

TRABAJO DE FIN DE GRADO



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

Presentado por:

Alba Alonso Fernández

Tutelado por:

Pedro J. Rubio Vicente

Valladolid, 21 de junio de 2021

RESUMEN

La exoneración del pasivo insatisfecho es un mecanismo jurídico imprescindible para amparar a aquellas personas físicas insolventes. Se trata de un instrumento previsto en la legislación concursal para permitir a los deudores honestos pero desafortunados el inicio de una nueva actividad económica. Se trata de un mecanismo que actúa de freno al principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC, mitigando sus efectos más perjudiciales, e igualando su situación a la extinción de las personas jurídicas una vez producida la liquidación en un procedimiento concursal. En este trabajo analizaremos los requisitos que debe cumplir un deudor para beneficiarse de este régimen jurídico, destacando sus aspectos más positivos y controvertidos en el nuevo TRLC.

Palabras clave: Deudor, persona física, concurso de acreedores, exoneración del pasivo insatisfecho, segunda oportunidad.

ABSTRACT

The discharge is an essential legal mechanism to protect insolvent natural person. It is an instrument provided for in bankruptcy legislation to allow honest but unlucky debtors to start a new economic activity. This is a mechanism that acts as a brake on the principle of universal patrimonial liability of art. 1911 CC, mitigating its most damaging effects, and equating their situation to the extinction of legal persons once liquidation has taken place in bankruptcy proceedings. In this paper we will analyse the requirements that a debtor must meet to benefit from this legal regime, highlighting its most positive and controversial aspects in the new TRLC.

Keywords: Debtor, natural person, bankruptcy, discharge, fresh start.

SUMARIO

I-. INTRODUCCIÓN.....	6
II-. ANTECEDENTES JUDICIALES Y NORMATIVOS.....	9
1-. AJM nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010.....	9
2.-. Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.....	11
3-. Reforma del año 2015 de la LC.....	12
III-. EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.....	14
1-. Ámbito de aplicación.....	16
2-. Presupuestos subjetivos.....	19
3.- Régimen general y especial de exoneración.....	22
3.1-. Presupuestos objetivos.....	22
3.2-. Procedimiento: Solicitud y tramitación.....	28
3.2.1. Procedimiento en el régimen general.....	29
3.2.2. Procedimiento en el régimen especial.....	30
3.2.3. Concesión de la exoneración.....	30
4-. Créditos exonerables.....	33
5-. Revocación de la exoneración de pasivo.....	39
6-. Efectos comunes de la exoneración de pasivo.....	43
6.1 Sobre los acreedores.....	43
6.2. Sobre los bienes conyugales en el régimen de comunidad.....	43
6.3. Sobre los coobligados solidarios, fiadores y avalistas.....	45
IV-. POSIBLE RÉGIMEN JURÍDICO RESULTANTE TRAS LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1023.....	47
1. Finalidad.....	47

2. Posibles cambios normativos tras la transposición de la Directiva.....	48
2.1. Beneficiarios y modos de acceso a la exoneración.....	48
2.2. Plazo de exoneración.....	50
2.3. Obtención de la exoneración sin la necesidad de un procedimiento adicional.....	52
2.4. Exclusión de deudas de la exoneración.....	53
2.5 Excepciones de la exoneración.....	56
2.6 Período de inhabilitación.....	58
V-. CONCLUSIONES.....	61
VI-. BIBLIOGRAFÍA.....	71
VII-. JURISPRUDENCIA.....	73

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

ADCo: Anuario de Derecho Concursal

AEP: Acuerdo Extrajudicial de Pagos

AJM: Auto del Juzgado de lo Mercantil

AJM: Auto del Juzgado de lo Mercantil

art: artículo

CC: Código Civil

coord: coordinado

I&R: Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones

LC: Ley Concursal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

nº: número

pág: página

págs: páginas

proc: procedimiento

RCP: Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal

RDL: Real Decreto Legislativo

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLC: Texto Refundido de la Ley Concursal

UE: Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

El mecanismo de segunda oportunidad se introduce en nuestra legislación española por primera vez en el año 2013, con la *Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*. A lo largo del tiempo, chocaban dos intereses a la hora de solucionar esta cuestión, que por razones políticas ha tardado en introducirse en España respecto a otros países de nuestro alrededor, que ya contaban con ella con anterioridad.

Por una parte, encontramos el interés del propio deudor en restablecer su fortuna desde el punto de vista económico, y, por otra parte, el interés de los acreedores, ante la posibilidad de que su crédito contra el deudor desaparezca por la exoneración. Como podemos ver en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, el procedimiento concursal tiene la finalidad de satisfacer el interés de los acreedores y la conservación de la empresa. Sin embargo, la parte concursada puede ser también una persona física, sea o no empresaria, teniendo también que proteger en parte su interés.

Por otra parte, este mecanismo impide la eficacia total del artículo 1911 del Código Civil, relativo al principio de responsabilidad patrimonial universal, mediante el cual, toda persona física es responsable con su patrimonio, presente o futuro, de sus deudas. Esta figura trata de eliminar la diferencia que existía entre concursado persona física y persona jurídica. Si se trataba de una persona jurídica, una vez producida la liquidación dentro del procedimiento concursal, se procedía a pagar los créditos con el resultado de dicha liquidación. Tras ello, la persona jurídica se extinguía. Sin embargo, tratándose de una persona física, una vez producida la liquidación y concluido el concurso, el deudor seguía siendo responsable de los créditos no satisfechos (por aplicación del art. 1911 CC), pudiendo así los acreedores iniciar ejecuciones singulares tras la conclusión del concurso, provocando un endeudamiento perpetuo para el deudor.

Tras la crisis que sacudió nuestro país en el año 2008, así como la crisis inminente a la que debemos enfrentarnos por la pandemia de la COVID-19, es necesario dar a las personas una oportunidad de mejorar su fortuna, con el objetivo de reactivar su actividad económica. Si este mecanismo no existiera, de nada serviría que una persona esté eternamente endeudada si no tiene la oportunidad de emprender una actividad para generar ingresos con los que pueda pagar esas deudas, que, paradójicamente, tampoco le permiten el inicio de actividad. Si me permiten la expresión, es como entrar en un agujero

negro, del que una persona difícilmente puede salir sin la exoneración de esas deudas que le impiden generar ingresos, y que, por tanto, tampoco podría pagar sin esta opción.

Con este panorama, desincentivamos de esta forma la iniciativa económica en nuestro país, ya que nadie se atrevería a emprender una actividad económica sabiendo que, si fracasa, está abocado a un endeudamiento perpetuo. Por otra parte, incluso una vez iniciado un procedimiento concursal, el deudor concursado perdía toda esperanza en alcanzar ningún tipo de acuerdo con los acreedores dentro del mismo¹.

En nuestro país hemos tardado tanto en introducir esta figura debido al temor que ha existido frente a las entidades financieras y su concesión de crédito. Realmente, perdonar las deudas a una persona física no es lo que realmente perjudica a estas entidades, sino más bien la propia insolvencia². De poco sirve que estas entidades acreedoras traten de evitar que a su deudor se le perdone el crédito que tienen contra él, puesto que en ese caso tampoco tendrán posibilidades de cobrarlo si esa persona es insolvente de forma permanente. Además, la LC da un tratamiento privilegiado a este tipo de entidades, como veremos y expondremos a lo largo de este trabajo, por lo que, ante una posible exoneración de pasivo, serían las primeras en poder cobrarse su crédito.

Actualmente, contamos en nuestro ordenamiento jurídico con varias reformas en esta materia, la primera acometida en el año 2013, pasando por la reforma de la LC del año 2015, siendo la última el nuevo TRLC de 5 de mayo de 2020. Sin embargo, nuestro legislador ha cometido graves errores a la hora de regular esta figura, y en algunos extremos, incluso, su regulación resulta insuficiente, y queda abierta a la interpretación que un Juez pueda hacer de la ley, pudiendo generarse así inseguridad jurídica en esta materia. No olvidemos que, tras la promulgación de la Directiva del 20 de junio de 2019, en materia de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, España deberá trasponer su contenido a más tardar el 21 de julio de 2021. En uno de los apartados de este trabajo trataremos los cambios que introduce la mencionada Directiva, y realizaremos una aproximación a cómo podría incorporarla nuestro legislador español.

Es imprescindible que nuestro país cuente con una redacción lo más completa y precisa posible de un mecanismo jurídico tan importante como éste. En primer lugar,

¹ CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras”, en *ADC*, 2016, nº 37, edición electrónica, pág. 2.

² CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen...”, cit., pág. 3.

como ya he mencionado anteriormente, para poder dotar a las personas físicas de una protección ante un posible endeudamiento, con el objetivo de evitar su exclusión social. En segundo lugar, también es necesario ya no solo por el bien del futuro económico de estas personas, sino también es un punto ventajoso para el país en su conjunto. Con este mecanismo, evitamos la economía sumergida (ya que es una solución fácil para escapar del endeudamiento), y fomentamos la creación y el impulso de actividades económicas³.

Al afectar la concesión de este beneficio al interés de las entidades de crédito y a la cultura de pago, es necesaria una regulación completa sobre los requisitos de acceso para un perfil de deudor determinado, el deudor honesto pero desafortunado. Aquél deudor que no ha contribuido a generar su situación de insolvencia, sino que ha sido diligente y cuidadoso, pero por un caso fortuito no ha podido evitar incurrir en dicha insolvencia. De nada serviría conceder este beneficio a todos los deudores, ya que eso provocaría que muchos se aprovecharan de la concesión de este beneficio, perjudicando los derechos de los acreedores sin que ello esté debidamente justificado, como, por ejemplo, un deudor cuyo concurso ha sido declarado culpable.

En el presente trabajo realizaremos un profundo análisis de cómo regula el TRLC el régimen de exoneración de pasivo insatisfecho, así como los antecedentes normativos y jurisprudenciales anteriores sobre esta figura. También nos detendremos detenidamente en explicar el contenido y modificaciones que introducirá la Directiva 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*.

³ RUBIO VICENTE, P.J. “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal, en *RCP*, 2016, n° 24 pág. 130.

II. ANTECEDENTES JUDICIALES Y NORMATIVOS

Desde la primera manifestación de exoneración de pasivo en la LC que tuvimos en nuestro país implantada por primera vez en el año 2013, nos hemos enfrentado a una serie de modificaciones hasta la actualidad en materia de exoneración de pasivo. La primera reforma se produjo con la promulgación de la *Ley de Apoyo a Emprendedores y su Internacionalización*, en el año 2013. La siguiente se produjo en el año 2015, con la promulgación del RDL 1/2015, de 27 de febrero de 2015, convirtiéndose posteriormente en la *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad*. Nuestro régimen jurídico actual, muy reciente, del año 2020, consiste en un Texto Refundido de la Ley Concursal, con el objetivo de agrupar las diversas modificaciones sufridas en materia concursal, así como precisar conceptos que no acababan de resultar del todo claros bajo la regulación anterior. Sin embargo, en la práctica, nos encontramos a lo largo del articulado del TRLC con cuestiones que plantean dudas acerca de si el legislador ha tratado de aclarar, o si más bien estamos ante un nuevo régimen jurídico en ciertos puntos, que implica creación normativa y que, por tanto, nos llevaría a apreciar una transgresión de la delegación legislativa.

Resulta algo confuso intentar comprender por qué el legislador ha incurrido en ciertos puntos en este riesgo de regulación *ultra vires*, ya que el actual TRLC tendrá que volver a ser modificado por la *Directiva sobre reestructuración y exoneración de pasivo de 20 de junio de 2019*⁴.

1.- AJM N° 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2020

En primer término, hay que hacer referencia a este Auto dictado por un juez de lo Mercantil, puesto que en él se aplica por primera vez el mecanismo de exoneración de pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores. Como podemos ver, dicho auto, del año 2010, se encuentra en un contexto histórico en el que el régimen de exoneración de pasivo en nuestro país no se encontraba aún regulado (ya que se introdujo en la ley el año 2013). Esto, sin duda, manifiesta la necesidad de la incorporación de esta figura en nuestra legislación, ya que en la práctica se daban casos cuya solución no podía ser otra que la concesión del beneficio, como podemos ver en los antecedentes de hecho de este auto.

⁴ CUENA CASAS, M. “El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho”, en *Diario La Ley*, 2020, n° 9669, pág. 1.

El conflicto versa sobre un matrimonio de pensionistas, que entran en el procedimiento concursal en el año 2007. En dicho procedimiento, tras realizar la liquidación del patrimonio de estas personas (concuradas como persona física), incluyendo la ejecución de su vivienda, aún quedaban numerosos créditos insatisfechos, lo que suele ser común en prácticamente todos los procedimientos concursales. Cabe recordar que la LC obliga a presentar la solicitud de concurso a aquél que se encuentre en situación de insolvencia, y, por tanto, una persona que solicite el concurso, ya de entrada se encuentra en una situación patrimonial francamente complicada⁵.

Ante la ausencia de regulación de este régimen, el problema que plantea el juzgado es claro. Una persona física no se extingue con la liquidación en un procedimiento concursal, a diferencia de lo que ocurre cuando la parte concursada es persona jurídica. Aunque el concurso se concluya por la liquidación, o bien por insuficiencia de bienes para hacer frente a los créditos, la persona física continúa siendo deudora de aquellos créditos a los que no pudo hacer frente en el procedimiento concursal. Eso supone que los acreedores (de forma individual, ya al margen del concurso), pueden iniciar ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor, para lograr el cobro de sus créditos. Incluso es posible que el deudor persona física tenga que volver a solicitar la declaración de concurso, por encontrarse en una situación de insolvencia de la que realmente no ha podido salir desde que concluyó el anterior procedimiento concursal.

Por ello, el Juez de lo Mercantil, decidió perdonar a la pareja en dicho auto los créditos pendientes de pago tras la liquidación. Realmente, es difícil encontrar, si no es mediante el perdón de los créditos insatisfechos restantes de pago, una solución al problema de que una persona física sea eternamente deudora. Mantener permanentemente en situación de insolvencia al deudor, sin ni siquiera darle la oportunidad de avanzar y conseguir iniciar una actividad económica que incluso poco a poco le ayudaría a salir de esa situación, no es más que alargar su propio infortunio.

El Juez trata de interpretar el artículo 178.2 LC, que reproduce el principio de responsabilidad patrimonial universal, descartando la ampliación de la liquidación, ya que en el mismo auto se calcula que, dejando de lado los bienes inembargables, solo podría conseguirse pagar la totalidad de los créditos en un total de trece años, ampliando

⁵ Para un examen más detallado de esta pionera resolución judicial, vid. RUBIO VICENTE, P.J., “La Exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo”, en *RCP*, 2011, n° 14.

prácticamente de forma perpetua la liquidación y yendo así por tanto en contra de la finalidad del concurso.

En definitiva, este auto no es más que un signo evidente de la necesidad de introducir este mecanismo en la LC, ya que, como sabemos, la LC inicial del año 2003 fue promulgada en lo que podríamos considerar una época de bonanza económica en nuestro país. Tras la crisis económica y financiera del año 2008, se evidenció todavía más la necesidad de esta figura, a la que se añade la crisis a la que nos veremos (o en la que nos estamos viendo ya) abocados por la situación económica generada por la COVID-19⁶.

2.- Ley 14/2013, DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN

Con la promulgación de esta Ley, se produce una reforma de la LC de 2003, que se plasmó en el artículo 178.2 LC. Este artículo tiene por objeto la introducción del régimen de exoneración de pasivo, pero de forma muy tímida.

Se establecía la posibilidad de forma muy limitada, ya que el deudor debía pagar un umbral de pasivo mínimo muy exigente para obtener este beneficio. En este sentido, cabe destacar que pocos deudores personas físicas podrían hacerle frente. Este umbral de pasivo mínimo consistía en pagar por parte del deudor la totalidad de los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados, y se hacía depender de la celebración de un AEP el pago del 25% de los créditos concursales ordinarios (ya que si se celebraba, el deudor veía exonerados la totalidad de los créditos ordinarios).

La Ley de Apoyo a Emprendedores introduce por tanto que, para poder exonerar las deudas, es necesario haber satisfecho ese umbral de pasivo mínimo. En caso contrario, no habrá exoneración de ninguna deuda⁷.

Además, era imprescindible que el deudor no hubiera sido condenado por un delito de insolvencia punible u otros delitos patrimoniales que puedan tener relación el concurso. Asimismo, el concurso no podría ser declarado culpable si se quería obtener este beneficio. Algo que es aplaudible, ya que esta figura, al ser restrictiva de derechos

⁶ ESTEBAN RAMOS, L. M^a. “Segunda Oportunidad: ahora más necesaria que nunca”, en *RCP*, 2016, n^o 33, pág. 1.

⁷ ESTEBAN RAMOS, L. M^a. “Segunda Oportunidad...”, cit. pág. 2.

de los acreedores, debe estar justificada. De nada serviría que otorguemos esta figura a deudores deshonestos que han contribuido de forma intencional a generar su situación de insolvencia⁸.

Cabe afirmar que esta reforma, aunque sea la primera en introducir este régimen en nuestro país a nivel legislativo, no tiene ninguna aplicación práctica, y no hace más que manifestar que el legislador no tiene ningún tipo de voluntad a la hora de regular esta figura (con el objetivo de no dañar la cultura de pago y la concesión de créditos)⁹.

3-. Reforma del año 2015 de la LC

Dicha reforma se introdujo con el RDL 1/2015, de 27 de febrero de 2015, que fue convertido, no sin haber sido reformado nuevamente, en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*. Esta reforma fue la que introdujo el polémico artículo 178.bis LC. Uno de sus cambios más importantes es el pago del umbral de pasivo mínimo que ya existía bajo la regulación del artículo 178.2 LC, añadiendo un plazo de 5 años para poder pagarlo, denominado plan de pagos¹⁰. Otro cambio importante introducido por la reforma del año 2015 es el aspecto de la exoneración provisional¹¹, que analizaremos más detalladamente en el apartado III.5.

Con el art. 178.bis LC se introduce un régimen más completo de la exoneración de pasivo insatisfecho. Sin embargo, consta de numerosos defectos de técnica jurídica, que la convierten en una regulación confusa y que genera ciertas dificultades. Esto conduce a que tenga que realizarse una interpretación integrada de la ley. Por si fuera poco, el régimen incluye numerosos requisitos cualitativos y cuantitativos que limitan la obtención de este beneficio, siendo de difícil acceso para los deudores que lo necesiten¹².

El art. 178 bis LC comprende como requisitos para la concesión de este beneficio que el concurso haya concluido bien por liquidación, o bien por insuficiencia de masa activa. Además, exige al deudor un comportamiento acorde a las exigencias de la buena

⁸ RUBIO VICENTE P.J., “Aciertos y Desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC”, en *I&R*, 2021., pág. 72.

⁹ CUENA CASAS, M. “El nuevo régimen...”, cit., págs. 3-4.

¹⁰ ESTEBAN RAMOS, L. M., “Segunda Oportunidad...”, cit., pág. 2.

¹¹ CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen...”, cit., pág. 4.

¹² RUBIO VICENTE, P.J., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit. pág. 1.

fe, las cuales no pueden ser observadas de forma discrecional por el juez, sino que el propio artículo impone mediante una serie de requisitos a lo largo de su redacción en el apartado 3. Entre ellos, destaca que el concurso no haya sido calificado como culpable, que el deudor no haya sido condenado por sentencia firme en relación a una serie de delitos patrimoniales y de carácter económico, en los 10 años antes a la declaración de concurso, que el deudor haya cumplido los requisitos del art. 231 LC (que haya intentado la celebración de un AEP), que el deudor haya satisfecho en su totalidad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, y, por último, queda previsto subsidiariamente al umbral de pasivo mínimo la sumisión a un plan de pagos¹³ (al cual se añaden nuevos requisitos para cumplir con el presupuesto de buena fe del deudor).

En el umbral de pasivo mínimo fijado por dicho artículo 178.bis LC, el deudor debe satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. Además, si no ha celebrado previamente un AEP, deberá satisfacer también el 25% de los créditos concursales ordinarios. Por tanto, el deudor vería exonerados el 75% de los créditos ordinarios, y la totalidad de los créditos subordinados, en función de su clasificación dentro del procedimiento concursal.

La gran novedad de art. 178.bis LC es la introducción del plan de pagos. Con este mecanismo se permite al deudor, de forma subsidiaria al pago del umbral de pasivo mínimo, aplazar el pago de las deudas no exonerables en un plazo de 5 años. Sin embargo, la propia ley añade requisitos adicionales a este plan de pagos, y, de hecho, incrementa el umbral de pasivo mínimo que debe satisfacerse, ya que no incluye como exonerables los créditos públicos ni por alimentos (los cuales sí se exoneraban en el umbral de pasivo mínimo)¹⁴. Esto revela que esta modificación del año 2015 es poco clara y específica. Introduce el plan de pagos, se entiende que con el ánimo de beneficiar al deudor para que pueda hacer frente a las deudas no exonerables de forma más prolongada en el tiempo, pero a su vez, incrementa ese umbral de pasivo mínimo a satisfacer.

Ambas modalidades, umbral de pasivo mínimo y plan de pagos, serán estudiadas a lo largo de este trabajo en el TRLC, analizando en cada caso las posibles diferencias

¹³ VALDÉS PONS. S., “El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho ex. art. 178.bis de la Ley Concursal”, en *Diario La Ley*, 2019, nº. 9437, págs. 2-3.

¹⁴ RUBIO VICENTE, P.J., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit. pág. 15.

que pueda presentar el Texto Refundido con la regulación anterior contenida en el art. 178.bis LC.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

El TRLC fue aprobado por Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. El Gobierno fue habilitado por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, *de Secretos Empresariales*, en su disposición final tercera, para aprobarlo. El proyecto de RDL que autorizaría el TRLC se aprobó el 20 de marzo de 2019, siendo el texto definitivo el RDL 1/2020, de 5 de mayo. Dicho texto se publicó en el BOE el 7 de mayo, fijándose su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2020.

Cabe destacar que podemos apreciar muy poco espacio de tiempo desde su redacción hasta su aprobación, muy influido por la crisis económica que está generando la pandemia del COVID-19. Sin embargo, como menciona ESTEBAN RAMOS, L.M.,¹⁵ es difícil determinar si esto ha sido acertado, por ser dicha situación de pandemia una situación tan específica y excepcional. Cabe la duda de si no habría sido mejor esperar a la incorporación de la Directiva 2019/1023.

El TRLC tiene el objetivo de agrupar todas las modificaciones que ha sufrido la originaria LC 2003, así como intentar aclarar problemas de interpretación de ciertos preceptos y poner orden entre los mismos.

Todo el contenido del antiguo 178.bis se divide en el TRLC en un total de diecisiete artículos, del art. 486 al 502 TRLC. Esto ha ayudado mucho a ordenar toda la materia del régimen de exoneración de pasivo insatisfecho que se encontraba dispersa por ese art. 178.bis LC, diferenciando por fin el TRLC de forma clara dos regímenes aplicables, indicando los requisitos que deben cumplirse en cada régimen y el procedimiento para solicitar la concesión del beneficio en los mismos. Así, el TRLC rotula el Capítulo II del Título XI “*Del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*”, dividiéndolo en cuatro secciones¹⁶. La primera de ellas, referida al “*ámbito de aplicación*” (qué requisitos debe reunir el deudor para solicitar el beneficio y en qué fase del procedimiento concursal puede solicitarlo). La segunda sección hace referencia

¹⁵ ESTEBAN RAMOS, L.M., “Segunda Oportunidad...”, cit. pág. 2.

¹⁶ CUENA CASAS, M., “El régimen de segunda oportunidad...”, cit. pág. 2.

al “*régimen general*”, la tercera al “*Régimen especial de exoneración por aprobación de un plan de pagos*”. La sección cuarta es la relativa a “*Los efectos comunes de la exoneración*”.

Por una parte, comprende el régimen general, consistente en la satisfacción de un umbral de pasivo mínimo, que coincide con el umbral previsto en el antiguo 178.bis LC, sin introducir cambios en ese punto. El umbral de pasivo mínimo, tanto en el 178.bis LC y el 488 TRLC, consiste en satisfacer los créditos contra la masa y créditos concursales privilegiados en su totalidad. Además, dependiendo de si el deudor hubiera celebrado un AEP, verá exonerados los créditos concursales ordinarios. De lo contrario, deberá satisfacer el 25% de los mismos.

El otro régimen que comprende es el régimen especial, sometiéndose el deudor a un plan de pagos de 5 años¹⁷. Este régimen es subsidiario, en caso de que el deudor no pudiera someterse al cumplimiento del régimen general. Además, este plazo de 5 años puede resultar excesivo, y nos veremos obligados a modificarlo con la incorporación de la Directiva 2019/1023.

La redacción del TRLC, al consistir en una delegación legislativa, su objetivo no puede ser otro que aclarar e interpretar los puntos que más dudas generaban de la normativa concursal, dejando fuera cualquier tipo de modificación normativa. Sin embargo, a lo largo del TRLC podemos ver materias en las que el legislador, con la buena intención de favorecer al deudor o “aclarar” ciertos extremos, no ha hecho otra cosa que incurrir en una transgresión de la función refundidora, al incluir materias no reguladas previamente en el 178.bis LC, o incluso, suprimiéndolas.

Cabe destacar que este mecanismo de exoneración de pasivo debe volver a ser reformado con la transposición de la Directiva UE 2019/1023, de 20 de junio, *sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deuda e inhabilitaciones*. Por ello, no es entendible por qué el legislador español no ha esperado a incorporar la Directiva para introducir las modificaciones oportunas. Independientemente de lo loables que puedan ser los objetivos de esas modificaciones, el TR no es el mecanismo adecuado para dotar a la antigua LC de una nueva regulación.

¹⁷ RUBIO VICENTE P.J., “Aciertos y Desatinos...”, cit., pág. 73-74.

Ahora, solo podemos esperar a ver cómo nuestro legislador incorpora las modificaciones introducidas por la Directiva y aclare definitivamente algunos puntos que aún con el TRLC siguen generando problemas interpretativos. Como afirma RUBIO VICENTE, P.J., todo apunta a que se ha desaprovechado la oportunidad con este TRLC de redactar una normativa firme y coherente sobre este régimen. Es vital que una figura tan importante de nuestro ordenamiento como es la exoneración de pasivo insatisfecho sea lo más clara y precisa posible, para que, a la hora de aplicarla, no existan dudas de ningún tipo que puedan afectar al deudor solicitante del beneficio o a los acreedores que verán sus créditos extinguidos. En definitiva, que la redacción legal de esta figura esté dotada de la suficiente seguridad jurídica que necesita¹⁸.

1. Ámbito de aplicación

El art. 486 TRLC establece el ámbito de aplicación del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, y refleja el contenido del anterior art. 178.bis LC, sin introducir ninguna modificación sustancial al respecto. De esta forma, el TRLC incluye como ámbito de aplicación lo que antes podría considerarse bajo la anterior regulación como presupuestos objetivos de concesión del beneficio.

Por una parte, hace referencia al deudor como persona natural, por lo que cualquier persona física podrá solicitarlo. Por otra, se refiere a cuándo podrá procederse a conceder este beneficio. Es decir, cuando la causa de conclusión del concurso sea por insuficiencia de masa activa para hacer frente a los créditos contra la masa, o bien tras la liquidación del patrimonio en el procedimiento concursal. Por tanto, es imprescindible que el deudor se encuentre dentro del procedimiento concursal¹⁹. Es lógico, ya que se trata de que el deudor haya intentado resolver su situación de insolvencia o bien satisfacer el máximo de créditos posibles previamente dentro del proceso concursal.

Sin embargo, la exigencia de estar inmerso en un procedimiento concursal, implica que este beneficio solo puede ser concedido a consumidores o empresarios con una pluralidad de acreedores. El art. 465 TRLC, establece como una causa de conclusión del concurso cuando se acredite en la lista definitiva de acreedores un solo acreedor. Dicha redacción no aparecía de forma expresa bajo la regulación de la anterior LC.

¹⁸ RUBIO VICENTE, P.J., “Aciertos y Desatinos...”, cit., pág. 76.

¹⁹ ESTEBAN RAMOS, L.M., “Segunda oportunidad...”, cit., pág 3.

Por ello, todo apunta a que no podrían disfrutar de este beneficio aquellas personas físicas deudoras de un solo acreedor, en la medida en que no podrían acudir al procedimiento concursal. Sin embargo, me gustaría destacar un Auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de septiembre de 2018 (anterior a la promulgación del TRLC). En dicho auto, se resuelve el recurso interpuesto por el concursado, ya que, tras el fracaso de un acuerdo extrajudicial de pagos, el juez no declaró la apertura del concurso consecutivo tras su solicitud, deduciéndose del art. 2 LC que es imprescindible que exista una pluralidad de acreedores para la apertura de concurso. A lo largo del auto, se expone que debe tenerse más flexibilidad con este requisito a la hora de conceder el beneficio, y por ello, se tienen en cuenta otras deudas reales del deudor, como gastos de suministros, aunque no estén vencidas. Eso permitiría considerar que se cumple con el requisito de pluralidad de acreedores²⁰.

Volviendo al art. 486 TRLC, en dicho artículo la ley no hace referencia a la persona del deudor como empresario, por tanto, podemos deducir que se aplica al deudor persona natural, ya sea empresario o consumidor. Realmente si no se hace esta consideración es porque este régimen trata de ayudar al deudor persona natural, independientemente de la actividad económica que realice. Se trata de salvar a esa persona de la situación de insolvencia. Es irrelevante que dicha situación provenga de su actividad empresarial o de su actuación como consumidor, y más aún teniendo en cuenta que los últimos años se han incrementado los concursos de consumidores (y se prevén todavía más tras la crisis económica generada por la pandemia).

Cabe destacar una diferenciación en cuanto a persona natural consumidor o empresario que se hace a nivel procesal. Tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, se produce un cambio sustantivo en cuanto al juez competente para conocer del concurso. Desde esta reforma, el Juez de 1º Instancia conocerá de los concursos de personas naturales consumidoras (así se dice en el art. 85.6 LOPJ), mientras que antes era competencia de los jueces de lo mercantil, los cuales aún conservan la competencia sobre concursos de persona natural empresaria, profesional o autónoma (art. 86.ter.1 LOPJ)²¹. A la hora de

²⁰ Si se quiere saber más sobre dicho auto, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Sobre la pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso de acreedores”, en *Blog Almacén de Derecho*, 24 de octubre de 2018.

²¹ RUBIO VICENTE, P.J., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit., pág. 6.

introducir este cambio, el legislador no pensaba en otra cosa que aliviar de carga de trabajo a los juzgados de lo mercantil²². Sin embargo, no considero acertada esta decisión, ya que un Juez de 1º Instancia carece de la especialización que tiene un juez mercantil en materia concursal²³.

Respecto a la liquidación, es necesaria que la misma se haya producido, bien por insuficiencia de masa activa, o bien tras la propia liquidación del patrimonio dentro del procedimiento concursal. No está de más destacar que los bienes considerados inembargables estarán exentos de dicha liquidación, por mandato del art. 192.2 TRLC, que reproduce el contenido del antiguo art. 73 LC.

Con la liquidación también se produce la paralización de las ejecuciones hipotecarias. De acuerdo con el art. 149 TRLC, el acreedor pierde el derecho a ejecutar el bien garantizado separadamente una vez iniciada la liquidación. Como explica CUENA CASAS, M.²⁴, esto implica que no es posible exonerar un crédito con garantía real, ya que el mismo ha tenido que haber sido ejecutado antes de la fase de liquidación. Si una vez ejecutado el bien, este no fuera suficiente para satisfacer la totalidad del crédito, la parte restante de pago, en función de su calificación como crédito, será o no exonerable. Por ejemplo, dependería de si es calificado como un crédito de privilegio general o uno ordinario.

Esto genera un problema para el deudor, ya que, si el bien aún no ha sido ejecutado al finalizar el procedimiento concursal, el acreedor podrá dirigirse contra el deudor en forma de ejecución singular. Se trata de forma discriminatoria a los acreedores, ya que, ante una concesión del beneficio de exoneración, el resto de acreedores verían sus créditos extinguidos, salvo aquellos que no hayan ejecutado el bien hipotecado dentro del procedimiento concursal. Por ello, sería conveniente que el TRLC hubiera atajado la cuestión refiriéndose a si puede o no ejecutarse dicha garantía real una vez concedido el beneficio.

²² RUBIO VICENTE, P.J., “Acieros y Desatinos...”, cit., pág. 78.

²³ CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen...”, cit., pág.12. También critica este aspecto FERNÁNDEZ SEJO, J., “Que tu mano derecha no sepa lo que hace tu mano izquierda” (a propósito de la competencia judicial de los concursos de consumidores”, en *Blog Hay Derecho*, 5 mayo 2015, pág. 3.

²⁴ CUENA CASAS, M., “El régimen de segunda oportunidad...”, cit., pág. 2.

2. Presupuestos subjetivos

El art. 487 TRLC, recoge un requisito subjetivo que debe cumplirse para la obtención del beneficio, dentro de la Sección 2º relativa al régimen general, pero extensible también al régimen especial relativo al plan de pagos (ya que en dicho régimen no se observa un artículo concreto sobre un requisito subjetivo, de lo que se deduce que es de aplicación a ambos regímenes).

Dicho artículo, establece que el deudor solicitante del beneficio debe ser de buena fe, y, a continuación, en el apartado 2, se entiende qué es buena fe.

Esto demuestra que el juez no puede entrar a valorar la buena fe del deudor conforme a sus máximas de experiencia, sino que la propia ley ya tipifica acciones realizadas por el deudor que infringen la buena fe, y, por tanto, el juez está sujeto a ellas.

Al tenor del artículo, por tanto, no parece que el juez, pese a no cumplirse uno de los requisitos del art. 487.2 TRLC pueda conceder la exoneración del beneficio al margen de los mismos, aunque las circunstancias lo aconsejen o esté debidamente justificado.

Una ventaja de ello es que se limita la discrecionalidad de los jueces, y así, evitamos que haya resoluciones judiciales dispares en relación a la buena fe del deudor, tratando de unificar la interpretación de los jueces en este sentido. Sin embargo, como señala MUÑOZ PAREDES, A., si se pretende esto es necesario que la redacción de la ley sea lo más clara y correcta posible, para evitar que puedan acceder al beneficio deudores que, aun cumpliendo los requisitos legales para ello, no hayan actuado conforme a la buena fe²⁵.

Dicho esto, los requisitos legales que manifiestan la buena fe del deudor para acceder al beneficio, son:

-Que el concurso no haya sido declarado culpable. Un concurso puede ser declarado fortuito o culpable. Cabe destacar que un concurso es declarado fortuito por exclusión, es decir, cuando un concurso no haya sido declarado culpable. Por tanto, no

²⁵ En MUÑOZ PAREDES, A., “El arte de (no) pagar las deudas”, en *Diario La Ley*, 2020, nº 9584, pueden encontrar un ejemplo sobre cómo un deudor cumpliendo los requisitos legales del concepto de buena fe del art. 178.bis.3 LC (bajo la anterior regulación de la LC), accede al beneficio, a pesar de no ser ajustada la actuación del deudor a la buena fe.

tenemos un concepto de concurso fortuito, pero sí entendemos que un concurso es fortuito cuando la insolvencia no ha sido ni agravada ni generada consecuencia del dolo o culpa grave del deudor²⁶.

-Que el deudor no haya sido condenado por delitos contra el patrimonio, orden socioeconómico, falsedad documental, contra la hacienda Pública o la Seguridad Social, o contra derechos de los trabajadores por sentencia firme, en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. En el caso de que el proceso penal estuviera pendiente de resolver, la exoneración de pasivo no será concedida hasta que dicho proceso penal finalice en una resolución judicial firme. Por tanto, el juez del concurso no puede tomar una decisión sobre la procedencia del beneficio hasta entonces.

Considero aplaudible la decisión del legislador de regular como requisito para la obtención del beneficio de exoneración la buena fe del deudor. La exoneración de pasivo insatisfecho, como ya sabemos, es un instrumento que no deja de ser beneficioso para el deudor persona física, pero es necesario también que tenga unos límites, de tal forma que un deudor que ha contribuido a empeorar su situación de insolvencia mediando dolo o culpa se le restrinja su acceso a este beneficio. Todo ello porque estamos ante una figura que limita los derechos patrimoniales de los acreedores, y que puede alterar la estabilidad de la cultura de pago, por lo que su concesión debe estar justificada²⁷.

Tras la reforma del año 2015, en el 178.bis LC, se eliminó del requisito subjetivo la necesidad de haber satisfecho por el deudor el umbral de pasivo mínimo, algo acertado ya que a mi juicio nada tiene que ver la capacidad económica que tenga el deudor para hacer frente a ese umbral con la buena fe del mismo, como comparte también CUENA CASAS, M.²⁸.

Al final del apartado segundo del artículo, podemos ver que se deja un grado de discrecionalidad al juez para conceder el beneficio en un supuesto de concurso culpable, cuando se produce el retraso por el deudor de la solicitud de la declaración de concurso.

²⁶ SENDRA ALBIÑANA, A., “El mecanismo de segunda oportunidad”, en AA.W, *Derecho Preconcursoal y Segunda Oportunidad* (est. dir. por C. Boldó Roda y coord. por C. Pastor Sempere), Valencia, 2021 (ed. Tirant lo Blanch), pág. 93.

²⁷ ORRICO, I., “Luces y sombras de la exoneración del pasivo insatisfecho. Algunas propuestas de mejora”, en *ADCo*, 2021, nº 53, ed. electrónica, pág. 6.

²⁸ CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen...”, cit., págs. 2-3.

Como sabemos, en el art. 5 TRLC, se establece un deber para el deudor de solicitar la declaración del concurso en los dos meses siguientes desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia actual. Es un deber que supone que el deudor no prolongue innecesariamente su situación de insolvencia, o evitar incluso que la empeore, con el objetivo de no perjudicar los intereses de los acreedores.

En la antigua redacción del art. 178.bis LC, evidenciaba que el juez, a la vista de ese retraso en la solicitud del concurso, podía conceder el beneficio siempre que el deudor no incurriera en dolo o culpa grave. Tal regulación, desde mi punto de vista es algo ilógica, ya que, si el concurso fue declarado culpable desde un primer momento por esta causa, el juez ya habría apreciado a la hora de calificarlo como tal que el deudor ya había actuado con mala fe o culpa grave, por lo que no era necesario realizar un segundo examen sobre ello para la concesión del beneficio. Además, como he mencionado, dicho deber tiene el objetivo de no empeorar de forma innecesaria la situación de insolvencia para no afectar a los acreedores, por lo que, si el deudor no presenta la solicitud a tiempo, ya se produciría un perjuicio para los mismos.

Con el TRLC se suprime del artículo la expresión “por dolo o culpa grave”, lo cual es acertado por las razones que he expuesto anteriormente.

Al margen de esto, existe un claro error en la regulación del TRLC, o más bien, una falta de especificación o aclaración. Con ello, me refiero a la figura del administrador de una sociedad, que obtenga el beneficio de exoneración de pasivo como persona natural, cuando el concurso de su empresa como persona jurídica haya sido declarado culpable.

A mi juicio, una persona que ha conseguido con sus acciones la calificación del concurso de su empresa como culpable, también de cierta manera ha contribuido a generar su situación de insolvencia ya no sobre su patrimonio profesional, sino en su patrimonio personal, de forma culpable.

Supongamos un administrador que ha ocultado bienes a sus acreedores, y consecuencia de ello, el concurso de la empresa persona jurídica ha sido declarado culpable. Si luego concediéramos el beneficio a ese mismo deudor en un procedimiento concursal como persona física, aunque ese concurso no haya sido declarado culpable, sí ha contribuido ese deudor a la calificación de culpable del concurso de su empresa. Por tanto, considero que la ley debería prever esta situación y analizar cada caso en concreto,

para evitar que los administradores de las sociedades que no hayan actuado de forma diligente se aprovechen de este beneficio²⁹.

3. Régimen general y especial de exoneración

Como ya se ha apuntado anteriormente, ahora en el TRLC tenemos claramente diferenciados dos regímenes de exoneración de pasivo insatisfecho. Por una parte, el régimen general, consistente en pagar por parte del deudor un umbral de pasivo mínimo (arts. 487-492 TRLC). Por otra parte, el régimen especial, mediante el cual el deudor se somete a un plan de pagos de 5 años de duración para hacer frente al pago de dicho umbral, establecido de forma subsidiaria para cuando no sea posible acogerse por el deudor al pago del umbral de pasivo mínimo (arts. 493-499 TRLC).

A continuación, veremos los presupuestos objetivos que debe cumplir el deudor en cada uno de los regímenes, para posteriormente analizar la solicitud y procedimiento que se deben seguir en cada uno de ellos.

3.1. Presupuestos objetivos

El TRLC establece, como hemos visto, un presupuesto subjetivo común a los dos regímenes en el art. 487 (que el deudor haya actuado de buena fe), y presupuestos objetivos para cada régimen, el general y el especial, en los artículos 488 y 493 TRLC, respectivamente. Bajo la anterior regulación, estos presupuestos se encontraban dispersos a lo largo del 178.bis.1 y 178.bis.3 LC, por lo que el TRLC cumple una función clarificadora ordenando estos conceptos.

En primer lugar, en el art. 488 TRLC, se prevé el presupuesto objetivo del régimen general, el pago del umbral de pasivo mínimo. Este consiste en que el deudor debe pagar la totalidad de los créditos contra la masa, los créditos privilegiados, y el 25% de los créditos ordinarios. Por tanto, el deudor, cumpliendo este requisito de orden cuantitativo, verá exonerados la totalidad de los créditos subordinados y el 75% de los créditos concursales ordinarios.

El propio artículo prevé que, si el deudor hubiera intentado un AEP, verá exonerada la totalidad de los créditos ordinarios, no teniendo que abonar el 25% de dichos

²⁹ Opina en líneas similares CUENA CASAS, M. “El nuevo régimen...”, cit. pág. 10.

créditos. De lo contrario, el deudor que pudiendo intentar un AEP (por reunir los requisitos para ello) no lo hace, deberá satisfacer ese 25% de los créditos ordinarios.

Por tanto, la celebración de un AEP no se considera ya un requisito indispensable para la obtención del beneficio. Sin embargo, la ley trata de sancionar al deudor que pudiendo celebrar un AEP por reunir los requisitos, no lo haga, haciéndole pagar ese 25% del crédito ordinario³⁰.

Eliminar la exigencia de la celebración del AEP y convertirla en potestativa para el deudor que se somete al régimen general, supone un cambio normativo, ya que no se establecía de esta forma en la anterior LC, o al menos no de forma clara. En el art. 178.bis.3 LC se establecía a nivel general que el deudor debía intentar un AEP para la obtención del beneficio, y en el 178.bis.3.4º LC a su vez lo excepcionaba para esos deudores que se acogieran al umbral de pasivo mínimo, no exigía ese presupuesto³¹.

La doctrina y la jurisprudencia, bajo la anterior regulación de la LC, consideraban que la exigencia de la celebración del AEP solo podía incumplirse por sujetos que no reunieran los requisitos para su celebración (de acuerdo al 231 LC), estando por tanto obligados los que sí los cumplían³².

Esto generaba ciertas dudas interpretativas y aplaudo que el TRLC lo haya solucionado, por lo que podemos concluir que la celebración del AEP no es estrictamente necesaria siempre que se satisfagan el 25% de los créditos ordinarios, incluyéndolos en el umbral de pasivo mínimo.

Sin embargo, el TRLC deja la puerta abierta a otra duda interpretativa, ya que solo alude al cumplimiento de este requisito en el régimen general. En la regulación de la LC, en el art. 178.bis.2.3º y 178.bis.2.4º LC, se deducía que era igualmente aplicable a la modalidad del plan de pagos. Podría considerarse que el TRLC se ha extralimitado en su función refundidora al eliminar del régimen especial (someterse el deudor a un plan de pagos) ese presupuesto de que el deudor debía celebrar un AEP, eliminando así un elemento normativo que sí aparece en la anterior regulación.

³⁰ CUENA CASAS, M., “El régimen de segunda oportunidad...”, cit. pág. 4; RUBIO VICENTE, P. J., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit., pág. 13.

³¹ RUBIO VICENTE, P. J., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit., pág. 11; ORRICO, I., “Luces y sombras...”, cit., págs. 9-10.

³² RUBIO VICENTE, P. J., “Aciertos y Desatinos...”, cit. pág. 79.

De hecho, actualmente y tras la pandemia de la COVID-19, como apunta CUENA CASAS, M., en el RDL 16/2020, de 28 de abril, se estableció que, durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma, con acreditar que se habían producido dos faltas por el mediador concursal para su designación, se dará por intentado el AEP. Es decir, se asimila que los mediadores denieguen su aceptación con que ya se ha intentado un AEP, y coincido con la autora de que es totalmente una ficción. No puede asimilarse, ya que ni ha habido reuniones con los acreedores, ni intento de acuerdo de ningún tipo. Se trata de agilizar un trámite que, a mi juicio, para realizar esa ficción, sería mejor haber eliminado, que es básicamente lo que creo que ha pretendido el legislador.

Además, un deudor que tenga intención de solicitar el beneficio, tiene una situación de solvencia bastante complicada para hacer frente incluso a los créditos contra la masa, y ello desmotiva totalmente a profesionales como mediadores concursales o administradores, ya que cabría la posibilidad de no cobrar sus honorarios. En ese sentido, la regulación sobre la remuneración de los mismos sigue siendo insuficiente en el TRLC y no estaría de más completarla para acabar con esos problemas de denegación a la hora de su nombramiento.

Aún peor es que el RDL 16/2020, al tener un periodo de vigencia limitado a un año para paliar las consecuencias de la pandemia y agilizar los trámites, cuando deje de aplicarse, los mediadores seguirán denegando esos AEP, dificultando aún más la obtención del beneficio.

En el régimen especial, además, el deudor que se someta a un plan de pagos, tampoco tiene por qué haber intentado un AEP, de acuerdo con el art. 493 TRLC (que lo omite). El deudor, además de cumplir los requisitos subjetivos de buena fe, debe cumplir requisitos objetivos propios de este régimen especial, y entre ellos no está la celebración de dicho AEP. Por ello anteriormente me referí a que, en este extremo, se ha producido una eventual transgresión de la delegación legislativa, ya que sí se establecía en la anterior regulación de la LC. Ello sin perjuicio de aplaudir la supresión del carácter necesario de este presupuesto también en estos casos.

Bajo el antiguo 178.bis.3º LC establecía como presupuesto general que el deudor haya intentado el AEP, siempre que reuniera los requisitos del art. 231 LC, para luego en el 178.bis.3.4º LC, excepcionar ese requisito general. En definitiva, lo establece como obligatorio para aquel deudor que se acoja a un plan de pagos o al umbral de pasivo

mínimo, para luego a continuación exceptuarlo de aquel que se somete al umbral de pasivo (una redacción algo ilógica a mi parecer).

Esto plantea varias dudas. Por una parte, si un deudor reunía todos los requisitos del AEP del 231 LC, debía intentarlo, pero también, si la norma excepcionaba a los que se acogían al umbral de pasivo en el apartado 4º, eso no tenía sentido.

Además, eso supone un problema. Si un deudor, solo por no reunir los requisitos del art. 231 LC ya tenía que satisfacer a mayores el 25% de los créditos ordinarios, se le estaría tratando de forma injusta. Se penaliza al que no puede ni siquiera intentarlo, independientemente de la voluntad que tenga.

Como antes he mencionado, el TRLC aclara este aspecto de forma tajante. Introduce “si el deudor que, reuniendo los requisitos, no hubiera intentado un AEP...”. Por tanto, podríamos deducir que el que no reúne los requisitos para intentar un AEP, no debe pagar el 25% de los créditos ordinarios.

En definitiva, con el TRLC, debemos concluir que solo se intente un AEP si el deudor reúne los requisitos para poder hacerlo, con el objetivo de que se llegue a un acuerdo con los acreedores o incluso, reducir el pasivo al que debe hacer frente.

A mi juicio considero que el objetivo de la ley a la hora de establecer ese AEP es loable, para tratar de reducir el pasivo o llegar a un acuerdo con los acreedores, pero tiene una desventaja, y es que, en caso de no llegar a un acuerdo, los gastos que genera son créditos contra la masa, y elevan por tanto el volumen de pasivo al que tiene que hacer frente el deudor. Aplaudo que deje de ser obligatorio, ya que el deudor que se encuentre seguro o vea difícil llegar a un acuerdo, puede evitarlo, aunque eso le suponga pagar el 25% de los créditos ordinarios en el umbral de pasivo mínimo³³.

Por último, me gustaría mencionar una sentencia anterior a la declaración del estado de alarma, e incluso a la promulgación del TRLC, del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2019. En ella, se expone que un intento de celebración de AEP efectivo conlleva una verdadera propuesta a los acreedores, independientemente de que esta posteriormente sea o no aceptada por los mismos. En dicha sentencia, el deudor ofreció a los acreedores

³³ ESTEBAN RAMOS, L. M., “Segunda oportunidad...”, cit., pág. 4.

la condonación del 100% de la deuda, algo que, evidentemente, no consiste en intentar dicho acuerdo, ya que previamente él sabía que ningún acreedor le aceptaría eso.

Es curioso, como hemos visto anteriormente, que ahora con la situación de pandemia y el RDL se reduzca tanto la efectividad de ese intento de acuerdo extrajudicial de pagos a la mínima expresión, en comparación con la sentencia citada. El objetivo es acelerar el acceso a la exoneración, lo cual considero acertado, pero la aceleraría con mucho más sentido eliminar la exigencia de celebración del AEP en plena situación de crisis económica y financiera provocada por la pandemia.

En definitiva, el TRLC establece un presupuesto subjetivo común de buena fe aplicable a ambos regímenes, y presupuestos objetivos especiales para cada uno de ellos, además de haber incluido como ámbito de aplicación lo que bajo la anterior regulación se deducía que era un presupuesto objetivo³⁴. Quizá podría haberse distribuido de forma más clara, de tal forma que se podrían establecer requisitos objetivos y subjetivos para cada régimen, o bien establecer un apartado de requisitos comunes, y luego evidenciar las especialidades de cada uno.

En el art. 493 TRLC se hace referencia al régimen especial, mediante el cual, cuando el deudor no pueda acogerse al régimen general, podrá someterse a un plan de pagos.

A este régimen especial le es de aplicación el requisito subjetivo de buena fe del deudor, pero recoge una serie de presupuestos objetivos especiales que no comparte con el régimen general, y de los cuales puede resultar cuestionable que no se hayan ampliado a ambos regímenes, general y especial. Entre los presupuestos que recoge el régimen especial, anteriormente dispersos en el art. 178.bis.3.5º LC, sin que se haya producido ninguna modificación sustancial, están:

-Que el deudor no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo, adecuada a su capacidad. Este requisito, sin introducir novedades en el contenido de la anterior LC, sigue generando las mismas dudas interpretativas que entonces³⁵. Es posible que el deudor, antes de la declaración de concurso, y más aún cuatro años antes, no tiene forma de saber que su fortuna ira a peor

³⁴ RUBIO VICENTE, P. J., “Aciertos y desaciertos...”, cit. pág. 81.

³⁵ SENDRA ALBIÑANA, A., “El mecanismo...”, cit., págs. 122-123.

e incurrir en su insolvencia. Además, entiendo que esto solo sería aplicable al deudor persona natural consumidor que estuviera desempleado antes de la declaración de concurso, ya que no tendría lógica imponer este requisito al deudor empresario, quien es lógico que rechace ofertas de trabajo si esos 4 años antes se supone que estaba ejerciendo su actividad económica.

Realmente, este requisito solo tendría sentido si se aplicara al plazo de 5 años que el deudor tiene para el plan de pagos. Parece reprochable que habiéndose comprometido a cumplir el plan, el deudor rechace una oferta de trabajo, que no podría ser otra cosa que beneficiosa para el plan y los acreedores ya que le generaría ingresos para hacer frente al pago del plan. Permitiría demostrar que el deudor, durante ese plazo, se ha esforzado por pagar esas deudas, y por tanto, ha demostrado que se merece la concesión del beneficio³⁶.

Por ello, no habría estado de más que el TRLC aclarara que este requisito fuera aplicable o no al periodo de plan de pagos, que es donde realmente tiene sentido, y no antes de la declaración de concurso.

-No haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto al juez del concurso y el administrador concursal. El antiguo 178.bis.3.5º LC solo recogía este requisito haciendo referencia a las obligaciones de colaboración del antiguo art. 42 LC³⁷. Aparentemente, es lógica la exigencia de este requisito, ya que, además, no cumplir con dichas obligaciones es una causa de concurso culpable que podría llevarnos incluso a la no concesión de este beneficio, por no cumplirse el presupuesto subjetivo, que exige que para que el deudor sea de buena fe no haya sido declarado su concurso culpable.

Sin embargo, considero absurdo que este presupuesto del régimen especial no se haya ampliado al régimen general. El deudor que incumple los deberes de colaboración es igual de culpable independientemente del régimen de exoneración al que pueda acogerse.

Además, si incumplir esas obligaciones de colaboración es una presunción *iuris tantum* de concurso culpable, de acuerdo con el artículo 442.2º TRLC, no sería necesario

³⁶ RUBIO VICENTE, P.J. “Aciertos y desatinos...”, cit. pág. 81.

³⁷ CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen...”, cit., pág. 13.

volver a evidenciarlo aquí si el concurso ya ha sido declarado culpable, pudiéndose perfectamente procederse a su omisión, ya que me parece un tanto reiterativo³⁸.

-El deudor no ha debido obtener el beneficio de exoneración de pasivo dentro de los últimos diez años. Al igual que hemos visto en el requisito anterior, resulta sorprendente que este requisito no sea exigible también para el régimen general.

Eso nos podría llevar a interpretar que un deudor que haya obtenido varias exoneraciones de pasivo en los 10 años anteriores, siempre que lo haya hecho satisfaciendo el umbral de pasivo mínimo que exige el régimen general (sin acogerse por tanto a un plan de pagos), pueda continuar exonerándose, sin que le afecte este requisito, solo por no ser aplicable al régimen general.

Es algo que no tiene sentido si lo relacionamos con el verdadero objetivo de este requisito. Con evitar la exoneración si ha sido ya concedida al deudor en los 10 años anteriores, tratamos de que no se abuse de este beneficio y que haya deudores que se conviertan en auténticos profesionales de obtención de este beneficio. Como hemos mencionado en anteriores ocasiones, la exoneración de pasivo no deja de ser un mecanismo que desestabiliza la cultura de pago y que afecta a derechos patrimoniales de los acreedores³⁹, por lo que es lógico que haya un control del mismo y no se esté concediendo a un mismo deudor en el tiempo de forma reiterada.

3.2. Procedimiento: solicitud y tramitación

En primer lugar, para obtener el beneficio de exoneración de pasivo, el deudor debe presentar una solicitud al juez concursal. Bajo la regulación anterior, el art. 178.bis.2 LC se remitía a otros preceptos de la ley para determinar el momento de su presentación, no siendo ahora necesario en el nuevo art. 489.1 TRLC (régimen general).

El plazo para presentar esta solicitud coincide con el plazo de audiencia que se da a las partes para realizar alegaciones que manifiesten su oposición a la solicitud de conclusión de concurso.

En el art. 494 TRLC, se establece que dicha solicitud, prevista en el régimen general, sea aplicable también al régimen especial del plan de pagos, en la que, a mayores,

³⁸ Comparto opinión con RUBIO VICENTE, P.J., “Aciertos y Desatinos...” cit., pág. 82.

³⁹ CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen”, cit., pág. 14.

el deudor debe aceptar expresamente su sumisión al plan de pagos. Ese plan de pagos debe ser aprobado por el juez, y el deudor debe aceptar su inscripción en el Registro público concursal, y mantenerse durante los cinco años que dure el plan de pagos.

No obstante, aunque esta solicitud sea común a ambos regímenes, su tramitación presenta algunas especialidades en cada uno de ellos.

3.2.1 Procedimiento en el régimen general

El plazo para presentar alegaciones por parte de la administración concursal y los acreedores a la solicitud de conclusión del concurso, que coincide con el plazo para presentar la solicitud del beneficio, es de 5 días.

Una vez presentada la solicitud de exoneración por el deudor, el Letrado de la Administración de Justicia da traslado de ella a la administración concursal y a los acreedores, para que, en 5 días, presenten alegaciones.

A la vista de tales alegaciones, el deudor tiene la posibilidad de desistir del pago del umbral de pasivo mínimo y acogerse al régimen especial de plan de pagos, según se estipula en el art. 489.4 TRLC. Si decide cambiar al régimen especial de plan de pagos, deberá acompañar una propuesta de dicho plan⁴⁰.

Esta posibilidad aparece *ex novo* en el TRLC, sin que existiera previsión normativa alguna sobre ella en la LC. Sin embargo, sí se reconocía por la jurisprudencia, como en la STS de 2 de julio de 2019. Dicha sentencia indica que la LC no determina que la elección de la modalidad de plan de pagos o satisfacción de umbral de pasivo mínimo sea inamovible, por lo que es perfectamente posible cambiar lo que el deudor eligió inicialmente⁴¹.

Si durante el plazo de 5 días ningún acreedor ni el administrador se oponen, o bien manifiestan su conformidad, el juez, a la vista de si se cumplen los requisitos establecidos por la ley, concederá el beneficio de la exoneración en el mismo auto que declare la conclusión del concurso.

⁴⁰ ORRICO, I., “Luces y sombras...”, cit. pág. 10.

⁴¹ ORRICO, I., “Luces y sombras...”, cit., pág. 11.

En el caso de que hubiera oposición, se abriría una pieza separada como incidente concursal, lo que provoca que, hasta que no devenga firme la resolución de este incidente concursal, el juez no podrá dictar el auto de conclusión del concurso⁴².

3.2.2 Procedimiento en el régimen especial

En este régimen, el deudor debe acompañar con su solicitud una propuesta de plan de pagos, indicando cómo hará frente a los créditos contra la masa, los créditos privilegiados, créditos por alimentos y la parte de créditos ordinarios que se especifique en el plan (hay que recordar que en función de si se celebra o no un AEP, el deudor deberá satisfacer el 25% de los créditos ordinarios).

Una vez presentada la solicitud por el deudor, el Letrado de la Administración de Justicia da traslado de ella a la administración concursal y a los acreedores, para que, en esos 10 días, presenten alegaciones.

A la vista de tales alegaciones realizadas por los acreedores y el administrador concursal, el deudor tiene la facultad de modificar el plan de pagos que presentó, ya sea en parte o totalmente, o bien optar por mantenerle (art. 496.2 TRLC).

El plazo para presentar realizar alegaciones es diferente al del régimen general, aquí, son 10 días. Esto ha supuesto una modificación con el nuevo TRLC, ya que anteriormente en el 178.bis.4 LC se preveía una tramitación unitaria de la solicitud para ambos regímenes⁴³.

Con el nuevo TRLC se trata de hacer más accesible la concesión de este beneficio, para evitar que la solicitud inicial fracase a la vista de las alegaciones, aunque sea modificando dicho art. 178.bis.4 LC. Esto, no obstante, podría interpretarse como una transgresión de la delegación legislativa de la comisión encargada de la elaboración del TRLC⁴⁴.

3.2.3 Concesión de la exoneración

Bajo la regulación del art. 178.bis LC, la tramitación de la concesión del beneficio era única para ambos regímenes. La admisión de la solicitud hacía que el juez concluyera

⁴² ESTEBAN RAMOS, L.M., “Segunda oportunidad...”, cit., pág. 5.

⁴³ ESTEBAN RAMOS, L.M., “Segunda oportunidad...”, cit., pág. 7.

⁴⁴ RUBIO VICENTE, P.J., “Aciertos y desatinos...”, cit. págs. 86-87.

el concurso y concediera el beneficio provisionalmente, tanto si el régimen elegido era el pago del umbral de pasivo mínimo o como si se acogía a la presentación de un plan de pagos por el deudor.

El art. 178.bis.7 LC concedía a los acreedores la facultad de instar la revocación del beneficio en los 5 años posteriores a su concesión. No se mencionaba que la misma fuera provisional, pero, si se reconocía esta posibilidad, podía ser revocada, y por tanto se descartaba que pudiera ser definitiva. Los acreedores podían solicitar la revocación cuando acreditaran la existencia de bienes ocultos del deudor, y, además, cuando fuera la concesión por un plan de pagos, se incluían otras posibilidades.

Todo ello nos llevaba a pensar que la concesión de este beneficio, independientemente de la modalidad elegida por el deudor (satisfacer el umbral de pasivo mínimo o someterse a un plan de pagos), era provisional. El art. 178.bis.8 LC, preveía para el caso del plan de pagos, que, una vez transcurrido su plazo sin revocación, el deudor tenía que solicitar al juez la elevación de la concesión de provisional a definitiva, pero nada se decía en la modalidad de satisfacción de un pasivo mínimo. Había que concluir que, por ser el art. 178.bis.4 LC aplicable a ambas modalidades de exoneración, con una tramitación unitaria, el deudor que se hubiera acogido a la modalidad de umbral de pasivo mínimo, también a los 5 años debía solicitar la exoneración definitiva⁴⁵.

Con la promulgación del TRLC solucionamos estos problemas interpretativos. El art. 490.1 TRLC, simplemente concede el beneficio en el régimen general, sin mencionar su provisionalidad. Sin embargo, el art. 496.3 TRLC, sí menciona que durante los 5 años del plan de pagos la concesión será provisional, añadiendo en el art. 499.1 TRLC que la exoneración será definitiva tras transcurrir el plan de pagos sin la revocación del beneficio.

Por tanto, no existe ahora ninguna duda de que mientras dure el plan de pagos la concesión será provisional, y cuando se acoge el deudor a la satisfacción del umbral de pasivo mínimo, será definitiva. En cualquier caso, no habría estado de más manifestar en el art. 490.1 TRLC el carácter definitivo de la concesión en el régimen general, mencionándolo expresamente para evitar posibles dudas a la hora de saber si la

⁴⁵ ORRICO, I., “Luces y sombras...”, cit., págs. 12-13.

exoneración del régimen general es también provisional o no, como sí se dice expresamente para el régimen especial.

Aun así, se deja la puerta abierta a una posible revocación del beneficio de aquel deudor que se ha acogido al régimen general en el art. 492.1 TRLC, si tras 5 años de la concesión del beneficio se acreditara que el deudor ocultó bienes o derechos.

Lo que sí que puede ser más cuestionable, y que el TRLC no ha acabado de solucionar, es la controversia de por qué el deudor debe solicitar él mismo la concesión del beneficio de forma definitiva una vez que ha cumplido el plan de pagos (art. 499.1 TRLC). Realmente, ya en la solicitud del plan de pagos se examinan los requisitos y se aprueba en función de los mismos la concesión provisional, lo lógico es que si se cumple dicho plan de pagos, se conceda el beneficio de forma definitiva, sin necesidad de que tenga que solicitarlo el deudor de nuevo.

La Directiva UE 2019/1023, de 20 de junio, la cual tendremos que transponer este mismo año, establece que en la modalidad de plan de pagos el plazo para obtener la exoneración definitiva no puede ser superior a 3 años, por lo que nos veremos obligados a rebajar el plazo.

Más interesante es que la misma también menciona que los empresarios insolventes puedan obtener el beneficio definitivamente una vez cumplido el plan de pagos, sin necesidad de ningún otro procedimiento adicional (art. 21.2 Directiva), para luego, en el 21.2 *in fine*, reconocer a los Estados la posibilidad de mantener procedimientos para que la autoridad, ya sea judicial o administrativa, pueda comprobar el cumplimiento de los requisitos. Por último, en el Considerando número 82, establece que las autoridades deben poder examinar, ya sea a petición de parte o de oficio, si los empresarios (deudores) cumplen los requisitos para la obtención de la exoneración de forma definitiva.

En mi opinión, creo que agilizaría el proceso y supondría menos dificultades para el deudor que, una vez transcurridos los 5 años del plan de pagos sin que se haya instado su revocación, el propio juez pueda de oficio conceder el beneficio de forma definitiva, sin que sea necesaria esa solicitud del deudor⁴⁶.

⁴⁶ Comparto en este caso posición con RUBIO VICENTE, P.J., “Aciertos y desatinos...”, cit., págs. 88-89, y ESTEBAN RAMOS L.M., “Segunda oportunidad...”, cit., págs. 7-8.

4.- Créditos exonerables

En este aspecto, debemos destacar que se ha producido una modificación sustancial en materia de crédito público, no solo del TRLC respecto al art. 178 bis LC, sino también con el Proyecto de TRLC.

Es fundamental que, para que este mecanismo sea efectivo, se exoneren el máximo número de créditos posibles, con el objeto de permitir la rehabilitación del deudor y que pueda iniciar de nuevo una actividad económica.

Tanto en la LC como en el actual TRLC el deudor que se acoge al pago del umbral de pasivo mínimo (o régimen general), verá exonerados el 100% de los créditos subordinados y el 75% de los créditos ordinarios si no hubiera intentado la celebración de un AEP. Por lo tanto, no serían exonerables los créditos contra la masa ni los créditos privilegiados. En esta modalidad de satisfacción de pasivo mínimo nada se decía sobre la exoneración o no de los créditos públicos o por alimentos. El silencio sobre esta cuestión llevaba a entender que se exoneraban, a diferencia de lo que ahora ocurre en el TRLC, en relación con esta modalidad de exoneración⁴⁷.

Si el deudor decidiera someterse a un plan de pagos (o régimen especial), las deudas exonerables son distintas. Ya en el art. 178 bis.5 LC, el deudor veía exonerados los créditos ordinarios y subordinados que estuvieran pendientes a la fecha de conclusión de concurso. Pero, además, en dicho artículo, se exceptuaban de la exoneración los créditos de derecho público y los créditos por alimentos⁴⁸. Respecto a los créditos con garantía real, si aún queda parte del crédito que no ha sido satisfecha con la ejecución de la garantía, dependerá de la naturaleza del sobrante. Así, si fuera privilegiado, no se exonerará, y al contrario si el mismo resultara ser ordinario⁴⁹.

Antes de adentrarme en la modificación que se ha producido en el TRLC respecto a los créditos públicos, me gustaría poner de relieve ciertas carencias de esta regulación.

⁴⁷ ORRICO, I., “Luces y sombras...”, cit., págs. 13-14, y PETIT PINAZO, M., “La segunda oportunidad y exoneración de deuda pública”, en *e-DICTVM*, nº 86, marzo 2019, pág. 1.

⁴⁸ Si se quiere saber más sobre cómo regulaba el 178.bis.5 LC el crédito público en materia de exoneración, así como las interpretaciones que la doctrina hace sobre ello, puede resultar de interés el artículo de HURTADO YELO, J., “El crédito público y el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, en *Diario La Ley*, 2020, nº 9575, de 17 de febrero de 2020.

⁴⁹ RUBIO VICENTE, P. J., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit., pág. 117; CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen...”, cit., pág. 16.

Por una parte, nuestro legislador opta por determinar la exoneración en función de la clasificación del crédito en el procedimiento concursal. Es posible que la clasificación de esos créditos fuera adecuada para el procedimiento concursal, pero no para la exoneración. Un ejemplo como el que expone CUENA CASAS, M. es “el impago de pensiones compensatorias por desequilibrio económico a favor del cónyuge que lo eran dentro de los dos años antes a la declaración de concurso”. Esta deuda, al ser el cónyuge una persona especialmente relacionada con el deudor, sería calificado en el concurso como un crédito subordinado, y por tanto, posteriormente sería exonerable dentro del régimen de exoneración. La autora también cita que en casos de indemnización de daños y perjuicios, si el acreedor de la misma es un tercero, será un crédito privilegiado no exonerable, mientras que si es un familiar del deudor, será un crédito subordinado, y por ello, exonerable. Es por eso que sería beneficioso determinar la exoneración en función del tipo de deuda o crédito concreto, y no por la clasificación que hayan obtenido en el concurso anterior, para evitar injusticias como la que hemos mencionado⁵⁰.

En la práctica, en otros países de nuestro entorno, la exclusión de las deudas de la exoneración no sigue nuestro modelo, sino que se hace en función de la deuda determinada, sin tener en cuenta su clasificación en el concurso.

Retomando la cuestión relativa al crédito público, el art. 178.bis.5 LC, establecía expresamente en la modalidad del plan de pagos que los créditos por alimentos y el crédito público quedaban exceptuados de la exoneración, y nada mencionaba en la modalidad de pago de umbral de pasivo mínimo. Esto daba lugar a muchas dudas interpretativas, y parecía deducirse que, si el deudor se acogía al umbral de pasivo mínimo, podía ver exonerados los créditos por alimentos y el crédito público, mientras que si se acogía a un plan de pagos sí debía satisfacerlos. Nada justificaba esta distinción entre modalidades, porque se trata a todas luces de una discriminación del deudor que se acoge a un plan de pagos frente al que se acoge al umbral de pasivo mínimo, una penalización que no conlleva una justificación aparente.

El propio Tribunal Supremo, en la sentencia de 2 de julio de 2019⁵¹, equiparaba el pasivo exonerable cuando el deudor se acogía bien al plan de pagos o bien al pago del

⁵⁰ CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen...”, cit. pág.16; RUBIO VIENTE, P. J., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit., pág. 117.

⁵¹ Sí se quiere más información sobre la sentencia 2 de julio de 2019 y su relación con el crédito público, vid. MOYA, J. “El tratamiento del crédito público en el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho

umbral de pasivo mínimo, eliminando la diferencia de trato a efectos de la exoneración de crédito público (aunque nada mencionó al respecto sobre créditos por alimentos). Así, exoneraba este crédito en ambas modalidades. Sin embargo, aunque el TS no tratara de hacer otra cosa que beneficiar al deudor, opino, al igual que CUENA CASAS, M., que actuó al margen de la propia ley, ya que la misma expresamente mencionaba dicha excepción para el deudor que se acogiera al plan de pagos, y no cabe realizar una interpretación sobre ello⁵². Es decir, el Tribunal comete un exceso judicial, ya que una cosa es interpretar la norma, y otra muy distinta ir contra ella, ya que en la sentencia se exoneraron los créditos públicos en la modalidad de plan de pagos, cuando en esa modalidad la ley prevé expresamente la no exoneración de este tipo de créditos.

Ya bajo esta regulación anterior en la LC no podía entenderse la especialidad de este tipo de créditos. Teniendo en cuenta que, en su mayoría, los créditos públicos son privilegiados, y por tanto no exonerables, lo más lógico sería permitir la exoneración de los créditos públicos ordinarios y subordinados. Principalmente porque el Estado como acreedor debería recibir el mismo tratamiento que el resto de acreedores, y no es entendible que se le coloque en esta situación privilegiada frente a los demás⁵³ (teniendo en cuenta, como he mencionado, que ya la mayoría de sus créditos suelen ser privilegiados). De hecho, la propia doctrina y el Fondo Monetario Internacional, así como el Banco Mundial, coinciden en que no exonerando el crédito público solo conseguimos retrasar los efectos beneficiosos para el deudor que persigue el beneficio de exoneración de pasivo⁵⁴.

Cuestión distinta, en mi opinión, son los créditos por alimentos, ya que se trata de una obligación establecida por el CC dirigida a satisfacer las necesidades de los familiares directos del deudor, y es lógico que por esa situación de necesidad se les de este tratamiento privilegiado.

(comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (1º) de 2 de julio de 2019)”, en *ADCo*, 2020, nº 49; CUENA CASAS, M. “Segunda oportunidad y crédito público. (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)”, en *Blog Hay Derecho*, 29 julio 2019.

⁵² CUENA CASAS, M. “El régimen de segunda oportunidad...”, cit., pág. 9; ESTEBAN RAMOS, L.M., “Segunda oportunidad...”, cit., pág.7.

⁵³ CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen...”, cit., pág. 17.

⁵⁴ VALDÉS PONS, S., “El beneficio de la exoneración...”, cit., pág. 7; CUENA CASAS, M. “El régimen de segunda oportunidad...”, cit., pág. 10.

Pues bien, el art. 491 TRLC, introduce una modificación esencial en materia de crédito publico, ya que introduce que, para el deudor que se acoja al régimen general de umbral de pasivo mínimo, también se exceptuarán de la exoneración los créditos públicos y por alimentos, indicándolo expresamente. Este artículo se aparta no solo del art. 178.bis LC, sino del propio Proyecto de TRLC⁵⁵.

Por tanto, el deudor no podrá ver exonerados el crédito publico ordinario o subordinado (ya que los créditos públicos que son calificados como privilegiados ya se encuentran al margen de la exoneración), y aquellos créditos por alimentos calificados como ordinarios.

Sin embargo, dicha excepción establecida en el apartado 1 del 491 TRLC, no se menciona en los supuestos de cuando el deudor, habiéndose acogido al régimen general, no hubiera intentado un AEP. Esto ya generaría el primer problema interpretativo, ya que cabría la posibilidad de que el deudor que no hubiera intentado ese AEP pudiendo hacerlo, podría exonerarse del crédito publico y por alimentos. Sin embargo, es una interpretación algo impensable e indefendible, ya que lo lógico sería dar un trato desfavorable, como apreciamos a lo largo de la ley, a los deudores que pudiendo celebrarlo no intentan ese AEP⁵⁶.

En conclusión, todo apunta a que la Comisión encargada de la elaboración del TRLC ha realizado una transgresión de la delegación legislativa y ha ido más allá de sus funciones al extender la excepción de exoneración de los créditos públicos y por alimentos al régimen general, teniendo en cuenta que el antiguo art. 178 bis LC nada decía sobre ello. Si bien podría considerarse una aclaración o interpretación como la que realizó el Tribunal Supremo en su sentencia, aunque, a mi juicio, se trata de una modificación, y desde luego un Texto Refundido no es la herramienta jurídica adecuada para ello⁵⁷.

Con esto no quiero decir que no sea loable la modificación que se ha querido realizar con el TRLC, ya que buscaba aclarar problemas interpretativos de la anterior regulación, aunque haya cometido una modificación de la ley. En mi opinión, como he

⁵⁵ ESTEBAN RAMOS, L.M., “Segunda oportunidad...”, cit., pág. 5.

⁵⁶ Como piensa también CUENA CASAS, M., “El régimen de segunda oportunidad...”, cit., pág. 10.

⁵⁷ Si se quiere saber más sobre la cuestión de exoneración de la deuda pública y alimenticia, MUÑOZ PAREDES, A. hace una interesante reflexión en “Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo”, en *Diario La Ley*, nº 9707, 1 de octubre de 2020.

expuesto anteriormente, lo mejor sería tratar al Estado como al resto de acreedores, y no exceptuar de la exoneración a los créditos públicos⁵⁸.

De hecho, ya existe un auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020⁵⁹, que inaplica el TRLC (art. 491.1) por considerar que comete una transgresión de la función refundidora en esta materia del crédito público (respecto al art. 178.bis.3.4º LC). Sin embargo, la modalidad de este auto era el plan de pagos o régimen especial, y el Juez, inaplicando el TRLC, decide aplicar la LC, teniendo en cuenta la sentencia 2 de julio de 2019 del TS, que vimos que exoneraba en un plan de pagos el crédito público, yendo a su vez en contra de la propia LC. En definitiva, el Juzgado de lo Mercantil no hace otra cosa que incurrir en un exceso judicial, al igual que hizo la sentencia 2 de julio de 2019, apelando a un exceso normativo.

Lo lógico sería que un Juez inaplicara el TRLC si el objeto de controversia versara sobre el régimen general, que es en su caso donde se ha producido una modificación normativa del TRLC respecto a la LC donde ha acontecido la transgresión de la delegación legislativa, y no cuando versa sobre un plan de pagos, ya que, en esa cuestión, tanto la LC (art. 178.bis.5) como el TRLC (art. 497.1. 1º) dicen expresamente que quedan exceptuados de la exoneración los créditos públicos y por alimentos. Es por ello que se trata de un exceso judicial en este sentido⁶⁰. Lo que está claro es que los jueces pueden dejar de aplicar el TRLC si consideran que se trata de una transgresión legislativa, pero en ningún caso pueden por ellos mismos crear ley, y mucho menos contradecirla.

En esta misma línea, amparándose en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, también exoneran el crédito público en un plan de pagos (y por tanto, cometiendo un exceso judicial), el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº13 de Madrid, de 6 de octubre de 2020, y el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº7 de Barcelona, de 12 de diciembre de 2020.

⁵⁸ En este sentido, ESTEBAN, P. “La Ley de Segunda Oportunidad: un salvavidas para las deudas que apenas se utiliza”, en *Diario el País*, 8 de enero de 2019, pág. 5, criticando que deudas como las del fisco y la Seguridad Social nunca son perdonadas, a pesar de que constituyen una gran parte de los créditos, lo que hace realmente difícil el acceso de este beneficio a deudores como PYMES o autónomos.

⁵⁹ Realiza un extenso análisis de esta resolución, CUENA CASAS, M., “Crédito público y segunda oportunidad en el Texto Refundido Ley Concursal (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020)”, en *Blog Hay Derecho*, 28 de septiembre 2020.

⁶⁰ RUBIO VICENTE, P.J., “Aciertos y Desatinos...”, cit., pág. 93-94.

Por otra parte, la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, no especifica dentro de las deudas no exonerables los créditos públicos, siendo los Estados libres para establecerlo o no. En su art. 23.4 deja gran margen de actuación a los Estados miembros a la hora de excluir ciertas categorías de créditos de la exoneración, siempre que estén debidamente justificadas. Además, establece un listado de deudas que pueden ser excluidas, pero sin mencionar entre ellas al crédito público⁶¹. Ya en la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2017 se planteó si era compatible exonerar los créditos públicos y las ayudas del Estado. En dicha sentencia se expone que esta exoneración (aplicada a unas deudas del IVA), sería perfectamente compatible con el mercado común⁶².

En relación con la controversia suscitada sobre los créditos no exonerables, cabe destacar en último término la muy reciente publicación del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 26 de abril de 2021, dictado bajo la vigencia de la LC. En dicho auto, el juez considera que aquellos créditos por alimentos que eran anteriores a la declaración de concurso también son créditos contra la masa, y por tanto quedarían por este motivo excluidos de la exoneración del pasivo insatisfecho. En este caso concreto, el concursado había optado por la modalidad del umbral del pasivo mínimo de acuerdo con la precedente LC. Sin embargo, se pretendía exonerar un crédito por alimentos a favor del hijo menor de edad del deudor, que era considerado ordinario por haber sido devengado con anterioridad a la declaración de concurso, y por tanto, exonerable. De hecho, ya la sentencia de la Sala 1º del TS, de 13 de septiembre de 2019, estableció que para alterar la obligación de alimentos se debería acudir al juez de familia, y que las quitas y esperas de un acuerdo extrajudicial de pagos no afectarían a créditos devengados después de la solicitud de concurso, pero sí a los devengados anteriormente.

Para evitar que tal crédito quede exonerado, y por aplicación del art. 47.2 LC, se permite al juez del concurso modificar la naturaleza del crédito a extraconcursal o contra la masa a la vista de los intereses en juego. En este supuesto se trataba de un crédito a favor de un niño, y aun cuando no hubo previa solicitud en este sentido, el juez lo elevó a crédito contra la masa, impidiendo así la concesión del beneficio de exoneración al deudor por no haberse satisfecho e incumplir así el requisito de pago de todos los créditos contra la masa (basándose para ello en la Convención Internacional de Derechos del

⁶¹ RUBIO VICENTE, P.J., “Aciertos y Desatinos...”, cit., pág. 94.

⁶² CUENA CASAS, M. “El régimen de segunda oportunidad...”, cit. pág. 10.

Niño). En mi opinión, y en atención al caso concreto, se trataba de un crédito que ostentaba una persona vulnerable desde el punto de vista de que es dependiente económicamente, y por ello aplaudo la decisión del juez, aunque dicho crédito no esté considerado por la LC como un crédito contra la masa, sino ordinario. De hecho, ya la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, señala la necesidad de tener en cuenta la situación y circunstancias concretas de los acreedores a la hora de conceder o no el beneficio de exoneración, así como la situación de propio deudor.

5. Revocación de la exoneración

Los acreedores concursales pueden instar la revocación de la exoneración de pasivo cuando aprecien una serie de presupuestos y consigan acreditarlos. Bajo la anterior regulación, en el 178.bis.7 LC se planteaban ciertas dudas interpretativas, las cuales aún se mantienen bajo el TRLC y que incluso, el mismo ha introducido ciertas modificaciones sustanciales⁶³.

El TRLC distingue las causas de revocación en función de si nos encontramos en el régimen general (art. 492 TRLC) o en el régimen especial (art. 498 TRLC), ampliándose el número en esta última modalidad de exoneración.

Como vimos, existe una casusa común de revocación a ambos regímenes, cuando se acredita la ocultación de bienes o derechos por parte del deudor, como mencionamos en el apartado relativo a la concesión de la exoneración. En cambio, se contemplan tres causas adicionales de revocación cuando durante el plazo fijado de cumplimiento del plan concurren las siguientes circunstancias.

En este sentido, una de las causas de revocación es que el deudor haya visto mejorada sustancialmente su situación económica por causa de herencia, legado, donación, juego de suerte, envite o azar, de tal forma que le permitiera pagar todos los créditos exonerados. Se trata de que si el deudor, por esa causa, está en condiciones de pagar los créditos de acuerdo a su situación económica, se le revoque su exoneración. Lo que no comparto es que esta previsión solo se disponga para el plan de pagos, y no sea aplicable al régimen general. No entiendo la discriminación que se produce en este sentido para el deudor que se acoge a un plan de pagos, cuando la identidad de razón de

⁶³ ORRICIO, I., “Luces y sombras...”, cit., págs. 15-16.

esta causa de revocación es la misma independientemente de la modalidad de exoneración⁶⁴.

El art. 498 TRLC, recoge además otras dos causas de revocación en el caso de que el deudor se acoja a un plan de pagos. Una de ellas es que el deudor incurriese durante el plazo de cumplimiento del plan de pagos en una de las causas que le hubieran impedido obtener la exoneración por no ser considerado de buena fe, de acuerdo al art. 487 TRLC (en relación a que el concurso no haya sido declarado como culpable ni se hayan cometido una serie de delitos patrimoniales y económicos en los diez años anteriores a la declaración de concurso).

En mi opinión, resulta cuestionable que dicha causa de revocación se mantenga solo con el plan de pagos y no sea aplicable al régimen general, ya que su razón de ser es idéntica. Se trata de que si el deudor comete una serie de conductas contrarias a la buena fe, y que por tanto impidan el beneficio, pueda ser revocado. Sí se debe tener en cuenta que la modalidad del régimen general, al no establecerse un plazo para el pago de los créditos no exonerables, se observan dichos requisitos antes de la concesión del beneficio. Si el legislador ha apuntado esta causa expresamente para el plan de pagos, entiendo que es porque en esta modalidad es donde cabe la posibilidad de que el deudor, en el plazo de cumplimiento del plan, incurra en esas causas contra la buena fe.

Por último, el art. 498 TRLC contempla como causa de revocación del beneficio el incumplimiento del plan de pagos para esta modalidad. Sin embargo, se debe tener en cuenta la doctrina del TS, que establece que mediante la aplicación del art. 1.124 CC, puede salvarse cuando el incumplimiento del plan se deba a leves retrasos en los pagos o cuando las cuantías a satisfacer no pagadas son muy leves⁶⁵.

Creo que es de las pocas causas de revocación que sí tiene sentido que sea aplicable únicamente al régimen especial, por razones obvias, ya que en el régimen general no existe tal previsión de plan de pagos, sino el pago de un umbral de pasivo mínimo. Sin embargo, y a pesar de esta causa de revocación, mediante la aplicación del art. 499 TRLC, veremos a continuación que el juez puede conceder el beneficio, aunque el deudor haya incumplido el plan, siempre que se den una serie de circunstancias.

⁶⁴ RUBIO VICENTE, P.J., “Aciertos y Desatinos...”, cit., pág. 99-100.

⁶⁵ SENDRA ALBIÑANA, A., “El mecanismo...”, cit., págs. 141-142.

El art. 499.2 TRLC, en su apartado cuarto, prevé de forma expresa que, aunque el deudor no haya cumplido el plan de pagos en su totalidad, el juez, previa audiencia de los acreedores y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho. Para ello, es necesario que el deudor haya destinado al cumplimiento del plan de pagos, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio, siempre que no tengan la consideración de inembargables, de acuerdo a lo previsto en el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el art. 3.1 a) y b) del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

En este sentido, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 del Decreto-ley 8/2011, el mínimo inembargable vendrá determinado por el importe del salario mínimo interprofesional incrementado en el 50% y en un 30% adicional por cada miembro de la unidad familiar que tenga ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional.

El TRLC se limita en este punto a reproducir el contenido del anterior art. 178.bis.8 LC. En consecuencia, en el art 499 TRLC, nos seguimos encontrando con el mismo problema que no ha acabado de resolver. Una vez que el juez concede la exoneración definitiva, aunque el deudor no haya cumplido el plan de pagos, de acuerdo a las circunstancias concurrentes, debemos preguntarnos qué es lo que queda exonerado en este caso. Es decir, si se exoneran las deudas que se habrían exonerado en caso del cumplimiento del plan de pagos, o también aquella parte de deudas no exonerables que el deudor no ha pagado dentro del plan de pagos, ya que entonces ni el TRLC ni la LC aclaran esta duda interpretativa.

Existen diversas opiniones entre los autores. Para CUENA CASAS, M., el pasivo exonerable está compuesto únicamente por las deudas exonerables. Por tanto, respecto al pasivo considerado no exonerable por la ley, los acreedores conservarán sus derechos de crédito⁶⁶.

⁶⁶ CUENA CASAS, M., "El régimen de segunda oportunidad...", cit., pág. 17-18.

Otros autores como RUBIO VICENTE, P.J., piensan que la exoneración definitiva en estas circunstancias comprende no solo las deudas consideradas exonerables por la ley, sino también aquellas no exonerables que el deudor no completó del plan de pagos. De lo contrario, no tendría sentido exonerar los créditos que ya se encontraban exonerados por la concesión provisional, ya que el deudor seguiría siendo responsable de la parte de los créditos no exonerables del plan de pagos⁶⁷.

En mi opinión, yo entiendo que tal exoneración definitiva a la vista de las circunstancias, cuando el deudor no ha completado el plan de pagos, se extiende no solo a los créditos exonerables, los cuales entiendo que ya lo fueron en la concesión provisional del beneficio, sino también a aquella parte del crédito no exonerable que el deudor no ha podido satisfacer con el plan de pagos. Considero que si se valora por el juez el nivel de ingresos que el deudor ha destinado a ese plan de pagos, teniendo en cuenta el esfuerzo que ha dedicado, merece con ello la exoneración definitiva también de aquella parte de los créditos no exonerables, eso si realmente se quiere dotar a este mecanismo de exoneración de los efectos que persiguen la recuperación del deudor.

Finalmente, otra cuestión controvertida en materia de revocación es la constatación de una modificación que se ha producido en el TRLC respecto a la LC. Anteriormente, en el art. 178.bis.8 *in fine* LC, se disponía la posibilidad de revocar la exoneración definitiva dentro del plan de pagos, incluso una vez transcurridos los 5 años del plan, cuando concurría la causa de bienes o derechos ocultados por el deudor.

Actualmente, en el TRLC se ha eliminado lo dispuesto en ese art. 178.bis.8 *in fine* LC, por lo que una vez transcurridos los 5 años del plan de pagos sin que se haya instado a su revocación, y se haya concedido la exoneración definitiva, ya no podrá ser revocada

No dudo de la buena intención del TRLC en esta materia, ya que realmente la previsión de la LC suponía que la concesión definitiva del beneficio para el plan de pagos no era tal, ya que se dejaba la puerta abierta a poder revocar el beneficio incluso tras el cumplimiento del plan de pagos por esa causa de ocultación de bienes por el deudor. De esta forma, damos seguridad jurídica al deudor que ha obtenido la exoneración, y evitamos retrasar la concesión definitiva del beneficio⁶⁸.

⁶⁷ RUBIO VICENTE, P.J., "Segunda oportunidad...", cit. pág., 125-126.

⁶⁸ RUBIO VICENTE, P.J., "Aciertos y Desatinos...", cit., pág., 100-101.

Sin embargo, y como hemos mencionado en múltiples ocasiones, el TRLC no ha hecho otra cosa que eliminar una disposición normativa, y eso no entra dentro de las facultades de la refundición, incurriendo así en una transgresión de la delegación legislativa al suprimir un mandato jurídico (otra más dentro de las que ha cometido el TRLC).

6. Efectos comunes de la exoneración de pasivo

Una vez concedido el beneficio de exoneración de pasivo al deudor, el mismo produce una serie de efectos, que analizaremos a tres niveles: sobre los acreedores, sobre los bienes del cónyuge del deudor en régimen de comunidad, y sobre avalistas y fiadores. La sección 4º del Capítulo II del TRLC recoge los efectos comunes de esta exoneración, independientemente de si el deudor se ha acogido al régimen general o especial.

Anteriormente, dichos efectos se recogían en el art. 178.bis.5 LC de una forma confusa y que daba problemas de interpretación, ya que de su lectura se podía deducir que estos efectos solo eran producidos en el caso de que el deudor se acogiera a un plan de pagos⁶⁹. Esta controversia la soluciona, aclarando dichos preceptos, el TRLC en sus artículos 500 a 502.

6.1. Sobre los acreedores

De acuerdo al art. 500 TRLC, los acreedores cuyos créditos se extingan por razón de la exoneración no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para su cobro.

Tras la conclusión del concurso, cuando no se había solicitado o no se hubiera concedido la exoneración de pasivo, los acreedores eran libres de iniciar ejecuciones singulares dirigidas al pago de sus créditos que no hubieran sido satisfechos dentro del procedimiento concursal de forma completa⁷⁰. Por ello, una vez concedido tal beneficio de exoneración, los acreedores pierden este derecho, como podemos deducir en el art. 484 TRLC.

6.2. Sobre los bienes conyugales en régimen de comunidad

En esta materia, el art. 501 TRLC introduce un pequeño cambio respecto al art. 178.bis.5 LC.

⁶⁹ CUENA CASAS, M., “El régimen de segunda oportunidad...”, cit., pág. 18.

⁷⁰ RUBIO VICENTE, P. J., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit., pág. 128.

Este efecto se produce cuando el concursado se encuentra casado en régimen de gananciales u otro de comunidad. De acuerdo al art. 193 TRLC (antiguo art. 77 LC), todos los bienes conyugales deben integrarse en la masa activa del concurso. Esto tiene su razón de ser en el propio derecho civil, ya que los bienes gananciales responden de las deudas gananciales y, subsidiariamente, de las deudas privativas. El propio TRLC incluye una mención cuando dice “cuando deban responder de las obligaciones del concursado”.

De acuerdo con el art. 251.2 TRLC, deben integrarse por tanto en la masa pasiva los créditos ya no solo del concursado, sino los créditos contra el cónyuge del concursado, siempre que sean créditos que deban satisfacerse con bienes gananciales, es decir, que sean créditos responsabilidad de la sociedad de gananciales.

El problema que plantea esto es que, en un concurso, nos encontramos en la masa pasiva y masa activa bienes y deudas de carácter ganancial, que corresponden a ambos cónyuges, pero sin que uno de ellos se convierta en parte concursada.

Esto supone que, si el concursado obtuviera la exoneración de pasivo, sus efectos se ampliarían a su cónyuge (no concursado), de acuerdo al art. 178.bis.5 LC, lo que suponía que los acreedores gananciales, aunque fueran del cónyuge no concursado, perdían la posibilidad de cobrar dichos créditos, aunque sea dirigiéndose a los bienes privativos del cónyuge del concursado. Se hacía independientemente de la insolvencia del cónyuge, ya que, al no ser parte en el concurso, no se entraba a valorar su actuación o su patrimonio⁷¹.

Para estos acreedores gananciales suponía una considerable penalización, ya que el patrimonio privativo del cónyuge podría ser más que suficiente para satisfacer sus créditos, y solo por ser el cónyuge de una persona concursada que haya obtenido el beneficio, perdían ese derecho patrimonial⁷².

Pues bien, el art. 501 TRLC, establece ahora en el apartado 3 que “Queda a salvo la facultad de los acreedores de dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del deudor por sus deudas propias en tanto no haya obtenido éste el beneficio de la exoneración del pasivo.” El TRLC resuelve así el problema, pero no especifica que el acreedor tiene que ser un acreedor ganancial que contrató con el cónyuge del concursado,

⁷¹ RUBIO VICENTE, P.J. “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit., pág. 130.

⁷² ORRICO, I., “Luces y sombras...”, cit., pág. 26.

y eso puede generar problemas interpretativos. Además, al hablar de “deudas propias”, lo mejor habría sido decir “deudas gananciales”, ya que dicha redacción podría llevar a la confusión de que estemos hablando de deudas privativas⁷³.

Aun así, lo lógico es que dentro del procedimiento concursal, se disuelva el régimen de gananciales a instancia del cónyuge del concursado. En el art. 125 TRLC, se indica que una vez disuelto, se liquidará la sociedad de gananciales, se pagará a los acreedores y si quedara sobrante, se repartiría entre ambos cónyuges.

Por tanto, podríamos concluir que estos efectos producidos por la exoneración de pasivo se dan en supuestos en los que no se haya instado por el cónyuge la disolución y posterior liquidación del régimen de gananciales dentro del procedimiento concursal. Además, el beneficio solo afecta a aquellas deudas que sean anteriores a la declaración de concurso a las que se debe responder con bienes gananciales, con el patrimonio común.

En este sentido, el beneficio de exoneración ya no se extiende al cónyuge del concursado sino a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que deben responder estos bienes, aunque ese cónyuge no sea declarado en concurso por el art. 501.1 TRLC⁷⁴

6.3. Sobre los obligados solidarios, fiadores y avalistas

Una vez concedida la exoneración al deudor, cabe preguntarse si los acreedores podrían dirigirse contra aquellos que se hayan obligado solidariamente con el deudor, o en su caso contra los fiadores o avalistas, o bien, si ellos también se ven beneficiados por la concesión de la exoneración.

La verdad es que todos estos sujetos, aunque el deudor sea exonerado de sus deudas, deberán hacer frente al pago del crédito que hubiera sido exonerado para ese deudor. Ya se establecía de esta forma en el art. 178.bis.5 LC, y se mantiene ahora en el art. 502 TRLC, al señalar que no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor para oponerse a la reclamación.

⁷³ CUENA CASAS, M. “El régimen de segunda oportunidad...”, cit. pág. 19; ESTEBAN RAMOS, L. M. “Segunda oportunidad...”, cit., pág. 8.

⁷⁴ CUENA CASAS, M. “El nuevo régimen...”, cit., pág. 19.

Realmente es la única opción que podría adoptar la ley, ya que el objetivo de una garantía personal es que el acreedor pueda dirigirse contra esos garantes del deudor si este último resultara incapaz de pagar.

El propio Banco Mundial respalda esta conclusión al señalar que “cuando los deudores solicitan la iniciación del procedimiento de insolvencia son, obviamente, insolventes y, por lo tanto, la responsabilidad del garante necesariamente entra en juego. Si la responsabilidad del garante quedara reducida en tal situación, los acreedores estarían menos protegidos y estarían menos dispuestos a conceder créditos⁷⁵”.

La otra cuestión planteada es si una vez que un acreedor ha reclamado a estos garantes, los mismos se convertirían a su vez en acreedores del deudor, mediante la consiguiente subrogación en el crédito satisfecho por ellos.

Esto a simple vista plantea un problema cuando se ha concedido la exoneración al deudor. En otras circunstancias, incluso antes de producirse la concesión del beneficio, si un acreedor se dirigía contra un fiador y este pagaba, el fiador se subrogaba en su posición como acreedor, y ostentaría ese crédito contra el deudor al que garantizó anteriormente.

Sin embargo, si ese obligado solidario, fiador o avalista no ha pagado el crédito antes de dicha exoneración, el propio art. 502 TRLC en su apartado 2º, dispone de forma expresa que no podrán subrogarse por el pago posterior a la liquidación en la posición del acreedor, salvo una revocación del beneficio concedido⁷⁶.

A simple vista puede parecer una injusticia para el garante, ya que paga un crédito que le ha sido exonerado a su deudor, pero no a él (por tanto, crearía cierta situación de ventaja para el acreedor). Y, además, no puede recuperar lo que ha pagado, ya que no se le permite subrogarse en la posición del acreedor respecto al deudor. Sin embargo es algo lógico, ya que si le permitiéramos tal subrogación, sería como si no hemos exonerado ese crédito de manera efectiva mediante el régimen de exoneración de pasivo, yendo así en contra de los propios efectos de la exoneración⁷⁷.

⁷⁵ BANCO MUNDIAL, “El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”, nota introductoria y versión traducida por José María Garrido, en *ADC*, 2014, nº 31, pág. 338.

⁷⁶ VALDÉS PONS, S., “El beneficio de la exoneración...”, cit., pág. 11; RUBIO VICENTE, P. J., “Segunda oportunidad o nueva oportunidad...”, cit., pág. 129.

⁷⁷ CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen...”, cit., pág. 18.

IV-. POSIBLE RÉGIMEN JURÍDICO RESULTANTE TRAS LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1023

1. Finalidad

La Directiva 2019/1023, de 20 de junio, *sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*, modifica la Directiva 2017/1132, persiguiendo la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados Miembros de la Unión en esta materia. Trata de eliminar obstáculos en el ejercicio de las libertades fundamentales que puedan derivar de la disparidad entre las distintas legislaciones de los Estados miembros, para contribuir a que el Mercado Interior de la Unión funcione correctamente⁷⁸.

El objetivo de esta Directiva descansa en que aquellos empresarios que sean insolventes de buena fe puedan obtener el beneficio de exoneración de pasivo, así como contar con procedimientos de exoneración armonizados entre los Estados miembros, tratando de reducir lo máximo posible el plazo para la obtención del beneficio, consiguiendo que sean más eficaces.

Todo ello evita que los empresarios trasladen su actividad económica a Estados con una legislación más flexible en materia de exoneración. Armonizando las legislaciones, tratamos de acabar con el fenómeno conocido como *fórum shopping*, evitando por tanto la deslocalización de las empresas de ciertos países a otros cuya legislación les sea más favorable en caso de incurrir en una posible situación de insolvencia. Estas diferencias entre las legislaciones de los Estados, como indica ESTEBAN RAMOS, L.M., hace que exista una disparidad en las condiciones de acceso al crédito y en porcentajes de participación, por lo que la armonización es fundamental a

⁷⁸ ESTEBAN RAMOS, L.M., “Segunda oportunidad...”, cit., pág. 9. En este mismo sentido, FIDALGO C./SUÁREZ P, “Hacia la reforma del mecanismo de Segunda Oportunidad. Las propuestas de ASUFIN en la Consulta Pública sobre la Transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre Reestructuración e Insolvencia (1)”, en *Diario la Ley*, 2020, nº 9693, de 10 de septiembre de 2020, págs. 3-11, donde se exponen las propuestas de mejora del mecanismo de exoneración de pasivo a la luz de la incorporación de la Directiva, elaboradas por ASUFIN (asociación sin ánimo de lucro que tiene el objetivo de defender los intereses de los consumidores de productos financieros).

la hora de poder asegurar el buen funcionamiento del Mercado Interior y de la Unión del Mercado de Capitales⁷⁹.

Sin embargo, el legislador comunitario, a la hora de tratar de armonizar las legislaciones de sus Estados miembros, en este punto ha cometido el error de realizar una regulación excesivamente amplia y flexible, que deja mucho margen de actuación a los Estados a la hora de transponer la Directiva, y que podría causar que no se lograra finalmente la armonización pretendida.

Cuestión distinta es que los Estados, por su propia conveniencia, traten de fijarse en las legislaciones adoptadas por sus vecinos en la materia, precisamente para evitar el fenómeno antes mencionado de la deslocalización, para no perder a empresas y que las mismas no se trasladen a Estados con una regulación más laxa en materia de exoneración de pasivo.

Esta Directiva 2019/1023 debemos transponerla antes del 17 de julio de 2021, ya que con el Estado español se ha acordado una prórroga de un año para su incorporación. La exoneración de deudas se encuentra regulada dentro del Título II bajo el título “Exoneración de Deudas e Inhabilitaciones”. Como hemos mencionado, aunque la Directiva deja un amplio margen a los Estados para adaptar sus disposiciones, existen ciertos extremos que veremos a continuación que obligarán al legislador español a modificar el reciente TRLC en ciertos aspectos.

2. Posibles cambios normativos tras la transposición de la Directiva

2.1. Beneficiarios y modos de acceso a la exoneración

En primer término, cabe destacar que en nuestro TRLC el mecanismo de exoneración se aplica al deudor persona física, siendo indiferente que sea o no empresario. Sin embargo, la Directiva parece dirigirse solo al empresario individual, aunque no limita en ningún caso a los Estados para que pueda extenderse la exoneración al deudor persona física consumidor⁸⁰. Reconsiderando su aplicación, no hay por tanto inconveniente en

⁷⁹ ESTEBAN RAMOS, L.M., “Segunda oportunidad...”, cit., pág. 9.

⁸⁰ SENENT MARTÍNEZ, S., “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”, en *RCP*, 2020, n° 32, pág. 3.

mantener el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la exoneración del pasivo insatisfecho previsto en el TRLC.

El art. 20.1 de la Directiva no impone ningún modelo de exoneración a los Estados, simplemente establece que los mismos deben velar porque los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que les permita desembocar en la exoneración de las deudas. Para que se cumpla con dicho precepto, los sistemas deben ser bien la exoneración inmediata y automática tras la liquidación, exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos (con o sin umbral de pasivo mínimo), bien sin liquidación del patrimonio del deudor o tras ella. En este aspecto, los Estados son libres de elegir el procedimiento que estimen por conveniente. En mi opinión, el más accesible es aquel en el que la exoneración se produce de forma automática e inmediata tras la liquidación (siempre que se cumplan los requisitos legales fijados por el legislador nacional).

Respecto al umbral de pasivo mínimo, la Directiva no determina ninguno concreto. Sí merece destacar el art. 20.2, que expone que si para conseguir la exoneración se debe realizar un reembolso parcial de la deuda (el umbral de pasivo mínimo), dicho reembolso debe adecuarse a la situación individual de cada empresario, y además, debe ser proporcionado a los activos de los que disponga el empresario en el momento del plazo de exoneración. Apunta también, que dicho umbral de pasivo mínimo debe tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores, lo que sin duda contrasta en el vigente régimen general de exoneración previsto en el TRLC, en él no se tiene en consideración la situación económica de cada deudor⁸¹.

Podemos concluir por tanto que con nuestra regulación actual en el TRLC, se va en contra de dicho art. 20.2 de la Directiva, y que en nuestra legislación aparece un umbral de pasivo mínimo fijo para todo tipo de deudores, sin tener en cuenta sus circunstancias particulares económicas del deudor. Además, también se prescinde del interés particular de los acreedores. Como apunta CUENA CASAS, M., es posible que un acreedor se encuentre en una situación comprometida, de tal forma que podría decretarse por el juez

⁸¹ SENENT MARTÍNEZ, S. “Hacia un nuevo sistema...”, cit., pág. 8.

el pago preferente de su crédito, teniendo en cuenta sus circunstancias. Está idea, a su vez, y como también opina la autora, parece deducirse del art. 23.2f) de la Directiva⁸².

2.2. Plazo de exoneración

En el art. 21 de la Directiva se fija un plazo para obtener la exoneración por el deudor, concretamente, un plazo máximo de tres años. Por ello, los Estados miembros tendrán libertad para fijar un plazo de obtención de la exoneración, siempre que sea inferior a 3 años, ya sea mediante la concesión inmediata de la exoneración o mediante un plan de pagos, sin que este último pueda ser superior a esos 3 años.

Como la Directiva no prevé un procedimiento de exoneración específico, y es decisión de los Estados, el *dies a quo* del plazo de 3 años variará en función del procedimiento. Si se trata de un procedimiento que incluye un plan de pagos, el *dies a quo* será la fecha de la decisión de la autoridad competente que confirme el plan de pagos. Si por contario, el procedimiento no incluye un plan de pagos, el *dies a quo* será la fecha que inicie el procedimiento concursal, con la declaración de concurso (mediante la decisión de la autoridad competente), o bien la fecha en la que se determine la masa concursal del deudor, dentro del procedimiento concursal⁸³.

Lo más beneficioso para el deudor sería que cuanto antes empiece a contar dicho plazo, antes obtendrá la exoneración. Sin embargo, como cada Estado es libre de elegir el procedimiento de exoneración, y el *dies a quo* depende de ello, se pierde esa armonización pretendida por la Directiva.

Considero loable que, a diferencia de otras cuestiones que ha dejado a voluntad de los estados, la Directiva en este extremo se haya decantado por fijar un plazo máximo, ya que un plazo excesivamente amplio iría contra la propia razón de ser del beneficio de exoneración y no sería otra cosa que perjudicial para el deudor. Cuanto antes pueda obtener la exoneración y comenzar una nueva actividad económica mejor.

Sin embargo, este plazo máximo de tres años cuenta con numerosas excepciones fijadas por el art. 23, excepciones tanto a la exoneración como exoneraciones a dicho plazo de exoneración.

⁸² CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al derecho español”, en *RCP*, 2020, nº 32, pág. 10.

⁸³ CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho...”, cit., pág. 12.

Cabe destacar que las excepciones a la exoneración no implican que la misma no se obtenga. La misma Directiva en los apartados primero y segundo del art. 23 indica que los Estados pueden introducir, o bien mantener, disposiciones que restrinjan el acceso a dicha exoneración, o bien que permitan revocarla, así como fijar plazos más largos para la obtención de la exoneración.

En nuestro TRLC, por ejemplo, incluimos como un presupuesto subjetivo de la exoneración que el deudor no sea de mala fe. Realmente, la Directiva no restringe el acceso a la exoneración a deudores de mala fe, lo cual resulta sorprendente. Es posible que un Estado amplíe el plazo de exoneración para este tipo de deudores, como se deduce de la Directiva. En mi opinión, sin embargo, otorgar la exoneración a cualquier deudor es todo un despropósito. En primer lugar, porque pienso que este mecanismo de la exoneración de deudas solo tiene sentido si se aplica a deudores honestos pero desafortunados, que no han podido evitar incurrir en insolvencia por causas no imputables a los mismos. En segundo lugar, porque con este mecanismo estamos vulnerando los derechos de crédito que ostentan los acreedores, y esa vulneración no podría considerarse justificada si dejamos que obtenga la exoneración un deudor que ha actuado de mala fe⁸⁴.

Realmente, en el art 23 aparecen supuestos de excepciones que no es que impidan la concesión del beneficio, sino que permiten que la misma se haga en un plazo más largo, y esto se mezcla a su vez a lo largo del artículo con aquellos supuestos que sí impiden la exoneración. No habría estado de más que la Directiva hubiera sido más clara en este punto a la hora de elaborar este listado, especialmente para evitar situaciones de escape para los Estados miembros a la hora de transponerla (aunque realmente, debido al amplio margen que les deja la Directiva, no lo verán necesario).

El art. 23.3 de la Directiva dispone finalmente que los Estados miembros pueden establecer un plazo de exoneración más largo, superior, por tanto, a los tres años, en dos situaciones:

-Cuando la autoridad competente dicte medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario pueda continuar su actividad económica.

⁸⁴ Comparto opinión con CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho...”, cit., pág. 12.

-Cuando no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente o la de su familia si es necesario.

La Directiva no impide incluso que ciertos activos se dejen fuera de la liquidación, como en nuestro caso los bienes inembargables. Si la vivienda se estableciera como un bien inembargable nada impediría que quedara fuera de dicha liquidación. De hecho, ya hay países como Italia o Francia que lo hacen así. Actualmente, tal y como está nuestra legislación, un empresario solo podría excluir su vivienda de la liquidación si estuviera sujeto a un régimen de responsabilidad limitada⁸⁵.

No obstante, cabe que como una medida cautelar de la autoridad competente, ya sea judicial o administrativa, pueda ejecutarse la vivienda si con ello se permite que el deudor pueda continuar su actividad económica. Esto no está previsto actualmente por el TRLC, así que el legislador español deberá plantearse incluir o no esta posibilidad, de acuerdo al art. 23.3 de la Directiva.

Si al final se excluye la vivienda de la liquidación (bien porque sea inembargable o bien por la adopción de una medida cautelar), los Estados miembros tienen un amplio margen para establecer un plazo de exoneración mayor. De hecho, la Directiva no establece ningún límite máximo, por lo que estaríamos otra vez alterando la proclamada armonización pretendida por la Directiva⁸⁶.

2.3. Obtención de la exoneración sin la necesidad de un procedimiento adicional

El art. 21.2 de la Directiva establece que los Estados miembros deben velar para que el plazo de exoneración, una vez concluido, y cuando el empresario haya cumplido sus obligaciones, obtenga la exoneración sin necesidad de interponer ante la autoridad competente un procedimiento adicional.

La Directiva aboga por tanto por una exoneración automática, concedida una vez cumplido el plazo fijado de la exoneración y siempre que se hayan satisfecho las condiciones impuestas al deudor. Aplaudo esta disposición, ya que anteriormente he criticado que es algo ilógico, sabiendo que el deudor ha cumplido ya sus obligaciones

⁸⁵ CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho...”, cit., pág. 13.

⁸⁶ LATORRE CHINER, N., “El discharge y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda (1) oportunidad”, en *RCP*, 2018, nº 29, pág. 11.

(especialmente en el plan de pagos), tener que volver a solicitar la concesión definitiva de la exoneración.

Sin embargo, en el art. 21.2 de la Directiva, se establece que los Estados pueden mantener disposiciones que permitan a la autoridad competente verificar si se han cumplido las obligaciones necesarias.

A la vista de estas disposiciones esta previsión solo sería aplicable en el plan de pagos (ya que es cuando el deudor debe solicitar la elevación de la exoneración a definitiva tras el transcurso del plan de pagos), y no en el régimen general (umbral de pasivo mínimo), por lo que habría que crear un mecanismo para verificar los requisitos en este régimen general, especialmente teniendo en cuenta las causas de revocación que la propia Directiva enumera en el art. 23.

Por último, cabe destacar el art. 21.3 de la Directiva, junto al Considerando 77, que permiten decretar la exoneración sin tener que esperar a que se complete la liquidación, en especial, las ejecuciones separadas. Sin embargo, esto plantea ciertas dudas en nuestro TRLC, especialmente cuando el deudor se acoge al régimen general. Al exigirse el pago del umbral de pasivo mínimo, cabe preguntarse si es necesario haber liquidado previamente toda la masa activa en el procedimiento concursal. En mi opinión considero que hasta que no se hayan liquidado todos los activos no se podría determinar el umbral de pasivo, aunque nada impide que no sea así, ya que la Directiva lo permite.

2.4. Exclusión de deudas de la exoneración

En el art. 23.4 de la Directiva se enumeran una serie de deudas que los Estados miembros pueden excluir de la exoneración, o bien permitirla, pero aplicando en ese caso un plazo más largo para la exoneración. Además, se especifica que estas exclusiones o prolongaciones estén debidamente justificadas, lo cual es algo redundante, ya que, si la propia Directiva recoge esas deudas en el listado, es porque ya las considera “debidamente justificadas”⁸⁷.

Existen ciertas dudas acerca de si esta lista de deudas no exonerables establecida por la Directiva es una lista cerrada o es ejemplificativa. CUENA CASAS, M. opina que esta controversia interpretativa se debe a un fallo en la traducción de la Directiva al

⁸⁷ En idéntico sentido CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho...”, cit., pág. 14-15.

español⁸⁸. Todo parece apuntar que se trata de una lista ejemplificativa. En consecuencia, si una deuda no exonerable no está especificada en dicho listado, el Estado deberá argumentar que está debidamente justificada para poder excluirla de la exoneración, como hemos visto que exige el art. 23.4.

Se permite así una excesiva libertad a la hora de que los Estados excluyan ciertas deudas de la exoneración siempre que las justifiquen, acabando por tanto con la ansiada armonización pretendida por la Directiva.

Las deudas que pueden no ser exoneradas, según la lista ejemplificativa de la Directiva, son:

- Deudas garantizadas.
- Deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con las mismas.
- Deudas derivadas de responsabilidad contractual.
- Deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia.
- Deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento concedente a la exoneración de deudas.
- Deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

A la vista de su enumeración, aplaudo que ciertas deudas no sean exonerables ya que de ellas dependen directamente otras personas, siendo indudable su debida justificación, como es el caso de las deudas por alimentos. Lo mismo sucede con otras deudas, como indica la propia Directiva, derivadas de la propia razón de ser del beneficio de exoneración de pasivo, como sucede con las deudas por costes de dicho procedimiento de exoneración, que serían créditos contra la masa que deben pagarse.

Cabe destacar, sin embargo, que en dicho listado no se incluye el crédito público.

En la ya mencionada sentencia del TJUE, de 16 de marzo de 2017, se dispone que la exoneración del crédito público y el régimen de ayudas de Estado son perfectamente compatibles. En definitiva, en esta sentencia, concretamente el caso del IVA, exonerar el pago del IVA a un empresario mediante la legislación de un Estado frente a otro que no

⁸⁸ CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho...”, cit., pág. 15.

lo permita no supone un menoscabo del Mercado Común, y sería totalmente lícita. Cuestión distinta es, en mi opinión, que las empresas se deslocalicen hacia Estados cuyas legislaciones sí permitan la exoneración de estas deudas, pero es un precio que habrá que pagar por ese amplio margen de actuación que la Directiva deja a los Estados en esta materia.

El crédito público es el que conforma gran parte del pasivo del deudor, como pueden ser por ejemplo las deudas con Hacienda y la Seguridad Social. Si realmente queremos dotar de efectividad al mecanismo de exoneración de pasivo, lo lógico sería que este tipo de créditos también fueran exonerables, ya no solo para que el deudor pueda efectivamente aprovecharse de esta figura jurídica y poder emprender una nueva actividad económica, sino también para lograr cierta igualdad entre todos los acreedores, y que no se trate al Estado como a un privilegiado sobre los demás. Además, actualmente, la exoneración de las deudas en el TRLC presupone el pago de todos los créditos contra la masa y los privilegiados, y gran parte del crédito público forma parte del crédito privilegiado, de tal forma que lo único que se exoneraría serían los créditos públicos ordinarios y subordinados. Todo ello, al margen de los problemas ya apuntados resultantes del exceso legislativo cometido en el TRLC al exceptuar estos créditos de la exoneración no solo en el plan de pagos (que ya se preveía también bajo el 178 bis LC), sino también en el régimen general cuando el deudor se somete al pago del umbral de pasivo mínimo, lo que ha dado lugar a otro exceso judicial que hemos visto como la STS de 2 de julio de 2019.

La mayoría de legislaciones de Estados de nuestro entorno admiten la exoneración de los créditos públicos, especialmente los impuestos y las tasas, que carecen de carácter punitivo. Sin embargo, en España, las multas y sanciones son créditos subordinados, y sí podrían ser exonerados, lo cual carece de toda lógica. Bajo el art. 178 bis LC, el sujeto que se acogía al umbral de pasivo mínimo podía exonerarlas, pero no el que se acogía al plan de pagos⁸⁹. Y ahora, con el TRLC, dependerá de si los jueces consideran que hay o no un exceso de la función refundidora.

⁸⁹ CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho...”, cit., pág. 17.

2.5. Excepciones de la exoneración

Como hemos visto a lo largo del trabajo, el deudor merecedor del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho es aquel deudor honesto pero desafortunado, que incurre en la situación de insolvencia por causas no imputables a su actuación. Si por el contrario, el deudor hubiera actuado de forma culposa o mediando dolo, no merecería tal mecanismo. El proceso concursal, como indica CUENA CASAS, M., actúa con cierta función moralizadora⁹⁰. Se trata de que exista una justificación suficiente para conceder este beneficio, ya que el mismo implica menoscabar los derechos de los acreedores.

Actualmente, el TRLC recoge el presupuesto subjetivo para la concesión del beneficio, que implica que el deudor este de buena fe, indicando que para ello no debe haber sido declarado su concurso culpable, ni condenado por una serie de delitos patrimoniales en los 10 años anteriores a la declaración de concurso⁹¹. Afortunadamente, se sacó del presupuesto subjetivo el pago del umbral de pasivo mínimo, como establecía el art. 178.bis LC.

Por tanto, debemos analizar qué entiende la Directiva por buena fe del deudor. El mecanismo de exoneración se trata de una excepción al principio de responsabilidad universal previsto por el CC, pero la Directiva no parece concebirlo así. Es más, establece que todo empresario tiene derecho a obtener el beneficio, y su no obtención debe ser en supuestos excepcionales. Tales excepciones son las enumeradas en el art. 23 de la Directiva, que mezcla los supuestos de deudas no exonerables y aquellas conductas del deudor que pueden ser reprochables en el procedimiento concursal.

Parece deducirse de este planteamiento que la Directiva aboga por la inversión de la carga de la prueba, de tal forma que el deudor no tendría que probar su buena fe. Por tanto, lo que sí debería probarse, es su mala fe.

El art. 23.1 apunta a que un deudor de mala fe sí pueda obtener la exoneración, pero en un plazo más largo. Sin embargo, en materia de buena fe, la Directiva no impone ningún mandato a los Estados, sino que les concede flexibilidad en esta materia. Simplemente se limita a decir que para determinar la buena o mala fe del deudor, los Estados deben atender a la conducta que tuvo el deudor con sus acreedores en el momento

⁹⁰ CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho...”, cit., pág. 17.

⁹¹ SENENT MARTÍNEZ, S. “Hacia un nuevo sistema...”, cit., pág. 4.

de endeudamiento, ya sea durante el procedimiento de insolvencia (concurzal), o en el pago de la deuda.

El Considerando 79 establece una serie de circunstancias que la autoridad competente debe observar para determinar si hay buena o mala fe del deudor, como la naturaleza o importe de la deuda, los esfuerzos del deudor para cumplir la deuda y las exigencias legales (como llevar una contabilidad adecuada), actuaciones por parte del deudor empresario para frustrar los intereses de los acreedores, cumplimiento de obligaciones en caso de que su insolvencia fuera inminente para administradores de sociedades, así como el cumplimiento de la normativa, nacional y comunitaria.

La gran diferencia de la Directiva con nuestro TRLC es que para determinar si existe o no buena fe del deudor, deja un margen de valoración al juez teniendo en cuenta esa serie de circunstancias, mientras que en nuestro ordenamiento esto no es así, ya que la propia ley recoge supuestos tasados para considerar qué es buena fe, sin dejar discrecionalidad al juez en esta materia.

El legislador español, al trasponer la Directiva, deberá plantearse por tanto si mantiene la calificación del concurso como culpable como requisito de mala fe, o bien englobar dentro de dicho concepto las circunstancias señaladas por la Directiva para calificar al deudor de mala fe. Además, no será el deudor quien tenga que probar su buena fe, sino que los acreedores del mismo deberán acreditar su mala fe, sin necesidad de que el concurso haya sido declarado culpable, especialmente cuando el deudor sea insolvente por un recurso desproporcionado al crédito respecto a su patrimonio disponible. Por tanto, debería tenerse en cuenta también en qué términos han sido concedidos dichos créditos.

En este punto, y en la misma línea que otros autores, aplaudo que se entre a valorar la conducta de los acreedores a la hora de conceder créditos al deudor. Si un acreedor concede crédito a sabiendas de la posible o inminente situación de insolvencia del deudor, estaría agravando aún más su situación, y faltando a su propio deber de diligencia profesional.

El art. 23.2 de la Directiva también recoge otras situaciones susceptibles de exceptuar la exoneración, o bien que se impongan plazos más largos para su obtención. Algunas de estas excepciones son:

-Cuando el empresario insolvente haya incumplido sus obligaciones en materia de información o cooperación con arreglo al Derecho de la Unión y nacional,

-En caso de solicitudes abusivas de exoneración de deudas,

-En caso de presentación de una nueva solicitud de exoneración dentro de un determinado plazo a partir del momento en que el empresario insolvente haya obtenido la plena exoneración de deudas o del momento en que se le haya denegado la plena exoneración de deudas debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información o cooperación,

-Cuando no esté cubierto el coste del procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

-Cuando sea necesaria una excepción para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores.

Muchas de estas excepciones ya aparecen recogidas en nuestro TRLC, y, en cualquier caso, se deja en manos del legislador español incluirlas o no, ya que la Directiva deja flexibilidad a los Estados en esta materia. Algunas, a mi juicio, no considero que sean adecuadas, como cuando no esté cubierto el coste del procedimiento de exoneración. Bastaría con que estos créditos fueran no exonerables, como de hecho ya se indica en la propia Directiva, ya que esto deja fuera de la exoneración al deudor sin posibilidad de que pueda intentar hacer cargo a este tipo de créditos en el tiempo, por ejemplo, sometiéndose a un plan de pagos. Sin embargo, esto conllevaría más gastos a los Estados, ya que alguien debe hacerse cargo de esos costes mientras no pueda hacerles frente el deudor⁹².

2.6. Período de inhabilitación.

Cuando el concurso es declarado culpable, el deudor suele incurrir en sanciones de inhabilitación, que pueden variar entre 2 y 15 años de duración. Con el mecanismo de exoneración, se pretende la rehabilitación del deudor y que pueda emprender una actividad económica, de tal forma que, si mantuviéramos las sanciones por inhabilitación, se estaría despojando de su eficacia a este mecanismo.

⁹² CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho...”, cit., pág. 22.

Actualmente, con el TRLC, un deudor cuyo concurso ha sido calificado como culpable no puede ser beneficiario de la exoneración del pasivo insatisfecho. Sin embargo, ya hemos visto que la Directiva sí parece admitir supuestos de concurso culpable que accedan al beneficio, y habrá que esperar a ver si tras la transposición de la Directiva el legislador español mantiene el concurso culpable como una *conditio sine qua non* de mala fe, o bien realiza un nuevo articulado de supuestos de mala fe recogiendo circunstancias enumeradas por la Directiva, permitiendo incluso a un juez cierta discrecionalidad a la hora de valorarlo.

En esta materia, el art. 22 de la Directiva dispone que si un empresario deudor obtiene la exoneración, cualquier inhabilitación que le impida continuar o crear una actividad económica debe cesar en sus efectos, como límite máximo de plazo hasta el final del plazo de exoneración⁹³.

Además, en su apartado segundo, dispone que los Estados miembros deben velar para que en la fecha de vencimiento de la exoneración dejen de tener efectos dichas inhabilitaciones, sin necesidad de que el deudor tenga que iniciar para ello un procedimiento adicional ante la autoridad competente.

Más aún, el Considerando 83 señala que, si el deudor ha visto denegada una autorización o licencia para ejercer su actividad económica consecuencia de una inhabilitación, los Estados miembros pueden exigir en ese caso al deudor que solicite una nueva autorización o licencia cuando finalice el periodo de inhabilitación. Por tanto, la autoridad administrativa, a la hora de conceder una licencia o autorización, deberá tener en cuenta si el deudor empresario ha visto exoneradas sus deudas⁹⁴.

En este punto, es loable la regulación de la Directiva, ya que, de lo contrario, perdería toda eficacia el mecanismo de exoneración si mantenemos las inhabilitaciones al deudor, teniendo en cuenta que la Directiva contempla la concesión del beneficio a deudores de mala fe. De nada serviría que el deudor de mala fe que ha visto exonerados sus créditos, se mantenga inhabilitado, porque le impediría el ejercicio de la actividad económica, y es precisamente lo que busca el mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho, la rehabilitación del deudor. Eso, siempre y cuando el legislador español

⁹³ SENENT MARTÍNEZ, S., “Hacia un nuevo sistema...”, cit., pág. 11-12.

⁹⁴ CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho...”, cit., pág. 23.

modifique el acceso de exoneración también a deudores de mala fe, posibilidad que sin embargo no comparto.

Además, contribuye a aliviar la mala imagen, el estigma social que se tiene de un deudor concursado. En este sentido, el art. 20.3 de la Directiva, también mantiene que estos empresarios que obtengan la exoneración, deben contar con apoyo empresarial de los marcos nacionales ofrecen, incluyendo información sobre tales marcos.

CONCLUSIONES

PRIMERA

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho es un mecanismo en virtud del cual se condonan *ex lege* las deudas pendientes de satisfacción a un deudor persona física declarado en concurso tras la conclusión del procedimiento concursal por liquidación o por insuficiencia de masa activa. Actúa por tanto como un límite al principio general de responsabilidad patrimonial universal previsto en el art. 1911 CC, permitiendo a su beneficiario iniciar a partir de ese instante una nueva actividad económica sin incurrir en responsabilidad por las deudas anteriores y obviar de este modo el riesgo de situaciones de economía sumergida. Se equipara así la situación del deudor persona física y del deudor persona jurídica tras la conclusión del concurso, en la medida en que con anterioridad a su regulación la conclusión del concurso de la persona jurídica suponía la extinción del deudor mientras que el deudor persona física seguía siendo responsable por su propia subsistencia de los créditos no satisfechos en el concurso.

SEGUNDA

A diferencia de lo que ha ocurrido en otras legislaciones de nuestro entorno, la incorporación de esta figura jurídica al ordenamiento jurídico español se ha producido con un notable retraso. Ha habido que esperar hasta el año 2013, tras la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, *de Apoyo a los Emprendedores y su Internalización*, para la reforma del entonces art. 178.2 LC, posibilitándose por primera vez la remisión de las deudas insatisfechas al deudor persona natural. Su regulación era no obstante muy tímida y los requisitos de orden cuantitativo a los que se subordinaba en exclusiva su concesión hacía muy difícil el acceso a este beneficio, al exigirse el pago de un umbral de pasivo mínimo elevado. En este sentido, se debía satisfacer en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25% de los créditos concursales ordinarios. Y en caso de haber intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, era suficiente el pago de todos los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados.

TERCERA

La insuficiencia de esta regulación inicial y las importantes exigencias económicas requeridas, sin margen temporal para su satisfacción, llevaron al legislador concursal a reformar de nuevo su régimen jurídico en el año 2015. Además, por partida doble, con motivo en primer lugar del Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, y con ocasión de su ulterior conversión en Ley 25/2015, de 28 de julio. Esto dio lugar a una sorprendente reforma de la reforma, introduciéndose una regulación más depurada de esta figura mediante la inclusión en la LC de un nuevo y complejo art. 178 bis. A diferencia del unitario régimen jurídico anterior, en él se prevén dos modalidades de acceso a este beneficio. Por un lado, se mantiene la satisfacción de un umbral de pasivo mínimo, pero de forma subsidiaria se prevé también la posibilidad de presentación de un plan de pagos, permitiendo al deudor que no ha podido hacer frente a aquel pasivo proceder a su satisfacción en un plazo de cinco años.

CUARTA

El amplio número de reformas que ha soportado la LC ha culminado en la aprobación por Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), dedicando al régimen jurídico de la exoneración del pasivo insatisfecho los arts. 486 a 502. En ellos se dota a este beneficio de una nueva sistemática y de mayor claridad, pero también se incurre en una transgresión de la delegación legislativa al introducir en su regulación nuevos mandatos jurídicos y suprimir alguno de los ya existentes bajo la regulación de la LC, lo que ha llevado a varios Juzgados de lo Mercantil a declarar inaplicables algunos de sus preceptos.

QUINTA

El TRLR mantiene la amplitud del ámbito subjetivo de aplicación de este beneficio, pudiendo ser aplicado tanto al deudor persona natural consumidor como empresario. Ello, sin perjuicio de su tratamiento diferenciado en el ámbito procesal, dado que, si es consumidor, el procedimiento concursal se sustanciará ante Juzgados de 1º Instancia, mientras que, si es empresario, será ante un Juez de lo Mercantil. Extremo que contrasta con la limitada previsión subjetiva realizada en este punto en la Directiva UE 2019/1023, de 20 de junio de 2019, *sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones*, al aplicarse únicamente al deudor persona

natural empresario, sin perjuicio de recomendar a los Estados miembros su extensión también a la persona natural consumidor. El ámbito objetivo de aplicación requiere por su parte que el procedimiento concursal haya concluido por la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o por insuficiencia de esa masa activa para la satisfacción de los créditos contra la masa.

SEXTA

El TRLC diferencia con mayor nitidez entre un régimen general (pago por el deudor de un determinado umbral de pasivo mínimo) y un régimen especial (sometimiento del deudor a un plan de pagos) para acceder a la obtención de este beneficio. En este sentido, mientras que se prevé un presupuesto subjetivo común a ambos regímenes, fijado en la condición de buena fe del deudor (mecanismo dirigido a deudores "honestos pero desafortunados"), el presupuesto objetivo es diferente en cada uno de ellos. Desde la primera perspectiva, el art. 487 TRLC considera de buena fe a aquel deudor cuyo concurso no haya sido calificado como culpable, ni haya sido condenado por una serie de delitos patrimoniales o económicos en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.

SÉPTIMA

El presupuesto objetivo del régimen general, previsto en el art. 488 TRLC, consiste en la exigencia de pago de un determinado umbral de pasivo mínimo. El deudor debe haber satisfecho la totalidad de los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados, y el 25% de los créditos concursales ordinarios si el deudor no hubiera intentado un AEP. Esto supone una modificación respecto a la anterior LC (arts. 178.bis.1 y 178.bis.3), ya que en el art. 178.bis.3 LC era de exigencia obligatoria el intento de AEP, mientras que el 178.3.4 LC exceptuaba de esa obligación a los deudores que se acogían al pago del umbral de pasivo mínimo. Así, el TRLC aclara esas dudas interpretativas, pero, a su vez, contradice la ley al establecer este presupuesto sólo aplicable al régimen general, ya que por el 178.bis.2.3º y 178.bis.2.4º se deducía que era aplicable también al plan de pagos, por lo que esta supresión podría suponer una transgresión de la función refundidora del TRLC. El art. 493 TRLC exige por su parte como presupuestos objetivos del régimen especial que el deudor no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad (lo cual solo tendría sentido si se aplicara durante el plazo de plan de pagos), no haber incumplido los

deberes de colaboración e información respecto al juez del concurso y administrador concursal (que ya es una causa de concurso culpable y puede resultar reiterativo, y además, no se entiende que sea aplicable solo al régimen especial), y no haber obtenido el deudor el beneficio de exoneración dentro de los últimos 10 años (tampoco es comprensible que no se amplíe este presupuesto al régimen general).

OCTAVA

El deudor debe presentar una solicitud al juez del concurso para la obtención de este beneficio, y si decide someterse a un plan de pagos, deberá acompañar una propuesta de dicho plan, que deberá ser aprobado por el juez (art. 494 TRLC). En el régimen general, el plazo para presentar la solicitud coincide con el plazo de alegaciones a la solicitud de conclusión de concurso. Es posible que el deudor, a la vista de las alegaciones de acreedores y administrador concursal (5 días tras la presentación de la solicitud de exoneración por el deudor), pueda desistir del pago de umbral de piso mínimo y acogerse a un plan de pagos. Este plazo de alegaciones es más amplio para el régimen especial de plan de pagos, concretamente, diez días desde la presentación de la solicitud por el deudor. Respecto a la revocación del beneficio, bajo el 178.bis LC, la tramitación era única para ambos regímenes.

NOVENA

El art. 178.bis.7 LC facultaba a los acreedores para instar la revocación beneficio en los cinco años posteriores a su concesión. Esto llevaba a pensar que independientemente de la modalidad de acceso, su concesión era provisional en ambos regímenes. El art. 490 TRLC soluciona estas dudas interpretativas, estableciendo la concesión del beneficio sin mencionar su provisionalidad en el régimen general, indicando expresamente en el art. 496.3 TRLC que en el caso de aprobación del plan de pagos la concesión será provisional, y la concesión será definitiva una vez transcurrido el plazo de cinco años sin producirse su revocación. Aun así, se prevé en el art. 492.1 TRLC la revocación en el régimen general si tras cinco años de la concesión se acreditan bienes ocultos del deudor. Sin embargo, el deudor debe solicitar él mismo la concesión de forma definitiva, y el proceso se agilizaría si se elevara a definitiva la concesión sin necesidad de solicitud por el deudor, siempre que se cumplan los requisitos.

DÉCIMA

En el art. 178.bis.5 LC se exceptuaban de forma expresa de la exoneración los créditos de derecho público y los créditos por alimentos en la modalidad de presentación de plan de pagos. Sin embargo, nada se decía al respecto para el deudor que se acogía a la satisfacción del umbral del pasivo mínimo. Esto llevaba a pensar que ambas categorías de créditos también eran créditos exonerables. Se discriminaba así al deudor que se acogía a un plan de pagos sin justificación aparente. La STS 2 de julio de 2019 equiparó en este punto el pasivo exonerable, al considerar que estos créditos también debían de ser susceptibles de exoneración en el caso de presentación de un plan de pagos. Sin embargo, incurrió en un exceso judicial por ir en contra del tenor literal de la norma, ya que el propio art. 178 bis.5 LC exceptuaba de forma expresa de la exoneración a los créditos de derecho público y por alimentos. El art. 491 TRLC, en sentido contrario, exceptiona ahora de la exoneración en el régimen general al crédito público y por alimentos, apartándose también de lo previsto en el 178.bis.3 LC y del propio proyecto de TRLC. Este proceder supone una trasgresión de la delegación legislativa, al extender la excepción de exoneración de este tipo de créditos también al régimen general. Ya existen autos, como el AJM nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020, que inaplica el TRLC en este punto alegando esta actuación *ultra vires* del legislador refundido. Sin embargo, al aplicar la STS 2 de julio de 2019 incurre también en otro exceso judicial.

UNDÉCIMA

Los acreedores concursales pueden instar la revocación de la exoneración de pasivo cuando aprecien una serie de presupuestos y consigan acreditarlos. El TRLC distingue las causas de revocación en función de si nos encontramos en el régimen general (art. 492 TRLC) o en el régimen especial (art. 498 TRLC), ampliándose el número en esta última modalidad de exoneración. Hay una causa común de revocación a ambos regímenes, cuando se acredita la ocultación de bienes o derechos por parte del deudor. Además, se contemplan tres causas adicionales de revocación cuando durante el plazo fijado de cumplimiento del plan concurren las siguientes circunstancias (498 TRLC). Una de las causas es que el deudor haya visto mejorada sustancialmente su situación económica por causa de herencia, legado, donación, juego de suerte, envite o azar, de tal forma que le permitiera pagar todos los créditos exonerados. No se entiende sin embargo la discriminación que se produce en este sentido para el deudor que se acoge a un plan de pagos, cuando la identidad de razón de esta causa de revocación es la misma

independientemente de la modalidad de exoneración. Otra de las causas es que el deudor incurriese durante el plazo de cumplimiento del plan de pagos en una de las causas que le hubieran impedido obtener la exoneración por no ser considerado de buena fe, de acuerdo al art. 487 TRLC. Resulta cuestionable que dicha causa de revocación se mantenga solo con el plan de pagos y no sea aplicable también al régimen general, ya que su razón de ser es idéntica. Por último, el art. 498 TRLC contempla como causa de revocación del beneficio el incumplimiento del plan de pagos para esta modalidad.

DUODÉCIMA

El art. 499.2 TRLC prevé de forma expresa que, aunque el deudor no haya cumplido el plan de pagos en su totalidad, el juez, previa audiencia de los acreedores y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho. Para ello, es necesario que el deudor haya destinado al cumplimiento del plan de pagos, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio, siempre que no tengan la consideración de inembargables, de acuerdo a lo previsto en el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el art. 3.1 a) y b) del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. El TRLC se limita en este punto a reproducir el contenido del anterior art. 178.bis.8 LC. En consecuencia, en el art 499 TRLC subsiste el mismo problema interpretativo que bajo la vigencia de la LC, relativo a la determinación de los créditos que son susceptibles de exoneración en este caso a la vista del silencio de la norma. En mi opinión tal exoneración definitiva se extiende no sólo a los créditos exonerables, los cuales entiendo que ya lo fueron en la concesión provisional del beneficio, sino también a aquella parte del crédito no exonerable inicialmente que el deudor no ha podido satisfacer con el plan de pagos. De no ser así, este mecanismo de exoneración no cumpliría con el propósito último de recuperación del deudor.

DECIMOTERCERA

Cuestión controvertida en materia de revocación es la constatación de una importante modificación que se ha producido en el TRLC respecto a la LC. Bajo la

vigencia del art. 178.bis.8, *in fine*, LC, se reconocía la posibilidad de revocación de la exoneración definitiva obtenida en caso de cumplimiento del plan de pagos, una vez transcurridos los cinco años de vigencia, cuando se demostraba la existencia de bienes o derechos ocultos por el deudor. Actualmente, en el TRLC se ha eliminado lo dispuesto en ese art. 178.bis.8 *in fine* LC, por lo que una vez transcurridos los cinco años del plan de pagos sin que se haya instado durante ese tiempo su revocación, y una vez concedida la exoneración definitiva, ya no podrá ser revocada. Aunque esta actuación resulta beneficiosa para el deudor, no hay duda de que el TRLC ha suprimido una disposición normativa, y eso no entra dentro de las facultades atribuidas para la refundición, incurriendo de nuevo en una transgresión de la delegación legislativa.

DECIMOCUARTA

La concesión del beneficio de exoneración de pasivo produce una serie de efectos comunes respecto a los acreedores, bienes conyugales en régimen de comunidad, y sobre los obligados solidarios, fiadores y avalistas. Estos efectos se contemplan ahora en los arts. 500 a 502 TRLC, aclarando las disposiciones que estaban dispersas en esta materia en el art. 178.bis.5 LC. Así, los acreedores no podrán iniciar acciones para el cobro de sus créditos una vez concedido el beneficio al deudor. Por otra parte, el 178.bis.5 LC es modificado por el art 501 TRLC, que mantiene a salvo la facultad de los acreedores de dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del deudor por sus deudas propias, mientras no haya obtenido la exoneración, a diferencia de lo que ocurría en la LC. El beneficio de exoneración sólo se extenderá por tanto a los bienes comunes respecto a los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que deben responder esos bienes, aunque el cónyuge no sea concursado. Por último, los obligados solidarios, fiadores y avalistas deben hacer frente al pago de los créditos que han garantizado, aunque el deudor haya obtenido el beneficio de exoneración del pasivo. Asimismo, no podrán subrogarse por el pago posterior a la liquidación en la posición de acreedores, a no ser que se revocara este beneficio al deudor.

DECIMOQUINTA

La Directiva 2019/1023, de 20 de junio, tiene como objetivo eliminar obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales que puedan derivar de la disparidad entre las distintas legislaciones de los Estados Miembros de la UE, tratando de evitar el fenómeno conocido como *forum shopping*, evitando la deslocalización de empresas a países cuya

legislación sea más flexible en esta materia. A pesar de este propósito unificador, la Directiva ha cometido sin embargo el error de ser demasiado flexible, dejando mucho margen de actuación a los Estados miembros a la hora de proceder a su transposición. Esta Directiva debe ser incorporada a nuestra legislación antes del 17 de julio del 2021, y sin duda introducirá importantes cambios normativos en el régimen jurídico de la exoneración del pasivo insatisfecho.

DECIMOSEXTA

Aunque la Directiva 2019/1023 circunscribe el ámbito subjetivo de aplicación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho al deudor persona natural empresario, se recomienda en su Considerando 21 su extensión también al consumidor; como ya se hace en la regulación del TRLC. En consecuencia, en este punto no es necesario realizar ninguna modificación. Cuestión diversa sucede con el régimen general de acceso, consistente en la satisfacción de un determinado umbral de pasivo mínimo. La Directiva no fija uno concreto, pero sí exige que para que este sea impuesto tener en cuenta la situación individual de cada deudor, ser proporcionado a los activos que este disponga en el plazo de exoneración, y tomar en consideración también el interés equitativo de los acreedores (art. 20.2); aspectos de los que prescinde la regulación del TRLC y que por tanto tendremos que modificar. Otro tanto sucede con el plazo para la obtención de la exoneración. La Directiva establece un plazo de tres años, por lo que nos veremos obligados a reducir el plazo actual de cinco años. No obstante, el art. 23 enumera excepciones a este plazo máximo de 3 años, de tal forma que los Estados miembros podrán incluir o mantener esa serie de excepciones que restrinjan el acceso a la exoneración, permitan revocarla, o incluso, conceder la exoneración en un plazo más largo. Asimismo, resulta sorprendente que la Directiva no restrinja el acceso a la exoneración a los deudores de mala fe, como sí hace, a nuestro juicio acertadamente el TRLC, ya que se trata de un mecanismo que debe concederse a “deudores honestos, pero desafortunados”.

DECIMOSÉPTIMA

El art. 21.2 de la Directiva 2019/1023 contempla la posibilidad de obtener la exoneración del pasivo insatisfecho sin necesidad de imponer a la autoridad competente un procedimiento adicional, una vez cumplidos los requisitos, y al finalizar el plazo de exoneración. Por tanto, en este punto también se debe modificar el TRLC para que aquel

deudor que se acoja a un plan de pagos pueda obtener la exoneración automática sin tener que volver a solicitar la concesión definitiva. Aun así, el art. 21.2 faculta a los Estados para mantener disposiciones que permitan a la autoridad competente que esta pueda verificar si se han cumplido las obligaciones requeridas.

DECIMOCTAVA

Mención especial merecen las previsiones de la Directiva 2019/1023 en relación con la eventual exclusión de deudas de la exoneración. En su art. 23.4, enumera un listado de deudas con carácter ejemplificativo, que los Estados miembros pueden mantener, incluso ampliando el plazo de exoneración, o excluir de la exoneración. Destaca que en esta lista no se encuentra ninguna previsión respecto al crédito público, y por tanto el legislador español deberá replantearse si lo mantiene como un crédito no exonerable u opta en cambio por su exoneración. En mi opinión, y ya que el Estado debería de concurrir en este punto en igualdad de condiciones que el resto de acreedores, no deberían de ser exceptuados de la exoneración, ya que además constituye una gran parte del pasivo, dotando así de más efectividad a este mecanismo.

DECIMONOVENA

Otra de las modificaciones que deberemos replantear introducir a la luz de la incorporación de la Directiva 2019/1023, es que la misma, a la hora de determinar la buena fe del deudor, deja un amplio margen de valoración al juez, lo cual no se hace en el TRLC, al establecer supuestos tasados de cuándo estamos ante un deudor de buena fe. Por último, la Directiva, contempla incluso la posibilidad de que este beneficio de exoneración se conceda a deudores de mala fe. Pensando en estos casos, el art. 22 dispone que, si el deudor obtuviera la exoneración, cesarán aquellas inhabilitaciones que le impidan continuar o crear una actividad económica. Es lógico que para que la concesión del beneficio resulte eficaz, se levanten las inhabilitaciones a deudores de mala fe que hayan visto sus deudas exoneradas para que puedan comenzar la actividad económica. Esto será así en el caso de que el TRLC opte por conceder el beneficio a deudores de mala fe, aunque considero que esta decisión no sería adecuada por los motivos anteriormente expuestos.

CONCLUSIÓN FINAL

El mecanismo de la exoneración del pasivo insatisfecho es una previsión legal importantísima para contribuir no sólo a aliviar la situación de insolvencia de deudores honestos pero desafortunados, sino que también repercute en la situación económica del país, ya que, con dicho mecanismo, se evita en gran medida que los deudores honestos acaben en la economía sumergida, fomentando además la creación de actividad económica al proporcionar al deudor una segunda oportunidad. Por supuesto, es imprescindible que este mecanismo no se conceda a todo deudor, sino solo a aquellos de buena fe, aunque dicha opinión se pueda separar en este punto del criterio del legislador comunitario basado en la posibilidad de concesión también de este beneficio a todos los deudores, incluidos en su caso los de mala fe. Es necesario evitar que aparezcan verdaderos profesionales que se dediquen a obtener este beneficio, a pesar de no haber sido diligentes o incluso habiendo causado daños a los propios acreedores, que, no olvidemos, ven su derecho de crédito perjudicado, y esto debe sujetarse a razones de interés general debidamente justificadas. En este sentido, no encuentro ningún tipo de justificación en conceder este beneficio a deudores de mala fe. Por otra parte, y a la vista de la situación económica generada por la pandemia COVID-19, sería deseable que el legislador español, pese a que la Directiva le deje mucho margen de actuación, trate de flexibilizar aún más los requisitos para la obtención del mecanismo, como valorar el umbral de pasivo mínimo en función de la situación económica del deudor en concreto, y no establecer un mínimo a nivel general, siguiendo así las disposiciones de la Directiva. En definitiva, creo que aún quedan varios aspectos que introducir y aclarar en este régimen de exoneración del pasivo insatisfecho si de verdad se quiere que sea eficaz, y permitir a los deudores honestos pero desafortunados comenzar o reanudar una actividad económica. Esto es lo que sucede por ejemplo con la necesidad de exonerar también los créditos públicos para lograr una igualdad entre los distintos acreedores. Nos estamos enfrentando a una nueva crisis económica sin haber superado aún la crisis económica y financiera del año 2008, en la que todos los empresarios personas físicas se verán afectados, con las consecuencias que eso conlleva para los trabajadores y familias a su cargo. Asimismo, cada vez habrá más concursos de personas físicas consumidores, a quienes tampoco se puede dejar atrás. Resulta indispensable por tanto que este mecanismo esté dotado de una regulación lo más completa y detallada posible para que estos deudores puedan salir adelante y permitir avanzar a la economía de todo el país.

BIBLIOGRAFÍA

CUENA CASAS, M. “Segunda oportunidad y crédito público. (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)”, en *Blog Hay Derecho*, 29 julio 2019, págs. 1-6.

CUENA CASAS, M., “Crédito público y segunda oportunidad en el Texto Refundido Ley Concursal (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020)”, en *Blog Hay Derecho*, 28 de septiembre 2020, págs. 1-4.

CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras”, en *ADCo*, 2016, nº 37, edición electrónica, págs. 1-32.

CUENA CASAS, M., “El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho”, en *Diario La Ley*, 2020, nº 9669, págs. 1-24.

CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al derecho español”, en *RCP*, 2020, nº 32, págs. 1-39.

ESTEBAN RAMOS, L. M. “Segunda oportunidad: ahora más necesaria que nunca” en *RCP*, 2020, nº 23, págs. 1-16.

ESTEBAN, P. “La Ley de Segunda Oportunidad: un salvavidas para las deudas que apenas se utiliza”, en *Diario el País*, 8 de enero de 2019, págs. 1-5.

FERNÁNDEZ SEIJO, J., “Que tu mano derecho no sepa lo que hace tu mano izquierda” (a propósito de la competencia judicial de los concursos de consumidores”, en *Blog Hay Derecho*, 5 mayo 2015, págs. 1-3.

FIDALGO C./SUÁREZ P, “Hacia la reforma del mecanismo de Segunda Oportunidad. Las propuestas de ASUFIN en la Consulta Pública sobre la Transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre Reestructuración e Insolvencia (1)”, en *Diario la Ley*, 2020, nº 9693, de 10 de septiembre de 2020, págs. 1-11.

HURTADO YELO, J., “El crédito público y el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, en *Diario La Ley*, 2020, nº 9575, de 17 de febrero de 2020, págs.1-6.

LATORRE CHINER, N., “El discharge y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda (1) oportunidad”, en *RCP*, 2018, nº 29, págs. 1-21.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Sobre la pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso de acreedores” en *Blog Almacén de Derecho*, 2018, págs. 1-4.

MOYA, J. “El tratamiento del crédito público en el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (1º) de 2 de julio de 2019)”, en *ADCo*, 2020, nº 49 págs. 1-17.

MUÑOZ PAREDES, A. “Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo”, en *Diario La Ley*, nº 9707, 1 de octubre de 2020, págs. 1-4.

MUÑOZ PAREDES, A., “El arte de (no) pagar las deudas”, en *Diario La Ley*, 2020, nº 9584, págs. 1-6.

ORRICO, I., “Luces y sombras de la exoneración del pasivo insatisfecho. Algunas propuestas de mejora”, en *ADCo*, 2021, nº 53, ed. electrónica, págs. 1-49.

PETIT PINAZO, M., “La segunda oportunidad y exoneración de deuda pública”, en *e-DICTVM*, nº 86, marzo 2019, pág. 1-3.

RUBIO VICENTE P. J., “Aciertos y Desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC”, en *I&R*, 2021, págs. 70-106.

RUBIO VICENTE, P. J. “Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal, en *RCP*, 2016, nº 24, págs. 99-131.

RUBIO VICENTE, P. J., “La Exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo”, en *RCP*, 2011, nº 14, págs. 1-28.

SENDRA ALBIÑANA, A., “El mecanismo de segunda oportunidad”, en AA.W, *Derecho Preconcursal y Segunda Oportunidad* (est. dir. por C. Boldó Roda y coord. por C. Pastor Sempere), Valencia, 2021 (ed. Tirant lo Blanch), págs. 85-159.

SEMENT MARTÍNEZ, S., “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”, en *RCP*, 2020, nº 32, págs. 1-13.

VALDÉS PONS. S., “El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho ex. art. 178.bis de la Ley Concursal”, en *Diario La Ley*, 2019, nº. 9437, págs. 1-14.

JURISPRUDENCIA

Juzgados de lo Mercantil.

- AJM nº 3 de Barcelona, Auto de 26 de octubre de 2010, proc. 671/2007.
- AJM nº 7 de Barcelona, Auto de 8 de septiembre de 2020, proc. 507/2017.
- AJM nº 13 de Madrid, Auto de 6 de octubre de 2020, proc. 170/2020.
- AJM nº 7 de Barcelona, Auto de 12 de diciembre de 2020, proc. 707/2018.
- AJM nº 3 de Barcelona, Auto de 26 de abril de 2021, proc. 378/2018.

Audiencia Provincial.

- AAP de Barcelona, de 28 de septiembre de 2018, proc. 651/2018.

Tribunal Supremo.

- STS de 13 de marzo de 2019.
- STS de 2 de julio de 2019.

Tribunal de justicia de la Unión Europea.

- STJUE de 16 de marzo de 2017.