación a los notarios, según establece el artículo 242.bis de la Ley Concursal.

### **2.3 Críticas al mecanismo de la segunda oportunidad español**

La inclusión en 2015, por medio del artículo 178.bis de la Ley Concursal, de un mecanismo de la segunda oportunidad más completo que el de la reforma de

2013, fue recibida con los brazos abiertos por parte de la sociedad en su conjunto (Blas A. González Navarro 2020).

Con el nuevo precepto se establecía un mecanismo del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho que vendría a garantizar que los deudores de buena fe no empresarios pudieran rehacer sus vidas en materia económica e, incluso, invertir en nuevos proyectos productivos. Esto era una noticia estupenda para una economía que empezaba a asomar la cabeza tras una larga crisis financiera.

Sin embargo, como pone de manifiesto Matilde Cuenca Casas (2020)<sup>36</sup>, tras cinco años de convivencia con esta nueva normativa, se han podido apreciar sus carencias en el terreno práctico. Se resaltarán a continuación las más importantes (Matilde Cuenca Casas, 2020)<sup>37</sup>.

Entre estas carencias se encuentra el problema ya tratado al analizar la Sentencia del Tribunal Supremo y su interpretación sobre los créditos de derecho público<sup>38</sup>.

Este problema, tal y como señala Matilde Cuenca Casas (2020)<sup>39</sup>, hace referencia a que el mecanismo de la segunda oportunidad favorece más a los deudores que tienen una situación patrimonial menos comprometida y pueden reunir los requisitos del artículo 178.bis.3.4<sup>o</sup>, el que regula la exoneración del pasivo de manera plena y definitiva, de modo que verán parte del crédito público exonerado al final del proceso.

Mientras que los deudores que no hayan podido pagar el umbral de pasivo mínimo exigido, tendrán que acudir al mecanismo por la vía del artículo 178.bis.3.5<sup>o</sup>, donde se configura como crédito no exonerable la totalidad de los créditos públicos.

---

<sup>36</sup> Matilde Cuenca Casas (2020): *Op. Cit.*

<sup>37</sup> Matilde Cuenca Casas (2020): *Ibidem.*

<sup>38</sup> La referencia la encontramos en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 381/2019 de 2 de julio de 2019.

<sup>39</sup> Matilde Cuenca Casas (2020): *Ibidem.*

Aparte de que los deudores con más dificultades patrimoniales tienen aún mayores impedimentos para la obtención del beneficio, que se verá dilatado en el tiempo hasta los cinco años siguientes, en los cuales vivirán en provisionalidad, y no acabarán de desprenderse de esa losa deficitaria que los oprime. Sufren, además, esa discriminación en cuanto a la exoneración de los créditos públicos.

La práctica ha demostrado que este tipo de deudores existen en mayor cuantía que los que pueden solicitar el mecanismo de la segunda oportunidad por la vía “rápida”. Debido a que las crisis económicas dejan en evidencia el excesivo sobreendeudamiento de las personas físicas, que no suele ser sutil.

Y aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo intentó, de algún modo, solventar este problema interpretativo, se puede ver que la norma está mal configurada. De hecho, el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal establece una nueva redacción en cuanto a los créditos de derecho público que no es del gusto de todos, aunque solucione la discriminación (Matilde Cuenca Casas, 2020)<sup>40</sup>. Se tratará sobre ello más adelante.

Otro problema de la normativa de carácter interpretativo, que aprecia Matilde Cuenca Casas (2020) y Blas A. González Navarro (2020), hace referencia al requisito del acuerdo extrajudicial de pagos previo para poder solicitar el mecanismo de la segunda oportunidad. El artículo 178.bis establece que, para acogerse a la modalidad general o inmediata, si el deudor no intenta un acuerdo extrajudicial de pagos previo deberá abonar, además de los créditos contra la masa y los privilegiados, el 25% de los créditos ordinarios. El problema surge con los deudores que no pueden acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos por no cumplir con los requisitos del artículo 231 de la Ley Concursal (como, por ejemplo, tener un pasivo superior a 5 millones de euros).

La duda que se plantea es si la norma alcanza al deudor que no puede celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos y por ello debe pagar necesariamente el 25% de los créditos ordinarios o, por el contrario, si la norma se refiere solamente al

---

<sup>40</sup> Matilde Cuenca Casas (2020): “El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho” Diario la Ley. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/07/08/el-regimen-de-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-de-la-ley-concursal-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho>

deudor que pudiendo celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos decide no hacerlo.

Son muchos los que entendieron que este precepto alcanzaba a todos los deudores, de modo que aquellos que no podían celebrar el acuerdo extrajudicial de pagos deberían pagar ese 25% del crédito ordinario, además de los créditos privilegiados y contra la masa, si querían solicitar el mecanismo de la segunda oportunidad.

El nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal da una solución a esta problemática, a mi modo de ver acertada, aunque cuanto menos discutible, que se analizará en los próximos apartados.

Otra duda que se plantea es en relación con la buena fe, en concreto, con los requisitos que se consideran para entender que el deudor ha actuado de buena fe. Uno de ellos, como se ha señalado anteriormente, hace referencia a si el deudor ha podido pagar el umbral de pasivo mínimo o no, y esto poco tiene que ver con la buena fe del deudor, más bien hace referencia a la capacidad económica de este. Además, se mezclan los criterios subjetivos y objetivos en la redacción del precepto.

Con la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal, como ya señalaba la Profesora Luisa María Esteban Ramos (2019) al hablar de él cuando estaba en fase de proyecto, se separan los criterios subjetivos de los objetivos, clarificando así la redacción, anteriormente confusa. Además, la satisfacción del umbral del pasivo mínimo pasa de ser un requisito esencial de la buena fe, a ser un mero requisito objetivo que nada tiene que ver con esta, aclaración que se ha recibido con buenos ojos por parte de la doctrina

Más problemas que ha puesto de manifiesto la operatividad del mecanismo hacen referencia a dificultades técnicas, con especial impacto en los operadores jurídicos del sector (Matilde Cuenca Casas, 2020). De entre todos los que existen se destacan dos:

1. En primer lugar, que la competencia judicial para conocer de los concursos de las personas físicas no empresarias esté atribuida a los jueces civiles generales

de Primera instancia. El problema es que ni letrados ni jueces de estos tribunales civiles suelen estar familiarizados con esta materia.

Ello provoca, como cabe suponer, muchas carencias en el sistema y, especialmente, muchos retrasos. Una solución que se viene solicitando por gran parte de la doctrina es que estos procedimientos se conozcan por los Juzgados de lo Mercantil, que tienen sobrada experiencia en la materia y están capacitados para resolver de forma más rápida las posibles incidencias que se produzcan en estos complejos procedimientos (Matilde Cuenca Casas, 2020).

2. Otro problema que cabe señalar son los pocos incentivos que tienen los mediadores concursales para aceptar la designación en los acuerdos extrajudiciales de pago en los expedientes de los deudores personas físicas no empresarios (Matilde Cuenca Casas, 2020).

Esto es así porque este tipo de expedientes tienen una retribución demasiado limitada por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 25/2015, donde se establece en su apartado b) que “Si el deudor fuera una persona natural sin actividad económica, se aplicará una reducción del 70 por ciento sobre la base de remuneración de la letra anterior”

Muchas veces, el expediente se aborta de manera prematura y abrupta cuando, una tras otro, los mediadores concursales designados aplicando el sistema secuencial previsto en el artículo 233.1 de la Ley concursal, no aceptan la designación. Si esto se dilata durante los dos meses de plazo legal que existe para llegar a un acuerdo, las posibilidades que tiene el deudor de obtener el beneficio por exoneración del pasivo insatisfecho pueden verse truncadas.

Sin embargo, la aplicación e interpretación jurisprudencial ha venido considerando que si esto ocurre se puede tener como intentado el acuerdo extrajudicial de pagos sin perjuicios para el deudor, posibilitando la tramitación del concurso consecutivo y, si cumple con el resto de los requisitos, pudiéndose beneficiar del mecanismo de la segunda oportunidad.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2019

Como se puede ver, la aplicación en la práctica de este mecanismo ha sido manifiestamente mejorable. Por eso, desgraciadamente, no existen demasiados estímulos por parte de los deudores para acudir a este mecanismo de segunda oportunidad, lo que provoca que siga habiendo una potente economía sumergida y fraude fiscal. Esto afecta, además, al pequeño deudor persona física, que suele ser la cabeza de una pyme. Es de vital importancia para la economía cuidar de estas empresas, porque configuran la columna vertebral del sistema económico.

Por todo esto, se espera que se puedan corregir, a raíz de la transposición de la nueva Directiva Europea 2019/1023, todos, o al menos la mayoría, de los problemas que nuestro actual mecanismo padece (Matilde Cuenca Casas, 2020).

### **3. REGULACIÓN ACTUAL Y FUTURA DEL MECANISMO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD.**

Tras analizar, con cierto detalle, lo que la reforma de la Ley Concursal, a través de la Ley 25/2015, trajo consigo, cabe ahora enfocar este estudio en la normativa actual, que en gran medida es la anteriormente expuesta pues, al haber sido compilada en un Texto Refundido, esto hace que no pueda haber sido reformada, en modo alguno, sino simplemente clarificada de acuerdo con la normativa existente. Aunque, si bien es cierto, ha venido a solucionar ciertos problemas interpretativos que surgían con el artículo 178.bis, gracias a una mejor redacción del mecanismo.

Cabe recordar, como se ha mencionado anteriormente, que han sido bastante extensas las críticas que recibió el mecanismo de la segunda oportunidad español de 2015 por parte de la doctrina y de los operadores jurídicos (Matilde Cuenca Casas, 2019)<sup>42</sup>. Y esto es problemático pues, actualmente, nos

---

<sup>42</sup> Matilde Cuenca Casas (2019): "Hacia un nuevo régimen de segunda oportunidad para el empresario insolvente (A propósito de la Directiva de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas)", blog Hay Derecho. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/07/hacia-un-nuevo-regimen-de-segunda-oportunidad-para-el-empresario-insolvente-a-proposito-de-la-directiva-de-20-de-junio-de-2019-sobre-marcos-de-reestructuracion-preventiva-y-exoneracion-de-deudas/>

encontramos encarando una crisis económica producida por la pandemia de la Covid-19, y puede que se evidencien aún más las deficiencias que se vienen acusando del mecanismo de la segunda oportunidad.

Además, cabe hacer una especial mención al futuro normativo del mecanismo, que vendrá alterado por la nueva Directiva de Segunda Oportunidad 2019/1023, que deberá ser transpuesta por el legislativo español antes del 2021, y que posibilitará subsanar todas las deficiencias que el mecanismo tiene con la configuración actual.

El objetivo final que se persigue es conseguir que el ordenamiento jurídico español cuente con un sistema verdaderamente eficaz del mecanismo de segunda oportunidad.

### **3.1 Texto Refundido de la Ley Concursal**

El Texto Refundido de la Ley Concursal, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020, busca ordenar todas las reformas que ha venido acusando la Ley Concursal, y que habían dejado a la misma con un evidente desorden, a veces incluso las normas se contradecían unas con otras o, al menos, no apuntaban en la misma dirección interpretativa (Matilde Cuenca Casas, 2020).

Esto se ha traducido en la necesidad desde hace años de compilar y aclarar todos estos problemas de configuración de nuestra Ley Concursal. Y tras años de trabajo, se aprueba el proyecto en plena crisis del coronavirus. Que no sería un problema si no tenemos en cuenta que la nueva Directiva Europea de Segunda Oportunidad 2019/1023 traerá sustanciales modificaciones a la Ley Concursal, es decir, al nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal.

En lo que respecta al mecanismo de la segunda oportunidad, el nuevo texto lo regula en capítulo II, del Título XI, con la rúbrica "*Del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*". Este capítulo cuenta con cuatro secciones y parte del artículo 486 hasta el artículo 502.

La primera sección, que solo está conformada por el artículo 486, hace referencia al ámbito de aplicación del beneficio por la exoneración del pasivo insatisfecho,

sin modificar lo que se establecía en el 178.bis.1. “el deudor persona natural podrá solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho”

La segunda sección regula el régimen general de la exoneración o la exoneración directa, artículos del 489 al 492. Es la modalidad que venía recogida en el artículo 178.bis.3.4º.

En la primera subsección establece los requisitos que se necesitan para solicitar el mecanismo por esta vía general. Por un lado, la buena fe como presupuesto subjetivo; y, por otro lado, haber satisfecho el umbral de pasivo mínimo y haber intentado, si pudo, el acuerdo extrajudicial de pago como presupuesto objetivo.

El procedimiento que se regula en las subsecciones segunda, tercera y cuarta es igual que el que establecía el artículo 178.bis. Aunque se añade en el artículo 489.4 la posibilidad de cambiar de modalidad durante la fase de contestación de la oposición, cuestión ya analizada anteriormente, la cual interpretó el Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno de 2 de julio de 2019 y que el Texto Refundido ha recogido.

En la sección tercera se regula el régimen especial de la exoneración o exoneración diferida en los artículos del 493 al 499. Esto se recogía en el artículo 178.bis.3.5º. En estos artículos se encuentra regulada la modalidad especial de una manera más organizada que en la regulación anterior.

En la última sección se regulan los efectos de la exoneración, artículos del 500 al 503. Se dejan para el final los efectos que el mecanismo tiene sobre los acreedores (sin acción frente al deudor), sobre los bienes conyugales comunes (“la exoneración beneficiará a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que debieran responder esos bienes, aunque el otro cónyuge no hubiera sido declarado en concurso.”) y sobre los obligados solidarios y fiadores (los acreedores mantienen las acciones contra estos).

Con la nueva redacción de los preceptos parece que se van a poder aclarar algunas de las dudas interpretativas más sustanciales que suscitaba el artículo 178.bis, como señala Matilde Cuenca Casas (2020).

1. La primera de ellas hace referencia al requisito de haber intentado un acuerdo judicial de pagos. Como ya se ha analizado anteriormente, esto suscitaba un problema para aquellos deudores que no podían celebrar un acuerdo extrajudicial de pago por no cumplir con los requisitos del artículo 231 (como, por ejemplo, tener un pasivo superior a 5 millones), por lo que debían pagar el 25% de los créditos ordinarios, además de los privilegiados y contra la masa, para poder solicitar la segunda oportunidad.

Con la nueva redacción, el artículo 488.2<sup>43</sup> viene a arrojar luz en este asunto. Considera que este requisito opera solamente sobre el deudor que, reuniendo los requisitos para poder intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, decide no hacerlo. De este modo se abandona la idea de que ese deudor que no puede intentar el acuerdo por no cumplir con los requisitos debe, necesariamente, pagar el 25% de los créditos ordinarios, además de los privilegiados y contra la masa, para solicitar el mecanismo de la segunda oportunidad. Por ello este deudor, podrá solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, aplicándole como umbral de pasivo mínimo el pago de los créditos contra la masa y los privilegiados, excluyendo el 25% de los ordinarios.

Sin embargo, con la nueva redacción de la normativa se entiende que intentar el acuerdo extrajudicial de pagos previo no es un requisito esencial, sino simplemente potestativo para aquel deudor que cumpla los requisitos para hacerlo. Ni siquiera es un requisito para los deudores que se acogen a la modalidad diferida o especial, ya que solo deben cumplir los requisitos del artículo 493, donde no figura el intento del acuerdo.

No cabe duda de que, en la normativa del artículo 178.bis, intentar el acuerdo extrajudicial de pagos era uno de los requisitos objetivos necesarios. Aunque regulaba una excepción para aquellos que no intentaran ese acuerdo, que deberían pagar el 25% de los créditos ordinarios, además de los privilegiados y contra la masa, para poder solicitar el mecanismo. Y en cualquier caso era

---

<sup>43</sup> “Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados.” (Artículo 488.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal)

requisito necesario para los deudores que se acogían a la modalidad con el plan de pagos (Matilde Cuenca Casas, 2020).

Parece que al solucionar el problema interpretativo se han extralimitado en sus funciones, porque un Texto Refundido no puede cambiar de manera sustancial el texto normativo, y en este caso, suprimir uno de los requisitos necesarios supone exceder las competencias delegadas con las que contaban (Economist & Jurist, 2020)<sup>44</sup>. Aunque, en mi opinión, esta nueva redacción sea más acorde con un auténtico mecanismo de segunda oportunidad.

2. La siguiente aclaración que parece hacer el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal versa sobre los créditos públicos. El Tribunal Supremo ha interpretado que los créditos públicos subordinados y ordinarios pueden ser exonerados en ambas modalidades de exoneración, alejándose de la literalidad de la ley e invocando al espíritu de la norma.

Sin embargo, el artículo 491.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>45</sup> acaba con la discriminación que surgía de la antigua normativa de otra manera. Con la actual regulación ningún deudor se podrá exonerar del crédito público. De esta manera ya no hay discriminación, ahora la norma afecta por igual a todos los deudores, independientemente de su situación patrimonial.

La norma no sigue la doctrina que estableció el Tribunal Supremo en la materia, pero al ser un Texto Refundido tiene que establecer la normativa existente. Aunque sigue estando la puerta abierta para que, con la trasposición de la Directiva, se puedan subsanar estos defectos del mecanismo (Matilde Cuenca Casas, 2020).

---

<sup>44</sup> Economist & Jurist (2020): “El crédito público y la segunda oportunidad en la nueva LC” Disponible en <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/el-credito-publico-y-la-segunda-oportunidad-en-la-nueva-lc/>

<sup>45</sup> “Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos” (Artículo 491.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal)

### **3.2 Análisis de la Directiva 2019/1023: el futuro del Mecanismo de la Segunda Oportunidad.**

Vistos los problemas prácticos que ha acusado a lo largo de estos cinco años el mecanismo de la segunda oportunidad, se pasa ahora a analizar el futuro de este: La Directiva 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

El objetivo principal de esta, como de cualquier otra directiva, es armonizar las normativas europeas en la materia, ya que existen serias diferencias en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea a la hora de configurar el mecanismo de la segunda oportunidad.

La Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, que la Unión Europea estableció para España incidía en esos problemas que se vienen analizando en los párrafos anteriores. Tras el informe que la Comisión Europea de enero de 2016 sobre el grado de adaptación de las legislaciones europeas citada Recomendación, se llegó a la Directiva de 2019 (Matilde Cuenca Casas, 2020)

Esta Directiva regula el mecanismo de la segunda oportunidad en el título III, denominado “Exoneración de deudas e inhabilitaciones”. Se compone de 5 artículos (arts. 20 a 24). No son artículos con un contenido técnico demasiado complejo, tratándose más bien de una regulación de mínimos. No obstante, serán suficientes para que el legislador español tenga la oportunidad de subsanar todos los problemas anteriormente citados (Blas A. González Navarro, 2020).

Ya en su considerando cuarto, esta Directiva pone de manifiesto que son varios los Estados Miembros en los que son necesarios más de tres años para que los empresarios insolventes de buena fe puedan obtener la exoneración de su deuda y empezar de nuevo, que es exactamente lo que ocurre con nuestro mecanismo de la segunda oportunidad. Además, este considerando menciona que “la

ineficiencia de los marcos de exoneración de deudas y de inhabilitación tiene como consecuencia que los empresarios se vean obligados a trasladarse a otros territorios con objeto de disfrutar de una nueva oportunidad en un período de tiempo razonable, lo que conlleva un elevado coste adicional tanto para sus acreedores como para los propios empresarios” (Considerando cuarto de la Directiva 1023/2019). En definitiva, ataca la idea de que el plazo que un deudor necesita para ver exonerado su pasivo insatisfecho sea superior a tres años.

De hecho, en su artículo 21 establece la reducción del plazo para obtener la exoneración de las deudas a tres años. Por lo que la normativa nacional tendrá que modificarse y sustituir los cinco años de plazo por los tres. Además, los Estados Miembros deberán velar por que los deudores de buena fe que hayan cumplido con sus obligaciones obtengan la exoneración del pasivo al expirar dicho plazo sin tener que incoar, ante una autoridad judicial o administrativa, otro procedimiento adicional (Matilde Cuenca Casas, 2020).

Se establece en su artículo 34 que la trasposición de esta Directiva por los Estados Miembros se llevara a cabo, a más tardar, el 17 de julio de 2021.

Una de las especialidades más características de la nueva regulación de la Unión es la no mención en el ámbito de aplicación del mecanismo de las personas físicas no empresarias<sup>46</sup>, así lo establece el artículo 1 en su letra h). Sin embargo, al ser una regulación de mínimos, como ya se ha indicado, la normativa comunitaria da libertad a los Estados Miembros para incluir en el ámbito de aplicación a las personas físicas no empresarias, así lo establece en su artículo 1.4<sup>47</sup>.

Además, en su Considerando número 21 aconseja que se amplíe el ámbito de aplicación a estos deudores personas físicas no empresarias. “El sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social y está estrechamente relacionado con la

---

<sup>46</sup> A tenor de lo establecido en el artículo 2.9) de la Directiva, se entiende por empresario “toda persona física que ejerza una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”. Teniendo en cuenta esta definición, no parece que vaya a suscitar ningún problema interpretar como deudores a los autónomos.

<sup>47</sup> “Los Estados miembros podrán ampliar la aplicación de los procedimientos previstos en el apartado 1, letra b), a personas físicas insolventes que no sean empresarios.”

reducción del exceso de deudas. Además, a menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario derivadas de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y aquellas en que haya incurrido fuera del marco de esas actividades. Los empresarios no disfrutarían efectivamente de una segunda oportunidad si tuviesen que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de exoneración, para obtener la exoneración de sus deudas empresariales y de sus otras deudas fuera del marco de su actividad empresarial. Por tales razones, aunque la presente Directiva no incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, conviene recomendar a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la presente Directiva en materia de exoneración de deudas” (Considerando 21 de la Directiva 1023/2019).

Aparte de establecer un plazo más reducido en su artículo 21. En el artículo 22, en lo que se refiere a la inhabilitación para iniciar o continuar una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional por concurrir en la persona una situación de insolvencia, dicha inhabilitación dejará de tener efecto, a más tardar, al final del plazo de exoneración.

Una novedad interesante es la que se extrae del artículo 23. En este artículo se habilita la posibilidad de exonerar el pasivo insatisfecho a deudores de mala fe o deshonestos estableciendo un plazo más largo al recogido en los artículos anteriores, y siempre que no concurra ninguna de las excepciones sobre las que cabe restringir la exoneración del pasivo. Este ha sido un punto fuertemente criticado pues se entiende que la naturaleza de la segunda oportunidad, en su origen, no buscaba establecer un derecho general a la segunda oportunidad, sino dárselo a quien de verdad lo mereciera, en definitiva, al deudor de buena fe (Matilde Cuenca Casas, 2020).

Abrir la puerta a que los Estados Miembros puedan, de algún modo, conceder en casos concretos la exoneración del pasivo insatisfecho a deudores de mala fe ataca claramente los intereses de los acreedores, que verían diezmados sus derechos de cobro sobre aquellos que actuaron con un dudoso comportamiento.

El sacrificio que supone la exoneración del pasivo para los intereses de los acreedores debe estar justificado (Luisa María Esteban Ramos, 2019)<sup>48</sup>.

En el artículo 24.4, en relación con que algunas deudas no sean exonerables, se establece que los Estados miembros podrán excluir, limitar o establecer un plazo más largo a algunas categorías específicas de la exoneración de deudas, si están debidamente justificadas, en los siguientes casos:

- a) Deudas garantizadas
- b) Deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas
- c) Deudas derivadas de responsabilidad extracontractual
- d) Deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad
- e) Deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y
- f) deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas

Sin embargo, en este precepto no se establece nada con respecto de los créditos públicos, así lo aprecia Matilde Cuenca Casas, (2020). Esto no significa que los Estados Miembros no tengan la posibilidad de excluirlos y hacer que no puedan ser exonerados, teniendo en cuenta que la normativa europea da un alto margen de discrecionalidad a los legisladores nacionales. Pero resulta cuanto menos curioso que no se haga ninguna referencia a dichos créditos, considerando todos los problemas que, como se ha visto, suscitan.

El último precepto que se va a analizar es el artículo 24, donde se establece la acumulación de procedimientos. Este artículo establece, en su primer apartado, que “los Estados miembros velarán por que, cuando un empresario insolvente tenga deudas profesionales contraídas en el ejercicio de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como deudas personales contraídas fuera del marco de esas actividades, que no puedan separarse de modo razonable, dichas deudas, si son susceptibles de exoneración, se traten en un

---

<sup>48</sup> Esteban Ramos, Luisa María (2019): *Op. Cit.*

procedimiento único a efectos de la obtención de la plena exoneración de deudas.” (Artículo 24 de la Directiva 1023/2019).

Mientras que en su segundo apartado establece que si las deudas se pueden separar se deberán tramitar “bien en procedimientos separados, aunque coordinados, o bien en el mismo procedimiento.” (Artículo 24 de la Directiva 1023/2019).

A modo de resumen se puede concluir que esta Directiva prevé dos modelos de exoneración (Matilde Cuenca Casas, 2020). Por un lado, una exoneración directa, sin mencionar la necesidad de celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos previo, ni haber pasado por un procedimiento concursal. Y, por otro lado, una exoneración y liquidación con plan de pagos, es decir, diferida, pero sin imponer umbral mínimo de pasivo exigido. En definitiva, dos modelos con bases mínimas, dejando amplia discrecionalidad a los legisladores nacionales para regularlos.

#### **4. CONCLUSIONES**

El mecanismo de la segunda oportunidad en España introducido en 2013, aunque modificado en 2015, se configuró para atender una necesidad que muchas personas tenían tras la crisis, ya que seguían manteniendo una situación económica complicada.

La necesidad de un verdadero mecanismo de estas características versa sobre la importancia de poder devolver al ciclo económico a esas personas. Esto es así porque, de no hacerlo, estas se verán empujadas a mantener su precaria situación financiera, no pudiendo volver a la economía y, por consiguiente, no reactivando esta. Además, verán serios desincentivos para acogerse a un deficiente mecanismo y, por el contrario, a preferir el fraude fiscal y la economía sumergida para poder mejorar su situación de una manera más rápida y menos gravosa para ellos.

Actualmente nos encontramos de cara con una grave crisis fruto de la pandemia de la Covid-19, que está dejando en nuestro país una situación de precariedad para muchos deudores, que deberían de poder tener la posibilidad de acogerse al mecanismo de la segunda oportunidad. Pero, una vez más, nuestro mecanismo es demasiado deficiente para sostener una crisis económica tan severa. La realidad de la nueva situación es demasiado compleja, porque atender a las necesidades sanitarias aleja al país de las necesidades económicas. Confinarnos una vez más supondría, aún más, una fuerte destrucción de nuestra economía, aunque solucionaría la segunda oleada de contagios y desatascaría el sistema sanitario. Es, en definitiva, una crisis que va a dejar su huella en los próximos años, y este mecanismo podría ser una salida a la situación precaria que van a tener que vivir muchas familias en nuestro país.

La segunda oportunidad en España ha resultado, en la práctica, un mecanismo con sustanciales fallas y mal configurado. Quizá, las presiones que tuvo el legislador en la elaboración de esa ley se plasmaron en esta, ya que la situación no era, desde luego, la mejor para el país en términos económicos.

Es por esta razón por la que el Tribunal Supremo se tuvo que pronunciar sobre dudas interpretativas que encontrábamos en la norma<sup>49</sup>. A mi modo de entender, lo hizo razonablemente. Sin embargo, considero que se pudo extralimitar en alguna de sus argumentaciones.

Ejemplo de ello puede ser cuando sostuvo que la exoneración de parte de los créditos de derecho público afectaba a ambas modalidades, teniendo en cuenta que la Ley estipula de manera precisa e inequívoca que esto no es así. De hecho, como ya hemos visto, el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal recoge esta prohibición en ambas modalidades, solucionando el problema en detrimento del mecanismo, pero en favor de la literalidad de la ley (no cabía otra opción al ser un texto de características organizativas).

Pero, a pesar de lo señalado, existe una luz al final del túnel: la transposición de la Directiva europea 2019/1023. Esta Directiva otorga un amplio margen al legislador español para corregir todas las deficiencias que tiene el mecanismo.

---

<sup>49</sup> En la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 381/2019 de 2 de julio de 2019.

Concretamente, a mi modo de ver, se deberían resolver las siguientes cuestiones:

1. Debe ser un mecanismo para toda persona física, sea empresaria o no. De manera que se configure un beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho para toda aquella persona física que este atravesando un mal momento, sin distinguir entre empresarios o no.

Considero que esto es así porque, como ya señalé al analizar la Directiva, aunque el texto europeo en su artículo 1 excluya del ámbito de aplicación a los deudores personas físicas no empresarias, las consideraciones europeas van en la línea de establecer un régimen general del mecanismo para todas las personas físicas. Aunque es algo que se presume que será así, pues nuestra regulación actual del mecanismo ya está configurada en este sentido.

2. Resolver uno de los problemas que se ha venido acusando en la práctica por los operadores del derecho y la doctrina. La ya citada competencia para conocer de los concursos de las personas físicas no empresaria de los juzgados de Primera instancia del ámbito civil.

La corrección debería ir en la línea de establecer la competencia para conocer de estos concursos a los juzgados de los mercantil, es decir, a los juzgados especializados en este tipo de procedimiento. Con el fin de evitar retrasos innecesarios y configurar un mecanismo más eficiente, especialmente si se configura un régimen jurídico general a todos los deudores personas físicas.

3. La Ley no debería diferenciar al deudor en función de cuál es su situación patrimonial. Como se viene analizando en este estudio, se ha podido comprobar que los deudores que pueden satisfacer un umbral de pasivo mínimo tienen más facilidades, en general, para conseguir una segunda oportunidad que aquellos que por su situación se ven empujados a acogerse a un plan de pagos.

Por ello considero que deberían existir dos modalidades cuya diferencia no versase sobre la posibilidad de satisfacer un umbral de pasivo mínimo, sino de evitar la liquidación del patrimonio:

- A. De modo que, la primera de ellas, debería ser una exoneración inmediata tras liquidar el patrimonio del deudor. Se configuraría como la exoneración general, en la cual el deudor no tiene suficiente masa activa y por lo tanto se liquida su patrimonio. Pero esto debería suponer que se exoneren las deudas de manera inmediata, ya que la liquidación del patrimonio del deudor es una situación que coloca al deudor en una posición complicada.

Para velar por los intereses de los acreedores en estos casos, se debería establecer la posibilidad de revocación durante los tres años siguientes, contados a partir de la exoneración. Los supuestos podrían ser los mismos que figuran en la normativa actual u otros.

- B. La segunda modalidad sería aquella que evite la liquidación del patrimonio del deudor, en la que se someta a un plan de pagos una vez que se haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Se buscaría con esta modalidad incentivar la declaración temprana del concurso, cuando aún haya masa activa.

Una vez intentado el acuerdo extrajudicial de pagos y la no consecución de este, el deudor se someterá a un plan de pagos (propuesto por él, aprobado por el juez, y habiendo escuchado a los acreedores) sujeto a un plan de viabilidad elaborado por el mediador concursal atendiendo a la situación patrimonial del deudor. Siendo la duración de este plan de pagos inferior a los tres años que la normativa europea estipula.

Y si se incumpliera el plan de pagos por una actuación no dolosa del deudor, se debería dar la posibilidad de liquidar su patrimonio y de esta manera obtener la exoneración del apartado anterior.

Con estas dos modalidades, a mi modo de ver, se configura un verdadero sistema de exoneración del pasivo insatisfecho, sin incurrir en la discriminación que quedaba latente con la normativa anterior. Además, dar la posibilidad al deudor de evitar la liquidación de su patrimonio le dará incentivos para acudir al acuerdo extrajudicial de pagos y, quizás, solucionar el problema por una vía

distinta a la de los tribunales. Y de este modo desincentivar que prefiera la economía sumergida y el fraude fiscal, configurando una verdadera y eficiente segunda oportunidad.

4. Si algo ha quedado claro con el presente estudio es que los créditos de derecho público han sido un auténtico quebradero de cabeza en la regulación actual.

Primero, porque se configuraban de modo que permitía a la modalidad general exonerar una parte y la modalidad diferida no, supuesto que se ha considerado discriminatorio sin ningún tipo de fundamento y, por tanto, arbitrario.

Segundo, porque la interpretación que dio el Tribunal Supremo fue, según mi humilde opinión, demasiado alejada de lo que establece la normativa, que es muy clara en este sentido. Aunque se hiciera en atención a una interpretación teleológica y, por consiguiente, a cómo debería estar configurado el mecanismo, no es el Juez quien debe tener la competencia para decidir cómo se configura la segunda oportunidad, sino el Legislador.

Tercero, que el Texto Refundido de la Ley Concursal se desmarque de la interpretación del alto Tribunal, considerando que son un tipo de crédito no exorable, en cualquier caso. Según mi criterio, no puede existir un auténtico mecanismo de la segunda oportunidad si los créditos de derecho público no pueden ser, en parte, exonerados. Creo que es algo fundamental, porque junto con los créditos privilegiados (el préstamo hipotecario), los créditos de derecho público suponen, en el mayor de los casos, la totalidad de la deuda que una persona tiene. De modo que una persona con una hipoteca que resulta impagada y problemas con Hacienda, no podría exonerar prácticamente nada, resultando el mecanismo para estas personas un camino sin salida.

Por ello, considero que los créditos de derecho público deberían poder ser exonerables en parte. Si bien es cierto que, quizá, esto está así configurado por entender el legislador que este tipo de deudas surgen por un actuar de mala fe del deudor que no contribuye, y que por eso no pueden ser exoneradas.

Sin embargo, creo que existe, por un lado, una parte de los créditos públicos que surgen por una actividad normal del deudor (son las tasas, impuestos y tributos)

y, por otro lado, otra parte que surge de una naturaleza extraordinaria (sanciones y responsabilidades).

Por ello, considero que se debería distinguir ambos supuestos y que los de naturaleza extraordinaria no pudieran en ningún caso ser exonerados, pero los otros sí que pudieran serlo en parte. Un ejemplo de ello pudiera ser exonerar la mitad de estos sí el deudor se compromete a pagar, al menos, la mitad de la deuda pública, la que corresponda al normal devenir de la actividad del deudor. Aunque podrían existir otro tipo de fórmulas.

5. Se debería solucionar el problema del acuerdo extrajudicial de pagos previo. Con la regulación actual, se buscaba que el acreedor, por miedo a perder su derecho de crédito, estuviera más incentivado a llegar a un acuerdo con el deudor. Sin embargo, para que eso hubiera sucedido se hubiera necesitado una exoneración de deudas mas eficiente y más cuantiosa que empujara al acreedor al acuerdo, pero en la práctica se ha visto que esto no es así.

Por ello este requisito ha pasado a ser un mero trámite, cuando en realidad debería ser el punto fuerte del mecanismo. Quizá por eso el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal se haya “olvidado”, discutiblemente, de incluir este requisito en la configuración de la modalidad diferida (que sí incluía la normativa anterior).

Además, en la práctica, este requisito ha generado muchos problemas por la dificultad que ha entrañado descubrir cuándo nos encontrábamos ante un “intento” del acuerdo. Esto es así por un problema que ya se ha destacado, y es la no aceptación de los expedientes de las personas físicas no empresarias por parte de los mediadores concursales. Lo que ha empujado a considerar que se ha intentado el acuerdo cuando los mediadores no aceptan<sup>50</sup>, porque se tenía que evitar que el deudor se viera perjudicado por causas que le eran ajenas.

6. Continuando con el punto anterior, se debe solucionar el problema de la falta de incentivos que tienen los mediadores concursales para aceptar citados expedientes.

---

<sup>50</sup> Resolución de la dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2019

Esto sucede porque en el procedimiento concursal, muchas veces, los profesionales que participan en él no cobran sus honorarios, sin embargo, sí que asumen las responsabilidades que la Ley establece sobre ellos.

Una solución a este problema sería configurar un mecanismo para los mediadores concursales igual que el que existe en el caso de los abogados de oficio, de modo que se les garantice que puedan cobrar sus honorarios.

De este modo los mediadores tendrían incentivos reales para aceptar a trámite los expedientes de las personas físicas no empresarias, desatascando así enormemente los juzgados.

Además, se debería establecer la obligación a los mediadores concursales que están apuntados en la lista de justificar su decisión y de este modo que den su valoración de si el deudor puede, efectivamente, intentar un acuerdo extrajudicial de pagos o no.

7. Solucionar el problema del requisito de la buena fe, que tiene una configuración normativa que genera alguna duda. Mi opinión sobre la buena fe es que no puede estar configurada de una manera tan normativizada, mezclando criterios, es un requisito que debe apreciarse, sustancialmente, en la valoración del caso concreto.

Me resulta demasiado opaco establecer que un deudor que cumple con dos requisitos tasados, en cualquier caso, ha actuado de buena fe. De modo que el juez debería valorar la situación caso por caso para comprobar que, efectivamente, un deudor ha actuado de buena fe. Y se debería entender que ha actuado de mala fe si ha producido el menoscabo de su situación patrimonial por un uso desproporcionado del crédito con respecto a su capacidad patrimonial o por una negligente o maliciosa gestión patrimonial.

Además, considero que parte del crédito privilegiado debería poder ser exonerable también. En concreto me refiero a aquel derecho de crédito que el acreedor ha conseguido actuando con una mala *praxis*. Esto sucede cuando el acreedor no cumple con su obligación legal de comprobar la solvencia del deudor antes de concederle el crédito. Por eso, esta conducta dudosa del acreedor debería ser castigada con la posibilidad de exoneración.

Estas son todas las conclusiones a las que he llegado tras analizar las deficiencias del sistema de segunda oportunidad español, que se deberían subsanar con la transposición de la Directiva 2019/1023. Se trata de poder contar un mecanismo que, no sólo teóricamente, sino de verdad, proporcione una segunda oportunidad económica a las personas.

Además, es necesario que se haga cuanto antes, porque la crisis sanitaria surgida a raíz de la pandemia del Covid-19 ha traído consigo una crisis económica de gran calado, que va a incrementar los procedimientos concursales en nuestro país. Y si algo debimos aprender de la crisis del año 2008 es que más vale tener una normativa lo suficientemente madura y eficiente como para poder hacer frente a las crisis económicas que tanto afectan a las familias españolas, intentando dar soluciones rápidas y sin generar demasiados daños colaterales.

## **5. NORMATIVA DE REFERENCIA**

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. Entrada en vigor el 16/08/1889. Disponible en referencia: BOE-A-1889-4763
- Texto Consolidado de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Publicada en «BOE» núm. 164, de 10/07/2003. Entrada en vigor el 01/09/2004. Disponible en referencia: BOE-A-2003-13813
- Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Publicado en «BOE» núm. 180, de 29/07/2015. Entrada en vigor el 30/07/2015. Disponible en referencia: BOE-A-2015-8469
- Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva,

exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Publicado en «Diario Oficial de la Unión Europea» el 20 de junio de 2019. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1023)

[content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1023](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1023)

- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Publicado en «BOE» núm. 127, de 07/05/2020. Entrada en vigor el 01/09/2020. Disponible en referencia: BOE-A-2020-4859

## 6. BILIOGRAFÍA

- Arias Varona, Francisco Javier (2011): “Instituciones Preconcursoales. Responsabilidad De Administradores Sociales Y Concurso. ¿Dónde Está Y Hacia Dónde Se Dirige El Derecho Español?” Revista Mercatoria Volumen 10, Número 2, páginas 208-2018.
- Bordas Prószyński, Miquel (2013): “El Derecho Concursal Español” Alezes Abogados. Disponible en <http://www.alezes.com/pdf/El%20derecho%20concursal%20espanol.pdf>
- Cuenca Casas, Matilde (2019): “Hacia un nuevo régimen de segunda oportunidad para el empresario insolvente (A propósito de la Directiva de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas)”, blog Hay Derecho. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/07/hacia-un-nuevo-regimen-de-segunda-oportunidad-para-el-empresario-insolvente-a-proposito-de->

la-directiva-de-20-de-junio-de-2019-sobre-marcos-de-reestructuracion-preventiva-y-exoneracion-de-deudas/

- Cuenca Casas, Matilde (2015) “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, en El Notario del Siglo XXI. Disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-61/4089-la-insolvencia-de-la-persona-fisica-prevencion-y-solucion>
- Cuenca Casas, Matilde (2020): “El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho” Diario la Ley. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/07/08/el-regimen-de-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-de-la-ley-concursal-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho>
- Cuenca Casas, Matilde (2020): “El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal: Algunas “novedades” importantes.” Hay Derecho, Diario Expansión. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/11/el-regimen-de-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-de-la-ley-concursal-algunas-novedades-importantes/>
- Cuenca Casas, Matilde (2020): “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español” Diario la Ley. Disponible en [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDE2MTM7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS15JzUxCKXxJJU58Sc1LyUxCLbkKLSVABu00M7NwAAAA==WKE#tDT0000304346\\_NOTA1](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDE2MTM7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS15JzUxCKXxJJU58Sc1LyUxCLbkKLSVABu00M7NwAAAA==WKE#tDT0000304346_NOTA1)
- Economist & Jurist (2020): “El crédito público y la segunda oportunidad en la nueva LC” Disponible en <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/el-credito-publico-y-la-segunda-oportunidad-en-la-nueva-lc/>
- Esteban Ramos, Luisa María (2019): “¿Están justificados toso los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la segunda oportunidad?” Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 31/2019, Editorial Wolters Kluwer.

- Ferrer Asociados (2020): “Ley de segunda oportunidad. Alternativas para la exoneración del pasivo insatisfecho. Nota a la sentencia del pleno del tribunal supremo de 2 de julio de 2019” Disponible en <https://ferrerasociados.com/ley-de-segunda-oportunidad-alternativas-para-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-nota-a-la-sentencia-del-pleno-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019/>
- García Posadas, Miguel y Vegas, Raquel (2018): “Las reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión” Banco de España. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosTrabajo/16/Fich/dt1610.pdf>
- González Navarro, Blas A. (2020): “Cambios en la Ley Concursal: La exoneración del pasivo insatisfecho. La Directiva de Segunda Oportunidad.” Cuadernos de Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, CEFI, nº 89 pags. 87-104. Disponible en <https://blasgonzalez.com/cambios-en-la-ley-concursal-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-la-directiva-de-segunda-oportunidad/#volver1>
- Guerrero, Carlos (2012): “El Persianazo judicial del Artículo 176 bis, 4 de la Ley Concursal” Diario Jurídico. Disponible en <https://www.diariojuridico.com/el-persianazo-judicial-del-articulo-176-bis-4-de-la-ley-concursal/>
- López Barrau, Pilar (2018): “Créditos contra la masa prededucibles del artículo 176.bis de la ley concursal y su eventual aplicación a los generados en fase común” Dictum Abogados. Disponible en <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/creditos-la-masa-prededucibles-del-articulo-176-bis-la-ley-concursal-eventual-aplicacion-los-generados-fase-comun/17845/>
- Merino Escartín, José Félix y Merino Espinar, M.<sup>a</sup> Belén (2015): “Resumen de la Ley de Mecanismo de la Segunda Oportunidad” Notarios y Registradores. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-de-la-ley-de-mecanismo-de-la-segunda-oportunidad/#1-c-ley-concursal-otras-modificaciones->

- Soler, Ferrer (2019): “La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, relativa al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho” LegalToday. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/concursal/la-sentencia-del-pleno-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019-relativa-al-beneficio-de-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-2019-09-04/>