

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Boletim da Faculdade de Direito

VOL. XCVII

Tomo I

[SEPARATA]



COIMBRA
2021

CRÉDITO PÚBLICO Y SEGUNDA OPORTUNIDAD EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA

LUISA MARÍA ESTEBAN RAMOS¹

I. INTRODUCCIÓN

La problemática concursal viene siendo objeto de especial atención en la doctrina española desde hace muchos años. Antes de la publicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), porque se trataba de poner fin a la situación normativa existente caracterizada, entre otros, por su arcaísmo, falta de adecuación a la realidad a la que debía ser aplicada y dispersión normativa, lo que se traducía en una regulación carente de coherencia y efectividad. Hubo varios intentos de poner fin a esa realidad, que se reflejaron en diversos textos prelegislativos, que no llegaron nunca a estar vigentes. Con la promulgación de la LC ² pasan a regularse en un único texto legal los aspectos materiales y procesales del concurso y se configura un único procedimiento concursal, dotado de la flexibilidad necesaria para adaptarse a las distintas situaciones.

Desde su entrada en vigor, la LC fue objeto de múltiples reformas³ que trataron, con más o menos éxito, de mejorar la ley para adaptarla a

¹ ORCID: 0000-0002-0408-5692

² La Exposición de Motivos de la LC indica que esta ley *persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal*.

³ La primera se produjo solo unos meses después a su entrada en vigor, con la Ley 36/2003, de 11 de noviembre.

las nuevas necesidades que iban surgiendo. Esa fiebre de reformas se aceleró con la crisis económica de 2008, que puso de manifiesto que la LC resultaba claramente insuficiente para resolver los problemas que se planteaban en la economía española, ya que no se trataba de una ley prevista para situaciones de crisis.

Como consecuencia de tantas reformas, la LC se convirtió en una norma de difícil lectura e interpretación, que había visto afectada, incluso, su propia lógica interna. Para poner remedio a esta situación, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, habilitó al Gobierno para que aprobara un texto refundido, dejándose transcurrir el plazo previsto sin cumplir tal objetivo. Posteriormente, la disposición final 3ª de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, volvió a habilitar al Gobierno para aprobar el Texto Refundido de la Ley Concursal. La autorización comprendía la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debían ser refundidos⁴. En esta ocasión sí se ha cumplido el cometido, con el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR)⁵, coincidiendo con el confinamiento sufrido en España, como consecuencia de la primera ola de COVID 19 que afectó al país⁶. De hecho, la aprobación de la norma se aceleró a la vista de los

⁴ Vid. artículo 82.5 ce.

⁵ El que con esta norma se tratan de superar los problemas derivados de las múltiples reformas sufridas por la LC lo demuestra, entre otros, el hecho de que su Preámbulo se abra con la siguiente afirmación: *la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas. Es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones. Más adelante se afirma que en pocos casos la necesidad de un texto refundido es más necesaria.*

⁶ Al margen de este texto, en materia concursal se han dictado diversas disposiciones de carácter provisional, para tratar de hacer frente a las consecuencias derivadas de la COVID 19. Sobre las medidas adoptadas en materia concursal con carácter urgente, se está escribiendo mucho estos días. Vid., por ejemplo, sobre el art. 43 del Real Decreto-ley 8/2020, A. COHEN BENCHETRIT, “COVID-19 y Derecho Concursal”, Guía sobre las principales consecuencias jurídicas de las medidas adoptadas a raíz de la crisis sanitaria provocada por el COVID -19, elaborada por socias de Women in a legal World, 2020, 34 y ss.; E. AZNAR GINER, COVID-19. *Medidas societarias y concursales. Doctrina, legislación y formularios*, Tirant lo Blanch, 2020, 48-51. Sobre el Real Decreto-Ley 16/2020, vid. J.M. FERNÁNDEZ SEJO, “Sobre el futuro inmediato del Derecho concursal y los juzgados mercantiles”, *Diario la Ley*, 30 de abril de 2020; G. ALCOVER GARAU, “Aproximación al régimen jurídico de los arts. 8 a 19 del Capítulo II (medidas concursales y so-

graves perjuicios económicos que está originando, y lo seguirá haciendo, la pandemia. El TRLC ha entrado en vigor el día 1 de septiembre de 2020.

La aprobación del TRLC en un contexto tan especial, nos lleva a plantearnos la duda de si ha sido oportuna esta forma de proceder, o si hubiera resultado más apropiado realizar en este momento únicamente aquellas modificaciones estrictamente necesarias para atender a las situaciones derivadas de la pandemia y dejar la aprobación del texto refundido para un momento posterior. Después de tantas reformas, el que la LC hubiera sufrido alguna más, exigida por las graves circunstancias del momento, no hubiera representado una situación desconocida y, por el contrario, hubiera permitido, por ejemplo, la incorporación de la Directiva 2019/1023 a dicho texto legal⁷.

cietarias del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia”, *Diario la Ley*, 30 de abril de 2020.

Estas normas excepcionales adoptadas en el ámbito concursal, como indica el Preámbulo del TRLC, tienen un ámbito temporal de aplicación limitado, ya que tratan de atender de manera extraordinaria y urgente la situación de los procesos concursales tras la finalización del estado de alarma y la situación de las empresas afectadas por la disminución o cese de la actividad motivada por las consecuencias económicas generadas por la crisis sanitaria.

En relación con estas medidas, podemos mencionar el recientemente aprobado Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID 19. Entre otras medidas, se vuelven a prorrogar los plazos que la Ley 3/20, de 18 de septiembre, preveía para el 14 de marzo, hasta el 31 de diciembre de 2021. Dentro de esos plazos, está el establecido para que el deudor cumpla su deber de solicitar el concurso. Con lo cual, en cierta, medida, se está evitando afrontar ya los verdaderos problemas que tienen muchas empresas, retrasando la declaración del concurso y, con ello, dificultando sus posibilidades de recuperación.

⁷ L.M. ESTEBAN RAMOS, “Segunda oportunidad: ahora más necesaria que nunca”, *RDCP* 33 (2020). En este artículo, recientemente publicado, ya pusimos de manifiesto la paradoja que supone que el TRLC afirme en su Preámbulo que la historia de la LC es la historia de sus reformas y que, posteriormente, señale que está pendiente la incorporación de la Directiva 2019/1023. Esto puede suponer empezar la andadura del TRLC de la misma forma que la empezó la LC.

Vid. además, A.J. TAPIA HERMIDA, “Decálogo del nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del COVID 19: La Directiva (UE) 2019/11203 sobre reestructuración e insolvencia”, *Diario La Ley*, n.º 9793, Sección

En este contexto, y aunque el trabajo se centra en el estudio del derecho vigente, creemos que es necesario mencionar, que a la fecha de entrega de este documento para su publicación, hay un Anteproyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, de exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Si este texto llegara a aprobarse, los créditos de derecho público, que son los que constituyen nuestro principal objeto de estudio, seguirían siendo créditos no exonerables.

En una de las muchas reformas de las que fue objeto la LC, en concreto, la operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se introdujo en nuestro de-

Tribuna, 17 de febrero de 2021. Si la transcendencia del nuevo marco regulatorio para la reestructuración empresarial en Europa era grande en 2019, cuando se promulgó la Directiva, ahora es más con la crisis sobrevenida por el COVID. El proceso de adaptación de las normativas de los Estados europeos a las exigencias de la Directiva se debe realizar en un contexto sobrevenido, que era imprevisible cuando se aprobó.

En sentido diferente, A. COHEN BENCHETRIT, “COVID-19 y Derecho Concursal”, 38. Señala que, aunque hay profesionales que creen que no es el momento de aprobar el Texto Refundido, porque no atiende a la paralización generalizada por el coronavirus, lo cierto es que los trabajos de transposición de la Directiva se están proyectando sobre dicho texto y muchas de las medidas que propone la comunidad concursalista europea para hacer frente al escenario actual y futuro de crisis generada por el COVID, coinciden con los de la Directiva.

I. SANCHO, “Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia”, *Anuario de Derecho Concursal* 51 (septiembre-diciembre, 2020). Para quien aunque no fuera el mejor momento para aprobar el Texto Refundido, era mejor aprobarlo que no hacerlo.

Como se desprende del texto, nosotros no creemos que este fuera el momento de elaboración del texto refundido o, al menos, no de aprobarlo como se ha hecho. Así, la realidad nos demuestra, en particular, en relación a la segunda oportunidad, y como podremos ver más adelante, que será necesario proceder a su modificación para poder cumplir con las directrices marcadas por la norma comunitaria.

recho la institución de la segunda oportunidad, bajo la denominación de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho⁸. Con ella, se pretende atender a la situación en la que se puede encontrar un deudor persona física una vez finalizado el concurso, cuando no ha sido capaz de solventar todas sus deudas, permitiéndole liberarse de las mismas⁹. Esta institución cobra en la actualidad especial protagonismo ya que, con independencia de las medidas económicas que se están adoptando para tratar de superar las secuelas de la COVID 19, que está arrasando nuestra economía, está claro que van a ser muchas personas, empresarios o no, las que se van a ver abocadas al concurso y, previsiblemente también, serán muchos los casos en los que el deudor no logre saldar sus deudas, por lo que es presumible que se intente obtener su perdón acudiendo a la segunda oportunidad. De hecho, los datos ya avalan ese crecimiento tanto de las solicitudes de concurso, como de exoneraciones.

El reconocimiento de una segunda oportunidad merece ser recibido de buen grado, aunque su regulación debe hacerse con especial cautela. No debemos olvidar que si en muchos casos puede ser la única alternativa para que personas que no pueden salir de la situación de endeudamiento en la que se encuentran inmersas¹⁰, y a la que con frecuencia llegaron por causas ajenas a su voluntad y forma de actuación, puedan

⁸ Utilizaremos indistintamente los términos segunda oportunidad y exoneración del pasivo insatisfecho. No obstante, sobre la diferencia terminológica y conceptual de ambos conceptos vid. A. SENDRA ALBIÑANA, *El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, 37 y ss.

⁹ A. SOTILLO MARTÍ, “Segunda oportunidad y derecho concursal”, *Seminario Interdisciplinar de la Facultad de Derecho de Valencia, de 30 de octubre de 2013*, disponible en <<https://docplayer.es/2476618-Segunda-oportunidad-y-derecho-concursal-antonio-sotillo-marti-profesortitular-de-derecho-mercantil.html>>. Con la segunda oportunidad, se libera al deudor de las deudas que no haya podido satisfacer tras un proceso de reestructuración de deudas o un proceso de liquidación, dentro o fuera del concurso; M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español”, *RDCP* 32 (2020). En la insolvencia de las personas físicas hay un factor humano que hay que atender, favoreciendo la extinción del pasivo pendiente del empresario honrado que fracasa. Entiende que resulta fundamental devolver a estos sujetos al sector productivo para que sigan generando riqueza.

¹⁰ L.M. ESTEBAN RAMOS, “Segunda oportunidad”. La segunda oportunidad puede convertirse en la única tabla de salvación de muchas personas físicas que perdieron todo, o casi todo, por la crisis sanitaria, que les permita empezar de nuevo.

continuar con su actividad, también existen otros sujetos afectados, sus acreedores, que van a ver difuminadas sus expectativas de cobro pudiendo llegar a su propia ruina¹¹.

En el derecho español, la regulación de la segunda oportunidad ha sido objeto de críticas desde su incorporación a la legislación concursal, críticas que se mantienen en la actualidad en relación a la forma en que el TRLC ha incorporado dicho régimen, ya que genera ciertas dudas¹². En particular, estos problemas afectan, entre otros, al tema que nos ocupa, el tratamiento del crédito público en la segunda oportunidad.

No corresponde a este trabajo realizar un estudio pormenorizado la de segunda oportunidad, aunque sí creemos oportuno hacer una referencia general a la misma, esbozando sus líneas generales, antes de centrar nuestra atención en lo que constituye el tema central de este trabajo, el tratamiento que reciben los créditos públicos.

¹¹ Los acreedores resultan perjudicados por el reconocimiento de la exoneración de su deudor, y no siempre han procedido de forma inadecuada al concederle crédito. Por ello, debe utilizarse esta institución únicamente cuando esté justificada. No podemos desequilibrar la balanza a favor de unos u otros intereses, si ese desequilibrio no resulta imprescindible. Vid. M. CUENA CASAS, “El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras”, *ADC* (enero-abril, 2016). Para quien no tiene sentido el hecho de que el préstamo irresponsable carezca de consecuencias en el procedimiento concursal y, sin embargo, si las tenga para el deudor; L.M. ESTEBAN RAMOS, “Segunda oportunidad”, La conducta imprudente del acreedor al conceder un crédito debe de tener consecuencias, pero no debe protegerse cualquier conducta del deudor.

¹² A.B. CAMPUZANO, “La extensión al crédito público del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: el estado de la cuestión”, *DICTVN. Abogados*, 18 de enero de 2021. Se plantean problemas en relación al posible exceso del texto y su consideración *ultra vires*.

II. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023

1. La introducción de la segunda oportunidad en la LC de 2003 y modificaciones posteriores

La segunda oportunidad no aparecía recogida en la redacción inicial de la LC. Hubo que esperar a la Ley 14/2013, que reformó la LC e introdujo, entre otras modificaciones, la regulación de la institución del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho¹³.

Con anterioridad a esta reforma, cuando el concurso concluía por inexistencia de bienes o derechos con que hacer frente a las responsabilidades del deudor, la situación era muy diferente en función de que el deudor fuera una persona física o una persona jurídica. En el caso de estas últimas, la resolución judicial que ponía fin al concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa, acordaba su extinción y, con ella, la de sus deudas. Sin embargo, cuando el deudor era una persona física, y por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 CC, las deudas que no se habían extinguido con el concurso, seguían siendo de su responsabilidad hasta su completa

¹³ Hay quienes entienden que la segunda oportunidad no se introduce hasta 2015. Nosotros, sin embargo, creemos que la institución se introdujo, aunque con escasa eficacia, en 2013 y así lo hemos puesto de manifiesto en trabajos anteriores. Vid. L.M. ESTEBAN RAMOS, “El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Especial referencia al requisito del previo acuerdo extrajudicial de pagos”, *Estudios sobre el Derecho de la Insolvencia*, León: Eolas Ediciones, 2016, 747-748; y IDEM, “Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la segunda oportunidad”, *RDCP* 31 (2019). En el mismo sentido, por ejemplo, R. CABANAS TREJO, “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)”, *Diario la Ley*, n° 8505, Sección Doctrina, de 23 de marzo de 2015; M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”; S. SENENT MARTÍNEZ, “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/2013, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”; *RDCP* 32 (2020). Para quien la Ley 14/2013 constituyó un primer intento muy limitado de abordar la ausencia de un sistema de segunda oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico y en “Artículos 486 a 502”, en PULGAR EZQUERRA, dir. *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, t. II, J., 2.ª ed., La Ley, 2020, 2092.

satisfacción. Esta diferencia de trato se traduce en graves consecuencias, tales como que muchas personas físicas se vieran abocadas a realizar su actividad en el ámbito de la economía sumergida¹⁴, quedando al margen de la actividad económica regular. Esto, que evidentemente perjudica de forma directa a los afectados, tiene transcendencia más allá, por ejemplo, en el ámbito de recaudación de impuestos.

La Ley 14/2013 supuso un avance en el ámbito de la protección del concursado persona física, al acercar su situación, al menos teóricamente, a la de las personas jurídicas¹⁵. Por ello, y aunque es cierto que la institución de la segunda oportunidad tuvo inicialmente escasa aplicación práctica, su introducción merece un juicio positivo, al permitir la liberación del deudor y la reanudación de su actividad normal, especialmente, si se trata de un empresario. El escaso éxito de la institución se debió, principalmente, a su poco acertada regulación que exigía, para poder obtener la exoneración, la previa satisfacción de un elevado umbral del pasivo, que incluía los siguientes créditos: los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y el 25% de los créditos ordinarios. Por ello, se hizo necesaria su modificación, que se llevó a cabo con la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, con la que se pretende conseguir que el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho se convierta en una verdadera segunda oportunidad¹⁶. A partir de esta reforma, el beneficio de exoneración del pasivo insatis-

¹⁴ M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. Nos recuerda que condenar al ciudadano a la exclusión social tiene un coste público; M.A. BLÁZQUEZ GODOY, “La liberación de deudas en los particulares”, in *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, Eolas ediciones, 2016, 733. Con el artículo 1911 CC, al deudor persona física no le resultaba fructífero acudir al concurso ya que no le permitía volver a empezar.

¹⁵ L.M. ESTEBAN RAMOS, “Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos”.

¹⁶ Todavía con esta reforma se sigue poniendo en tela de juicio la efectividad de la regulación de la segunda oportunidad en el derecho español. Vid. P.L. VIGUER SOLER, “Análisis crítico del RDL 1/2015 sobre “segunda oportunidad”: expectativas, luces y sombras”, *Diario La Ley*, n.º 8592, Sección Doctrina, 29 de julio de 2015. Esta reforma sigue sin crear ese proceso sencillo, ágil, eficaz y barato para abordar la insolvencia de los consumidores y los pequeños empresarios que recomienda la UE; M. CUENA CASAS, “El nuevo régimen de segunda oportunidad”. El modelo acogido por el legislador español es un modelo híbrido, sin coherencia interna.

fecho pasó a estar regulado en el artículo 178 bis LC, introducido por la Ley 25/2015, donde se añadió la posibilidad de obtener la exoneración sin necesidad de la previa satisfacción de un umbral de pasivo, comprometiéndose el deudor a aceptar un plan de pagos que recoja la forma de satisfacerlo en un determinado período de tiempo.

1.1. Requisitos para la obtención del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho

El artículo 178.2 LC, conforme a la redacción dada al mismo por la Ley 14/2013, establecía que la resolución judicial que declarase la conclusión del concurso de una persona natural por liquidación de la masa activa, declarará la remisión de las deudas insatisfechas, si el concurso no ha sido declarado culpable y, además, el deudor no ha sido condenado por delito de insolvencia punible u otros delitos relacionados con el concurso. Para ello, era preciso que el deudor hubiera satisfecho íntegramente los créditos contra la masa, los concursales privilegiados y el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios. Si hubiera intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, no era necesario que hubiera satisfecho el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios.

Como ya hemos apuntado, el establecimiento de un umbral de pasivo tan elevado, resultó ser una de las razones determinantes del fracaso de la institución.

La Ley 25/2015, modificó los requisitos de acceso a la segunda oportunidad. En primer lugar, se exigía que el deudor fuera una persona física, con independencia de que sea o no empresario¹⁷, y que previamente se hubiera tramitado un procedimiento concursal y que este hubiera concluido por liquidación o insuficiencia de masa activa.

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho no operaba de forma automática, siendo preciso que el deudor lo solicitara al juez del concurso, dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para

¹⁷ L.M. ESTEBAN RAMOS, “Segunda oportunidad”. La justificación del reconocimiento de la segunda oportunidad al deudor persona física, no se encuentra en su condición empresarial o no, sino en las graves consecuencias que para el mismo derivan del impago de sus deudas.

poder oponerse a la conclusión del concurso. En relación con esta exigencia, nos planteamos si no resultaría más adecuado, en aras a la más pronta recuperación del deudor, que una vez concluido el concurso en las circunstancias indicadas, procediera la exoneración sin necesidad de solicitud previa del deudor, lo que podría, además, actuar como incentivo para que los acreedores intentaran lograr un acuerdo con el deudor¹⁸.

Otro de los requisitos al que hay que prestar especial atención, es a la exigencia de la concurrencia de la buena fe del deudor, requisito añadido con la reforma de 2015. La imposición de este requisito se justifica en el hecho de que la segunda oportunidad, si bien supone un beneficio para el deudor implica, como ya hemos anticipado, que determinados acreedores van a resultar perjudicados al ver su crédito extinguido¹⁹. Por ello, no puede ampararse cualquier conducta del deudor. No es procedente proteger conductas imprudentes o realizadas con la única intención de liberarse de sus deudas²⁰. Se trata de justificar el sacrificio que la exoneración supone para los acreedores del deudor. Por tanto, nos parece correcto la introducción de este requisito, lo que no nos parece tanto, es como se ha hecho, ya que el legislador al definir la buena fe utiliza tanto criterios objetivos como subjetivos, algunos de los cuales poco o nada tienen que ver con la buena fe y, sin embargo, actúan como im-

¹⁸ N. LATORRE CHINER, “La segunda oportunidad en el derecho español. Propuestas para una reforma”, in *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, León: Eolas Ediciones, 2016, 766. Anticipar las intenciones del deudor podría servir como revulsivo a los acreedores, predisponiéndoles favorablemente a conseguir un convenio con el concursado; M. CUENA CASAS, “El nuevo régimen de la segunda oportunidad”. Para quien lo natural es que todos los deudores soliciten la exoneración, ya que su obtención es el único interés que tiene el concurso para ellos; P. RUBIO VICENTE, “Segunda oportunidad o una nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal”, *RDCP* 24 (2016); L.M. ESTEBAN RAMOS, “Segunda oportunidad”.

¹⁹ M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. La exigencia de buena fe del deudor, trata de equilibrar los derechos de los acreedores sacrificados y los del deudor, preservando la cultura del pago y atajando las consecuencias del sobreendeudamiento pasivo.

²⁰ S. SENENT MARTÍNEZ, “Artículos 486 a 502”, 2092. Se trata de proteger al deudor de buena fe, honesto, pero desafortunado, excluyendo a quienes han llevado a cabo conductas censurables.

pedimento para acceder a la exoneración²¹. En cualquier caso, el establecimiento de requisitos definidores de la buena fe del deudor, implica que ésta no se determina de forma discrecional por el juez²².

Los requisitos para determinar la buena fe del deudor eran los siguientes²³:

- Que el concurso no hubiera sido declarado culpable²⁴. No parece de recibo conceder una segunda oportunidad a quien ha actuado con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia.
No obstante, si la razón por la que se declara culpable el concurso es porque el deudor ha incumplido su deber de solicitar el concurso, es posible que el juez pueda reconocer el beneficio de la exoneración²⁵. El juez negará la segunda oportunidad en aquellos supuestos en los que se aprecien conductas intencionales o claramente imprudentes por parte del deudor.
- El deudor no debía haber sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socio económico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en

²¹ L.M. ESTEBAN RAMOS, “Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos”.

²² L.A. SÁNCHEZ PACHÓN, “El problema de la exclusión de los créditos de derecho público del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Ley Concursal (Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020)”, *RDGP* 34 (2021), nota 3. La buena fe a la que se refiere el legislador concursal, es una buena fe normativizada u objetivada.

²³ A.B. CAMPUZANO, “La segunda oportunidad y su incidencia en el sobreendeudamiento de las personas físicas en el ordenamiento jurídico español”, in *Estudios sobre Derecho de la insolvencia*, Eolas Ediciones, 2016, 668-670. Para considerar que el deudor lo es de buena fe, han de concurrir todas las circunstancias, ya que la oposición a la solvencia del deudor, puede basarse en la inobservancia de alguno de los requisitos legalmente enumerados.

²⁴ S. SENENT MARTÍNEZ, “Artículos 486 a 502”, 2096-2097. Quien no está muy de acuerdo con esta excepción.

²⁵ S. SENENT MARTÍNEZ, “Artículos 486 a 502”, 2096. El carácter fortuito del concurso es un presupuesto básico del beneficio de exoneración.

los 10 años anteriores a la declaración del concurso²⁶. En el supuesto en que existiera un proceso pendiente, el juez debería suspender su decisión hasta que existiera sentencia penal firme. Atendiendo al tipo de delitos que condicionan el acceso a la segunda oportunidad, se comprende fácilmente su inclusión. La comisión de estos delitos, hace dudar de la corrección de conductas futuras.

- Concurriendo los requisitos legalmente establecidos para intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, al deudor se le exigía haberlo celebrado o, al menos, haberlo intentado celebrar. Se trata de un requisito de carácter objetivo que generaba muchas dudas tanto en cuanto a su alcance, como en relación a su justificación.

Nos parece que el texto legal no quedaba claro si para obtener la exoneración era imprescindible haber intentado el acuerdo extrajudicial, si concurrían los requisitos para ello, o si ese intento únicamente tenía transcendencia a la hora de determinar el alcance de la exoneración²⁷. Lo que sí parecía claro, es que este presupuesto no resultaba exigible a aquellos deudores que no reunieran los requisitos necesarios para intentarlo.

En cuanto a la justificación de este requisito, parece que lo que se pretende es que el deudor haya agotado todas las posibilidades a su alcance para extinguir sus deudas, antes de solicitar su perdón. Sin embargo, resulta excesivo condicionar la exoneración a este trámite previo, en particular, en aquellos supuestos en los que sea totalmente imposible lograr un acuerdo con los acreedores, porque el deudor no tiene nada que ofrecerles. En estos casos, esta exigencia va a suponer, como mínimo, un retraso en las actuaciones, así como un incremento en los costes, lo que llevaría a un mayor empobrecimiento del deudor. No

²⁶ L.M. ESTEBAN RAMOS, “Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos”. Ponemos de manifiesto que la redacción de este apartado ha mejorado considerablemente en relación con el texto introducido en la reforma de 2013.

²⁷ L.M. ESTEBAN RAMOS, “Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos”. En este trabajo poníamos de manifiesto la necesidad de que se aclarase este aspecto legalmente.

debemos olvidar que los gastos derivados de la tramitación de este expediente, constituyen créditos contra la masa, cuyo abono es ineludible para acceder a la segunda oportunidad. Además, se estaría favoreciendo a los deudores mejor asesorados, que son quienes pueden saber que para obtener la exoneración de sus deudas deben acudir a este trámite preconcursal²⁸.

A pesar de las dudas que este requisito generaba, con la ley en la mano los argumentos a favor de considerarlo como presupuesto ineludible eran varios, tales como el hecho de que apareciera recogido en un apartado específico, separado de las dos alternativas que se proponen para obtener la exoneración²⁹. Esa fue la interpretación acogida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de julio de 2019, donde estableció que al margen de la alternativa que se siguiera para obtener la exoneración, era preciso haber acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso. Otro de los problemas que planteaba este requisito, se refería a qué debía entenderse por intento de acuerdo extrajudicial de pagos. Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de marzo de 2019, donde indicaba que, para poder hablar de intento efectivo de acuerdo extrajudicial, era preciso que hubiera existido una propuesta real a los acreedores, con independencia de que esa propuesta hubiera sido o no aceptada por los mismos. Con ello, se pretende incentivar a los acreedores a aceptar acuerdos extrajudiciales ya que, en otro caso, el deudor podría obtener el perdón de sus deudas pagando únicamente los créditos contra la masa y los privile-

²⁸ Estas críticas ya las realizamos en trabajos anteriores. Vid. L.M. ESTEBAN RAMOS, “Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos”.

²⁹ R. CABANAS TREJO / A. RIVAS RUIZ, *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente*, Barcelona, 2020, 330-331. Para quien la exigencia del previo intento de acuerdo extrajudicial de pagos no es un requisito independiente, que debe ponerse en conexión con el siguiente. Por tanto, la existencia o no de ese intento, únicamente afectaba al umbral de pasivo a satisfacer para poder acceder a la exoneración. También señala que esta interpretación suya se encuentra en las antípodas de la que posteriormente proporcionó el TS en su sentencia de 2 de julio de 2019.

giados. En el supuesto objeto de enjuiciamiento, donde se proponía a los acreedores el perdón del 100% de la deuda, el TS entendió que no había existido intento de acuerdo, ya que esa propuesta es equivalente a no ofrecer nada³⁰. Esto no significa, sin embargo, que una propuesta en estos términos, sea un contenido prohibido para el acuerdo extrajudicial de pagos.

- Por último, se hacía referencia a requisitos diferentes, en función de cuál fuera la vía por la que se optase a la exoneración.

En la primera opción, se exige que el deudor haya satisfecho un determinado umbral de pasivo. Y aquí, se distingue en función de que hubiera o no intentado o celebrado el acuerdo extrajudicial de pagos. Si lo ha hecho, basta con que satisfaga íntegramente el importe de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. En otro caso, es preciso que, además, haya satisfecho el 25% del importe de los créditos ordinarios.

Este requisito puede resultar especialmente difícil de cumplir ya que, en muchos casos, equivaldría a que el deudor ha hecho frente a prácticamente todas sus deudas, con lo cual, no tendría deudas que perdonar³¹. No podemos olvidar que entre los créditos que necesariamente deben satisfacerse con carácter previo se encuentran, por ejemplo, los créditos hipotecarios, que constituyen el gran elemento de endeudamiento de la mayor parte de las personas físicas. En cualquier caso, el que se tenga en cuenta la capacidad económica del deudor para determinar su buena fe a efectos de acceder a la exoneración, resulta totalmente inadecuado³².

³⁰ Antes de la aprobación del TRLC, el art. 17 del el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, aprobado en el período de confinamiento consecuencia de la COVID 19 en España, establecía que, durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma, se consideraría intentado el acuerdo, si se producen dos faltas de aceptación por el mediador para ser designado. El Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, extiende ese plazo hasta el 31 de diciembre de 2021.

³¹ S. SENENT MARTÍNEZ, “Hacia un nuevo sistema de exoneración”. La exigencia de abono de los créditos privilegiados perjudica a los deudores empresarios frente a los que no lo son, ya que aquéllos, suelen asumir un mayor pasivo privilegiado, tanto general como especial, por lo que es difícil que puedan hacer frente a ese umbral de pasivo.

³² M. CUENA CASAS, “Segunda oportunidad y crédito público (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremos de 2 de julio de 2019)”, en *HAY DERE-*

La segunda opción se introdujo con la Ley 25/2015, para dar respuesta a la escasa eficacia de la institución. Con ella, se permitió el acceso a la segunda oportunidad también a los deudores que no pudieran satisfacer el umbral de pasivo fijado en el momento de la solicitud de exoneración, pero que estaban dispuestos a hacerlo aceptando someterse a un plan de pagos. Para acceder a esta opción, se debían cumplir una serie de requisitos:

- Que el deudor aceptara someterse al plan de pagos.
- Que no hubiera incumplido las obligaciones de colaboración que recaen sobre el deudor una vez declarado el concurso.
- No haber obtenido este beneficio en los diez años últimos.
- No haber rechazado una oferta de empleo adecuada a su capacidad en los cuatro años antes a la declaración del concurso.
- Aceptar expresamente, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención del beneficio conste en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años, a la que sólo tendrán acceso las personas que tengan un interés legítimo en averiguar la situación del deudor.

Ya hemos tenido ocasión de mostrar nuestra disconformidad en relación a la exigencia de determinados requisitos específicos para esta forma de acceso a la exoneración³³. Es el caso, por ejemplo, de no haber rechazado una oferta de empleo adecuada en los cuatro años anteriores a la declaración del concurso, o el de no haber obtenido el beneficio en los diez últimos años. Esto significa que si el deudor puede hacer frente al umbral de pasivo mínimo para acudir al sistema general, ¿puede obtener la exoneración sin ninguna limitación?. O, y esto es aún más grave en las circunstancias actuales, ¿quién haya rechazado una oferta laboral, debe quedar fuera?. Si realmente hay razones que justifiquen estas restricciones en el régimen especial, también existirán en el régimen general, ya que las consecuencias son las mismas, que ciertos acreedores van a ver diluirse sus expectativas de cobro.

CHO. *Expansión* (29 de julio de 2019), califica de demencial que la capacidad económica sea un ingrediente de la buena fe en un sistema de segunda oportunidad.

³³ L.M. ESTEBAN RAMOS. “Segunda oportunidad”; S. SENENT MARTÍNEZ, “Artículos 486 a 502”, 2099-2100.

1.2. *Alcance de la exoneración*

La exoneración, como hemos visto, no alcanzaba a todos los créditos del deudor ya que es precisa la satisfacción de unos mínimos, ya sea con carácter previo a la solicitud, ya durante el plazo de cumplimiento del plan de pagos.

La exoneración se concede con carácter provisional³⁴. En la primera opción, para que se convierta en definitiva es preciso que transcurran cinco años desde su concesión, y que durante ese período no se haya revocado el beneficio.

En el caso de sometimiento a un plan de pagos, es necesario que se cumpla el plan propuesto. No obstante, se reconoce la posibilidad de obtener el beneficio sin haber cumplido el plan, siempre que se hubiera destinado a dicho cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos que no tengan la consideración de bienes inembargables durante el plazo de cinco años desde que se concede provisionalmente el beneficio, o la cuarta parte si concurren las circunstancias legalmente previstas en relación con los deudores hipotecarios sin recursos³⁵.

La ley no deja claro si para obtener la exoneración definitiva por la primera vía es necesaria la solicitud del deudor. Sí lo es cuando se opta por un plan de pagos, ya que se indica expresamente que el juez dictará auto declarando definitiva la exoneración a solicitud del deudor.

³⁴ N. LATORRE CHINER, “La segunda oportunidad en el derecho español”, 765. La particularidad del sistema español, que lo hace especialmente restrictivo, es que al deudor se le somete a un período de prueba plurianual a efectos de obtener la exoneración definitiva. El período de 5 años parece lógico en el supuesto del plan de pagos, pero no en el otro; M. CUENA CASAS, “El nuevo régimen de la segunda oportunidad”. La exoneración, conforme al tenor literal del artículo 178.bis 4 LC, es provisional sea cual sea la vía de acceso a la misma, a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley que introdujo ese artículo dijera que la exoneración es automática cuando el deudor hubiera satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los privilegiados y, en su caso, el 25 % de los concursales ordinarios.

³⁵ M.M. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Acuerdo extrajudicial de pagos, segunda oportunidad, Administración y crédito público”, *RDCP* 24 (2016). Crítica las dudas interpretativas que genera el precepto, en particular, al no aclarar qué se entiende por “las circunstancias del caso”.

2. La segunda oportunidad en el TRLC

En este epígrafe, nos vamos a centrar en resaltar los cambios o mejoras que ha supuesto la aprobación del TRLC en lo que respecta al régimen de la segunda oportunidad. En determinados aspectos, sí se ha cumplido con el objetivo de regular, aclarar y armonizar la normativa concursal, en la medida en que se resuelven algunas de las dudas que se generaban en relación con el texto anterior. Sin embargo, en otros, se pone en duda si el gobierno se ha excedido en el cumplimiento de la delegación³⁶.

Queremos volver a recordar, que el TRLC es la normativa vigente en España en este momento y que es la que vamos a tratar, aunque hay un Anteproyecto de reforma del mismo, que le afecta de manera significativa y que de aprobarse, supondría importantes cambios en el ámbito concursal.

En cualquier caso, está claro que la regulación de la segunda oportunidad en el TRLC es mucho más ordenada y sistemática que la recogida en el texto anteriormente vigente, pasando de estar incluida en un único artículo, a estarlo en diecisiete.

Se mantienen las dos formas de acceso a la segunda oportunidad, distinguiendo entre el denominado régimen general, que exige la previa satisfacción de un determinado umbral de pasivo, y el régimen especial, que implica el sometimiento a un plan de pagos para hacer frente a los créditos no exonerables. La primera opción parece prevista para los concursos con masa que acaban con liquidación, mientras que el régimen especial se acomoda mejor a los concursos sin masa, en los que el deudor no tiene capacidad para hacer frente a sus deudas³⁷.

Uno de los aspectos cuya mejora merece destacar, es que en el TRLC la determinación de la buena fe del deudor se realiza ahora únicamente

³⁶ A. SENDRA ALBIÑANA, “Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal, ¿ultra vires?”, *RDCP*, 34, 2021. El resultado es que la función de la refundición, que debería conllevar una mayor seguridad jurídica, ha creado nuevos caminos que suscitan el quebranto del principio de seguridad jurídica.

³⁷ El anteproyecto no habla de régimen general y especial, sino de exoneración con plan de pagos, sin previa liquidación de la masa activa, y de exoneración con liquidación de la masa activa, introduciendo significativas modificaciones que, por razones obvias, no vamos a tratar en tanto que no son derecho vigente.

en base a criterios de carácter subjetivo, exigiendo que el concurso no haya sido declarado culpable y que el deudor no haya sido condenado por determinados delitos. Por ello, tanto el requisito del previo intento de acuerdo extrajudicial de pagos, como el de la satisfacción de un umbral de pasivo, dejan de ser definitorios de la buena fe del deudor, pasando a serlo del presupuesto objetivo. Presupuesto objetivo que cambia para el régimen especial.

En lo que respecta a las dudas que planteaba el intento previo de acuerdo extrajudicial de pagos como requisito de acceso a la segunda oportunidad para aquellos deudores que cumplieran los requisitos para poder intentarlo, afortunadamente hoy quedan resueltas³⁸. La única consecuencia derivada de no haber agotado esta vía previa, consiste en la elevación del importe del umbral de pasivo que ha de satisfacerse para poder acceder a la exoneración. No obstante, la duda solo queda plenamente resuelta en lo que respecta al régimen general ya que, para el régimen especial, el artículo 493 TRLC dice que, aunque el deudor de buena fe no reúna el presupuesto objetivo establecido para el régimen general puede solicitar la exoneración con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quedaría exonerada. Evidentemente, el no reunir el presupuesto objetivo se refiere a la imposibilidad de hacer frente al umbral de pasivo exigido. Lo que ya no resulta tan claro, es si también el previo intento de acuerdo extrajudicial de pagos afecta al importe de pasivo que resulta exonerado. Esta cuestión tiene transcendencia si tenemos en cuenta el tipo de deudor que presumiblemente acude a esta vía de exoneración, para quien resulta muy difícil lograr un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, porque tiene poco que ofrecerles, por lo que es presumible que no acuda a este expediente en muchos casos. Un argumento a favor de que en este caso no se tiene en cuenta el intento de acuerdo extrajudicial a la hora de determinar el pasivo exonerable lo podemos encontrar en el artículo 497, que al indicar el alcance de la exoneración alude a créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, salvo los de derecho público y por alimentos, no menciona este dato.

³⁸ R. CABANAS TREJO / A. RIVAS RUIZ, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, 335. Este cambio, que modifica la postura del TS, debe ser bienvenido.

En relación a qué debe entenderse por intento de acuerdo extrajudicial de pagos a estos efectos, podría entenderse vigente la doctrina del TS contenida en la sentencia de 13 de marzo de 2019.

En lo que respecta al alcance de la exoneración, el TRLC introduce algunos cambios respecto a la LC, en concreto, en relación a los créditos de derecho público y por alimentos (nos remitimos al epígrafe siguiente para abordar este tema).

Otro de los aspectos que aclara el TRLC, es el relativo a los trámites necesarios para la exoneración. Nos parece interesante recordar que el TRLC reconoce expresamente la posibilidad de modificar el régimen de acceso a la exoneración contenido en la solicitud. La mencionada STS de 2 de julio de 2019, a pesar de que la LC no establecía esta posibilidad, afirmaba que dicha ley no establecía un procedimiento rígido para solicitar la exoneración, lo que hacía posible variar la opción inicial.

La exoneración obtenida conforme al régimen general se obtiene con carácter definitivo, aunque puede ser objeto de revocación en el plazo de cinco años desde su concesión. Cualquier acreedor puede solicitar al juez del concurso la revocación, si en ese plazo se constata que el deudor ha ocultado la existencia de bienes o derechos o ingresos, salvo que fueran inembargables. Ha de entenderse que la revocación solo se produce cuando los bienes ocultados existieran antes de la concesión del beneficio. Los obtenidos posteriormente, no serían tenidos en cuenta³⁹.

En el régimen especial, la exoneración se obtiene de forma provisional⁴⁰, a la espera del cumplimiento del plan de pagos. Durante ese período, a la causa de revocación prevista en el régimen general, se añaden otras, respecto de algunas de las cuales es difícil justificar su exigencia únicamente en esta modalidad⁴¹. Así, no plantea dudas la relativa al incumplimiento del plan de pagos⁴². Pero alguna sí las plantea, como la

³⁹ S. SENENT MARTÍNEZ, “Artículos 486 a 502”, 2018-2019. La mejora de fortuna no es causa de revocación del beneficio.

⁴⁰ R. CABANAS TREJO / A. RIVAS RUIZ, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, 334-335. Más que una extinción definitiva de los créditos exonerados, hay una imposibilidad de reclamarlos, de momento.

⁴¹ S. SENENT MARTÍNEZ, “Artículos 486 a 502”, 2123. Considera discriminatorio el tratamiento diferente en función de la vía de acceso a la exoneración.

⁴² Aunque entendemos que resulta adecuada la revocación de la exoneración cuando se incumple el plan, creemos que es oportuno hacer algunas reflexiones al res-

relativa a la mejora sustancial de su situación económica por diversas causas, como la herencia, o juegos de suerte. No es fácil entender el por qué se sitúa en peor situación a quien tiene más dificultades económicas. Además, revocar el beneficio cuando el deudor ha mejorado su situación económica, aunque no haya sido precisamente como consecuencia de su actividad económica, no tendría sentido, ya que esos ingresos ayudarían a cumplir el plan de pagos.

Para obtener la exoneración definitiva, es preciso que haya transcurrido el plazo previsto para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado, que lo solicite el deudor y que lo decida el juez por medio de auto. A diferencia de lo que establecía la LC, la exoneración definitiva no es susceptible de revocación en el supuesto del régimen especial, una vez que ha transcurrido el plazo para cumplir el plan de pagos, sin que haya sido revocado el beneficio.

Como ya indicamos al hablar de la LC, es posible obtener la exoneración definitiva, aunque no se cumpla el plan de pagos en su integridad, si se dan las circunstancias establecidas que demuestran un claro esfuerzo por parte del deudor y la imposibilidad de cumplirlo.

pecto, en línea con lo establecido en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 10 de febrero de 2020. Se indica que cuando el deudor prevé un plan de pagos que no es conforme con el nivel de sus ingresos, es lógico que no lo pueda cumplir. Eso supondría quedar en manos de los acreedores, como legitimados para solicitar la revocación, en particular de aquellos cuyos créditos han sido exonerados. Para evitar esto, entiende que debería aprobarse un plan de pagos, aunque con los ingresos previstos no puedan llegar a pagarse todos los créditos no exonerados, siempre que se destine al pago de los mismos el porcentaje de renta que se establece como presupuesto para permitir la exoneración. Por tanto, a la hora de aprobar el plan de pagos, el juez debe conocer las circunstancias personales y económicas del deudor. Esto supondría equilibrar razonablemente los derechos del deudor y los de los acreedores, ya que el deudor puede obtener la exoneración definitiva y a los acreedores se les garantiza que el deudor ha realizado un esfuerzo razonable para el pago. Señala, además, que esa parece que es la posición que mantiene el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de julio de 2019.

3. Adaptaciones exigidas por la Directiva (UE) 2019/1023⁴³

La Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)⁴⁴ tiene, entre otros, el objetivo de que *los empresarios de buena fe insolventes o sobreendudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad*⁴⁵. Su transposición debe hacerse antes del 17 de julio de 2022 y va a obligar a realizar algunas modificaciones en el recientemente aprobado TRLC, pudiendo ser una oportunidad para modificar de forma significativa este expediente⁴⁶.

⁴³ M. CARPUS-CARCEA, “Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: un enfoque medido para armonizar el equilibrio deudor-acreedores”, *RDCP* 32 (2020). Es la primera vez que un instrumento europeo consigue armonizar partes importantes de las normativas nacionales sobre insolvencia de los Estados miembros de la Unión Europea, y lo hace mediante la introducción de mecanismos comunes para equilibrar los intereses de los acreedores y deudores que habían sido tratados de forma muy diversa por los Estados miembros.

Dado que no siempre ha existido consenso entre los Estados miembros sobre cómo equilibrar los intereses de los acreedores y deudores en un escenario de reestructuración o insolvencia, los Estados conservan cierto margen de flexibilidad en la transposición de la Directiva.

⁴⁴ M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. Una de las razones que llevaron a la Comisión a introducir medidas favorecedoras de la unidad en el régimen jurídico de la exoneración del pasivo insatisfecho del empresario insolvente en los Estados miembros, es la prueba de que los empresarios honrados a los que se les concede una segunda oportunidad tienen más éxito.

⁴⁵ L.M. ESTEBAN RAMOS, “Segunda oportunidad”. La crisis económica generada por la pandemia, hace aún más necesaria la existencia de un derecho armonizado en materia de insolvencia, en el marco de la UE. Es fundamental lograr un mayor grado de armonización para el buen funcionamiento del Mercado Interior y de la Unión del Mercado de Capitales.

⁴⁶ R. CABANAS TREJO / A. RIVAS RUIZ, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, 344.

El texto que recoge esas modificaciones para adaptar la normativa española a la Directiva, es el mencionado Anteproyecto, que recoge en materia de exoneración significativas modificaciones.

Como ya hemos apuntado, para nosotros lo más oportuno hubiera sido aprobar el texto refundido incluyendo todas aquellas adaptaciones exigidas por el Derecho comunitario, y no hacerlo de forma apresurada para tener que modificarlo tan pronto. La extraordinaria situación actual podría haberse solventado con reformas puntuales en la LC, y posponer la aprobación del Texto refundido para un momento posterior, que permitiera cumplir con las exigencias de la Directiva. Volvemos a repetir la historia de la LC, marcada por múltiples reformas, ya que el texto refundido nace para ser modificado de forma inmediata, lo que no tienen sentido, ya que, si su aprobación pretendía poner fin a los problemas derivados de tantas reformas, lo oportuno hubiera sido aprobar un texto que no estuviera sujeto a una modificación tan temprana. La reforma que debe acometerse en poco tiempo, ni viene exigida por circunstancias sobrevenidas que no se podían prever, ni por la enseñanza derivada de la aplicación de una norma, que muestra aquellos aspectos que deben ser mejorados, sino que la reforma ha de realizarse por prescindir de las indicaciones establecidas en la normativa comunitaria.

La Directiva no incluye normas sobre el sobreendeudamiento de los consumidores, sin embargo, en su considerando número 21 recomienda a los Estados miembros que les apliquen las disposiciones de la Directiva en materia de exoneración de deudas. El derecho español, como sabemos, ya incluye a los consumidores dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre segunda oportunidad⁴⁷.

La Directiva, a diferencia del derecho español, no condiciona el beneficio de exoneración a la buena fe del deudor. La concurrencia de mala fe es contemplada como una de las excepciones que pueden tener en cuenta los Estados miembros a la hora de denegar o restringir el acceso a la segunda oportunidad⁴⁸. En este sentido, creemos que la opción adoptada por el legislador español es correcta en la medida que parece

⁴⁷ M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. A quien le resulta llamativo que la Directiva mantenga la recomendación que ya recogía la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre el nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, a pesar de que se ha comprobado que ese mecanismo no ha funcionado.

⁴⁸ S. SENENT MARTÍNEZ, “Hacia un nuevo sistema de exoneración”. No hay problema en mantener el sistema actual. Considera que no es merecedor de la exoneración quien ha generado o agravado su propia insolvencia.

necesario conceder la segunda oportunidad a quien realmente lo merece, dado el alcance que la misma tiene frente a terceros.

Aunque la Directiva deja margen de discrecionalidad a los Estados miembros a la hora de regular la exoneración de deudas⁴⁹, sí existen ciertos aspectos que van a obligar a realizar modificaciones en el derecho español.

En cuanto a los aspectos que será necesario revisar, a la hora de determinar el pasivo a satisfacer para poder lograr la exoneración, la Directiva establece que se han de tener en cuenta las circunstancias particulares del deudor, así como el interés equitativo de los acreedores⁵⁰.

Respecto a la situación particular del deudor, supondría que no se puede establecer un porcentaje en abstracto sin atender a la capacidad del deudor para poder satisfacerlo, como se establece ahora en el TRLC⁵¹. Las obligaciones de desembolso impuestas por los Estados miembros, han de ser proporcionales a los activos del empresario en el plazo de exoneración⁵². Atendiendo a este dato, la exoneración podría cumplir realmente su objetivo ya que el plan de pagos se ajustaría a la concreta situación de cada deudor, favoreciendo su recuperación.

En relación al segundo aspecto⁵³, no debemos olvidar que los acree-

⁴⁹ L.M. ESTEBAN RAMOS, “Segunda oportunidad”. Esta discrecionalidad supone un obstáculo al logro de un modelo único y a la uniformidad; S. SENENT MARTÍNEZ, “Hacia un nuevo sistema de exoneración”. Hay tres aspectos esenciales: el empresario tiene derecho a la exoneración plena de sus deudas, el plazo para obtener la exoneración no puede superar los tres años y el plan de pagos debe tener en cuenta la situación individual del empresario y ser proporcionado a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración.

⁵⁰ El Anteproyecto reconoce la posibilidad de declarar no exonerables deudas que en principio sí lo serían, para evitar la insolvencia del acreedor afectado por la extinción del crédito.

⁵¹ El Anteproyecto no incluye esos porcentajes.

⁵² M. CARPUS-CARCEA, “Directiva (UE) 2019/1023”. El establecimiento de un porcentaje en abstracto supondría un obstáculo a la exoneración; S. SENENT MARTÍNEZ, “Hacia un nuevo sistema de exoneración”. No será posible que para aprobar un plan de pagos se exija un umbral mínimo objetivo de pasivo con carácter general, sino que habrá que analizar cada caso concreto.

⁵³ M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. Nos recuerda que la referencia a los acreedores no aparecía recogida en el Proyecto de Directiva y que su introducción por el Parlamento probablemente se debió a las presiones de los acreedores bancarios.

dores son los grandes afectados por la exoneración y, en muchos casos, ese perdón de las deudas les puede llevar a una situación muy complicada, más aún en la situación actual, donde la crisis ha arrasado tantos negocios. Con la solución contenida en la Directiva sería posible, por ejemplo, que el juez ordenara el pago preferente a acreedores que se encuentren en una situación particularmente grave⁵⁴.

Otro aspecto que debe modificarse, es el relativo al plazo para obtener la exoneración que, conforme a la Directiva, no puede superar los tres años, cuando el TRLC permite que el cumplimiento del plan de pagos se extienda a cinco años. Lo que sí permite la Directiva, es que se introduzcan excepciones que impliquen plazos más largos para obtener la plena exoneración en los supuestos que deben estar justificados en el Derecho nacional.

La reducción del plazo beneficiará la recuperación del deudor. La profesora Cuenca Casas⁵⁵ nos recuerda que existen estudios empíricos que demuestran la relación existente entre la duración del período en el que se obtiene la exoneración, el nivel de iniciativa empresarial y los niveles de creación de empleo. Está claro que si el período de recuperación es menor, será mayor la iniciativa empresarial.

III. EL TRATAMIENTO DEL CRÉDITO PÚBLICO EN EL ÁMBITO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD

En la composición del pasivo del deudor el crédito público⁵⁶ ocupa, en la mayor parte de los casos, un lugar significativo, en particular,

⁵⁴ M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”.

⁵⁵ M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. Ver la referencia a los autores del estudio.

⁵⁶ S. SENENT MARTÍNEZ, “Artículos 486 a 502”, 2015. Sobre qué créditos pueden considerarse públicos; M.M. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Acuerdo extrajudicial de pagos”. No es adecuado establecer un binomio administración pública-crédito público por no ser conceptos equivalentes. Una administración puede ser titular también de créditos privados. Por otra parte, dice que no puede criticarse el hecho de que la LC no defina qué se entiende por crédito público, ya ese no es su objeto. Vid. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013, donde se incluyó una amplia definición de crédito público a efectos concursales.

cuando el deudor sea un empresario. Por eso, el que esté o no excluido de la exoneración, es algo que sí debe preocupar y quedar claramente determinado para evitar interpretaciones contradictorias.

En principio, y con independencia de lo que establece el *TRLR* al respecto, cuyo análisis constituye el objeto de este epígrafe, el ordenamiento jurídico español no cierra la posibilidad al perdón de los créditos públicos. Así, el artículo 75 de la Ley 58/2003, de 7 de diciembre, General Tributaria, establece que los créditos tributarios sólo podrán condonarse en virtud de la ley, que debe fijar la cuantía y los requisitos necesarios. El artículo 7 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, también permite la concesión de exenciones y condonaciones en los casos y formas establecidos por las leyes. El artículo 38 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al tratar del procedimiento de apremio ante la falta de pago de las deudas de la Seguridad Social, establece que el recurso de alzada contra la providencia de apremio será admisible, entre otros motivos, por condonación de la deuda. Es decir, la posibilidad de exonerar el crédito público, estaría amparada por la ley⁵⁷.

El *TRLR* concede un trato de favor a los créditos públicos⁵⁸, lo que se aprecia claramente en dos momentos diferentes.

En primer lugar, y como ya hemos apuntado al tratar del alcance de la exoneración, esta no afecta a los créditos de derecho público. Así se establece expresamente en el artículo 491, para el régimen general, y en el artículo 497, para el régimen especial. En este aspecto, el *TRLR* introduce cambios en relación con la *LC*, que están generando muchas dudas en la práctica jurisprudencial.

⁵⁷ A. SENDRA ALBIÑANA, “La exoneración del pasivo insatisfecho y el crédito público (Comentario a la STS 381 de 2 de junio de 2019)”, *RDCP* 32 (2020).

⁵⁸ A. SENDRA ALBIÑANA, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. Una de las mayores críticas al régimen español de exoneración procede del tratamiento que se da al crédito público; M.M. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Acuerdo extrajudicial de pagos”. Una de las características de la *LC* es el otorgamiento de trato preferencial a las administraciones públicas y, de manera singular, al crédito público. No obstante, nos recuerda que hay muchas voces en contra que entienden que los mecanismos de exoneración de deudas deberían contar con el sacrificio del crédito público.

En segundo lugar, para el régimen especial de exoneración el TRLC, como ya lo hacía la LC, establece que las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de créditos de derecho público se rigen por su normativa específica, lo que supone una remisión al derecho administrativo.

Han sido varias las críticas vertidas por la doctrina en relación al tratamiento dado al crédito público. Así, se ha dicho que ese tratamiento privilegiado supone una frustración de la aplicación práctica del sistema al impedir que el deudor insolvente pueda recomenzar; que incumple recomendaciones internacionales y tendencias modernas favorables a la extensión de la exoneración al crédito público para lograr la eficacia fáctica de la institución y que el Estado tenga el mismo tratamiento que los demás deudores; que la extensión a los créditos públicos reportaría beneficios al conjunto de la sociedad y al propio Estado ya que al recuperar al deudor, contribuirá al mantenimiento de las arcas públicas o que asimilaría el tratamiento recibido por los deudores personas físicas y jurídicas⁵⁹. También han existido pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, tanto antes como después de la publicación del TRLC. Por otra parte, desde el punto de vista de los acreedores, puede conllevar que un crédito subordinado tenga mejor tratamiento que un crédito ordinario, si aquél tiene la naturaleza de crédito público.

1. El alcance de la exoneración y los créditos públicos

La forma en que los créditos públicos han resultado afectados por la exoneración del pasivo insatisfecho, no ha sido igual a lo largo de la corta historia que esta institución tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1. *Tratamiento en la LC*

En la LC, para lo que hoy se denomina régimen general, la exoneración alcanzaba a los créditos públicos siempre que no se tratara de crédi-

⁵⁹ A. SENDRA ALBIÑANA, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. Es interesante consultar este trabajo, donde el autor recoge estas opiniones, con las citas correspondientes y, además, añade su propia opinión.

tos privilegiados o de créditos contra la masa. Esto no ocurría en los supuestos de sometimiento a un plan de pagos.

Este tratamiento diferenciado, en función de la vía de acceso a la exoneración, ponía de manifiesto una evidente discriminación⁶⁰ carente de toda justificación. Suponía tratar peor al deudor que ya se encontraba en peores condiciones, ya que quien acude al plan de pagos es quien no dispone de patrimonio suficiente para hacer frente, con carácter previo, al umbral de pasivo al que no alcanza exoneración, por lo que esta diferenciación, incrementa las dificultades para acceder a una verdadera segunda oportunidad.

Esa diferencia dio lugar a una polémica jurisprudencial⁶¹. En este sentido, hay que señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, donde se interpreta que la exoneración de los créditos públicos también resulta aplicable en los supuestos de sometimiento a un plan de pagos. Establece que la norma número 5.º del apartado tercero del artículo 178 bis LC *debe interpretarse sistemáticamente con el alcance de la exoneración previsto en el ordinal 4º del apartado tercero. Para la exoneración inmediata, si se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, habrá que haber pagado los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, y respecto del resto, sin distinción alguna, el deudor quedará exonerado.*

La ley, al articular la vía alternativa del ordinal 5.º, bajo la ratio de facilitar al máximo la concesión del beneficio, pretende facilitar el cumplimiento de este requisito del pago de los créditos contra la masa y privilegiados, y para ello le concede un plazo de cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento. Bajo la lógica de esta institución y de la finalidad que guía la norma que es facilitar

⁶⁰ La discriminación existía, de eso no había ninguna duda. Así lo entiende, por ejemplo, M. CUENA CASAS, “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 *HAY DERECHO. Expansión* (28 de septiembre de 2020). Para quien estaba muy clara la voluntad de discriminar al deudor que se acoge al plan de pagos lo que se aprecia, no solo en el distinto tratamiento del crédito público, sino también en los requisitos más exigentes que establecía el artículo 178 bis. 5º LC.

⁶¹ J.J. HURTADO YELO, “El crédito público y el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, *Diario La Ley* 9575 (17 de febrero de 2020). Para quien esta cuestión no tiene polémica ni discusión alguna. Entiende que debe prevalecer la literalidad de la norma sobre la interpretación que de la misma da el Tribunal Supremo, ya que no es fuente de derecho.

al máximo la “plena exoneración de deudas”, debemos entender que también en la alternativa del ordinal 5.º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. Este plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados.

La interpretación realizada por el Tribunal Supremo en este supuesto, no deja de ser forzada ya que, guste o no guste, la LC era muy clara respecto a la exclusión del crédito público del ámbito de la exoneración en el supuesto en que se acogiera la vía del plan de pagos. Por tanto, no parece de recibo que la interpretación que realiza el tribunal de la norma altere lo que expresamente, y sin lugar a dudas, dice⁶².

1.2. Tratamiento en el Proyecto de trlc

El Proyecto de TRLC, para el régimen general, establecía expresamente en su artículo 490 que la exoneración incluirá, en todo caso, a los créditos de derecho público. Por otra parte, para el régimen especial, su artículo 496 señalaba que la exoneración alcanzaba a los créditos ordinarios y subordinados, con la excepción de los créditos de derecho público y por alimentos.

La redacción del Proyecto ofrecía mayor claridad, en relación con el texto de la LC. No obstante, para el Consejo General del Poder Judicial la inclusión del crédito público en el ámbito de la exoneración en el régimen general, suponía un exceso en la delegación. Así, en el Informe sobre el Proyecto de TRLC, elaborado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 26 de septiembre de 2019, se indicaba que incluir al crédito público en la exoneración en el régimen general, *excedería del mandato recibido para regularizar, aclarar y armonizar los textos*

⁶² M. CUENA CASAS, “Crédito público y segunda oportunidad”. Dice que al Tribunal Supremo no le pareció adecuada la discriminación que claramente se deducía del artículo 178 bis. 5 LC, por lo que en su sentencia de 2 de julio de 2019 decidió que también el deudor que se acoge al plan de pagos se podía exonerar del crédito público ordinario y subordinado. Ello, a pesar de que la ley decía claramente lo contrario. No había contradicción ni problemas de interpretación. Entiende que el Tribunal Supremo se excedió en una interpretación manifiestamente contraria al tenor de la LC en su artículo 178 bis. 5º.

*legales que deben ser refundidos, al estar vedada la introducción de nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad*⁶³. También afirma que, al margen de esto, esa inclusión *sirve, funcionalmente, en mayor medida a las finalidades de la segunda oportunidad y coadyuva a su operatividad dentro del sistema del concurso*.

1.3. Régimen contenido en el trlc

Como venimos reiterando, el TRLC excluye del ámbito de la exoneración a los créditos públicos, sea cual sea la vía de acceso a la misma, lo que supone un cambio respecto a la LC y, también, respecto al texto del Proyecto.

En concreto, el artículo 491 TRLC, bajo el título Extensión de la exoneración, señala en su párrafo primero, en relación al régimen general cuando el deudor ha intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, que el beneficio de la exoneración *se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos*. Para el supuesto en que el deudor, pudiendo hacerlo, no haya intentado el acuerdo extrajudicial, el párrafo segundo indica que la exoneración *alcanzaría al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados*.

Aunque la exclusión del crédito público del ámbito de la exoneración sólo se mencione expresamente para el supuesto de previo intento de acuerdo extrajudicial, debe entenderse que también se extiende al caso en que no haya existido dicho intento⁶⁴. Otra lectura supondría penalizar a quien sí ha acudido a ese expediente preconcursal y resultaría contradictorio con la solución legal de exigir un umbral mínimo superior a quien no ha acudido. La interpretación más acertada supondría enten-

⁶³ L.A. SÁNCHEZ PACHÓN, “El problema de la exclusión de los créditos”. Entiende que la influencia de este informe fue decisiva en el cambio de redacción que finalmente consta en el TRLC.

⁶⁴ A.B. CAMPUZANO, “La extensión al crédito público del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho”. Resulta difícil no considerar la exclusión también respecto al segundo apartado del artículo 491; A. MUÑOZ PAREDES, “Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo”, *Diario La Ley* 9713 (2020).

der que para obtener la exoneración en este supuesto, es preciso haber satisfecho, además de los créditos contra la masa y los concursales privilegiados, un 25% de los ordinarios, con lo cual, el perdón alcanzaría al resto de los créditos ordinarios y a todos los subordinados salvo que se trate de créditos públicos o por alimentos.

El artículo 497, para el régimen especial, establece, en el apartado 1.º, de primer párrafo, que la exoneración alcanza a *los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos*.

Con esta solución, y esto es positivo, se excluye cualquier discriminación entre los deudores⁶⁵, en función de la situación económica en la que se encuentren. Otra cosa, es que parezca adecuada la vía utilizada para dicha equiparación. Sin embargo, resulta curioso que la modificación se haya producido en plena pandemia generada por el COVID 19, con toda la sangría económica que está ocasionando. Esto nos puede llevar a pensar si, ante la presumible avalancha de concursos⁶⁶ y de solicitudes de exoneración del pasivo insatisfecho, que ya es una realidad, no se ha tratado proteger el ámbito público, impidiendo que los créditos públicos resulten perdonados.

El cambio que el TRLC supone en relación con la LC plantea la duda de, como ocurría en relación con el Proyecto, si se ha utilizado de manera adecuada la delegación legislativa y si se ha producido o no un exceso⁶⁷. En cualquier caso, este problema solo se plantearía en relación

⁶⁵ M. CUENA CASAS, “Crédito público y segunda oportunidad”. Para quien este cambio que acaba con la discriminación de los deudores, es consecuencia del exceso interpretativo del TS en la sentencia de 2 de julio de 2019. Cree que el Tribunal Supremo creó un problema donde no lo había y ello provocó la reacción del Gobierno restringiendo aún más el sistema.

⁶⁶ De momento, este incremento no se ha producido. De hecho, el número de concursos en 2020 en España, se ha reducido en un 2% debido a la moratoria para presentar el concurso. Moratoria que se ha ido extendiendo en diversas disposiciones estando en la actualidad fijada en el 31 de diciembre de 2021. No obstante, transcurrido ese plazo, y teniendo en cuenta la evolución de la pandemia, lo más probable es que se produzca una avalancha de solicitudes. Vid. “Los concursos de acreedores caen un 2% en 2020, hasta los 4.376, a pesar de la pandemia”, *Diario la Ley*, 8 de enero de 2021.

⁶⁷ Entienden que se ha producido un exceso, por ejemplo, A. SENDRA ALBIÑANA, “Segunda oportunidad, crédito público”. La diferencia de tratamiento del crédito público en función de la forma de acceso a la exoneración en la LC se ha quebrantado,

con el régimen general, ya que para el régimen especial la LC ya incluía, como sabemos, esa exclusión.

Al respecto, el Dictamen del Consejo de Estado de 26 de marzo de 2020, señala que la exclusión del beneficio de los créditos de derecho público, recogida en el artículo 491.1 TRLC, se puede considerar *una adecuada armonización, en la medida en que tal acotación se hace el artículo 178 bis 5. 1ª C (artículo 497.1.1ª TRLC) en los casos de exoneración por la aprobación de un plan de pagos*.

Por otra parte, la exclusión del crédito público en el régimen especial, había sido interpretada por el Tribunal Supremo, de forma contraria a como hoy se recoge en el TRLC.

Con posterioridad a la aprobación del TRLC, han sido varias sentencias las que han entendido que sí se ha excedido el mandato legislativo y han decidido no aplicar el precepto⁶⁸.

En cualquier caso, esta exclusión se traduce en un claro trato de favor de los acreedores públicos respecto al resto de los acreedores ya que, salvo aquellos que sean titulares de créditos contra la masa o créditos privilegiados, van a ver frustrado su derecho de cobro.

Por otra parte, y no menos importante, esta circunstancia reduce, de forma considerable, las posibilidades de recuperación del deudor. En el supuesto del régimen general, porque se eleva el importe del umbral de pasivo necesario para acceder a la exoneración, y en el régimen especial, porque se eleva el importe de pasivo que debe abonarse durante el plazo que dure el cumplimiento del plan de pagos.

Estas importantes consecuencias, aconsejan intentar buscar razones que justifiquen la exclusión que, como se ha señalado⁶⁹, resulta contraria a las recomendaciones internacionales y priva de eficacia a la institución. También se entiende que su inclusión, al facilitar la recuperación del

dejando esa distinción sin efecto ni contenido material, contraviniendo el mandato delegado por cuestiones de política legislativa; I. SANCHO, “Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal”. Incluir estas excepciones donde no las había, no colma lagunas, ni aclara o precisa el sentido de la norma refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de los intereses ponderados en la ley para la concesión del beneficio de exoneración, reconociendo a ciertos acreedores un privilegio del que no gozaban antes.

⁶⁸ Haremos referencia en otro apartado a esta cuestión jurisprudencial.

⁶⁹ A. SENDRA ALBIÑANA, “La exoneración del pasivo insatisfecho”.

deudor, beneficiaría al conjunto de la sociedad y al Estado, al permitir que el deudor contribuya a las arcas públicas.

El Banco de España, en noviembre de 2020, ha recomendado el permitir que algunos autónomos puedan librarse de sus deudas con Hacienda y la Seguridad Social, lo que facilitaría su recuperación. Además, el Gobierno parece estar tratado de reformar la regulación de la segunda oportunidad para incluir esta modificación⁷⁰.

A pesar de todo, parece que puede haber un caso en el que la exoneración sí alcance al crédito público. Se trata del supuesto establecido en el artículo 499 TRLC, párrafo segundo, donde se reconoce la posibilidad de exoneración del deudor sin cumplir el plan de pagos, pero concurriendo las circunstancias establecidas, que ponen de manifiesto un especial sacrificio por parte del deudor en la línea de cumplimiento del plan de pagos. En esta norma se dice que el juez podrá acordar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho y no discrimina si se trata de créditos públicos⁷¹. Si esta norma se interpreta en este sentido, lo que supondría contradecir la declaración legal de exclusión del crédito público en todo caso, podría tomarse como argumento a favor de la inclusión de los créditos en el ámbito de exoneración en futuras reformas normativas.

2. El crédito público en el plan de pagos

Cuando se opta por el régimen especial, la solicitud del deudor debe de ir acompañada de una propuesta de plan de pagos de los créditos que no resultan exonerados. Sin embargo, para los créditos públicos, se establece que la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de créditos de derecho público se rige por su normativa específica, lo que supone una remisión a las normas de derecho administrativo. Remisión que implicaría que el juez del concurso no tendría la posibilidad de imponer a los acreedores públicos plazos para el cobro de los

⁷⁰ Vid. A. GONZÁLEZ, <<https://www.autonomosyempreendedor.es/articulo/actualidad/gobierno-podria-aprobar-breve-reforma-ley-concursal-condonaria-deudas-publicas/20210217155243023897.html>>.

⁷¹ En esta línea M.M. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Acuerdo extrajudicial de pagos”.

créditos y, además, dejaría en manos de estos acreedores públicos la propia viabilidad del plan de pagos⁷².

Este tema ya ha sido tratado por el Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 2 de julio de 2019⁷³, que se refiere al artículo 178.bis LC, pero que es válida para el TRLC, ya que se mantiene la redacción.

El Tribunal Supremo entiende que la remisión que se hace al derecho administrativo contiene una contradicción ya que, *por una parte, se prevé un plan para asegurar el pago de aquellos créditos (contra la masa y privilegiados) en cinco años, que ha de ser aprobado por la autoridad judicial, y de otra se remite a los mecanismos administrativos para la concesión por el acreedor público del fraccionamiento y aplazamiento de pago de sus créditos. Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público*. El Tribunal Supremo también entiende que esta consecución hace prácticamente imposible alcanzar la finalidad que se pretende con la institución de la exoneración del pasivo insatisfecho, por lo que opta por una interpretación teleológica de la norma, que implica que ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial. Por tanto, el juez antes de aprobar el plan de pagos, debe oír a las partes personadas, entre ellas el acreedor público, y tener en cuenta las razones que esgriman para decidir sobre la aprobación del plan de pagos⁷⁴.

Esta interpretación, que intenta aclarar la confusión que plantea la norma y, además, sirve para equiparar los créditos no exonerables, no es fácil de admitir a la vista del texto de la norma. Por ello, no estaría de más una revisión de la misma para aclarar este extremo, ya que la declaración del Supremo, no deja de ser una interpretación de la norma⁷⁵.

⁷² A. SENDRA ALBIÑANA, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. Señala que de seguirse la literalidad de la norma, esta remisión normativa impediría cualquier aplazamiento del crédito público y, por tanto, se frustraría el régimen de la segunda oportunidad.

⁷³ A. SENDRA ALBIÑANA, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. recoge las posturas jurisprudenciales existentes con anterioridad a esta sentencia del Tribunal Supremo.

⁷⁴ AL. SANTODOMINGO GONZÁLEZ, “Los créditos públicos en el proceso concursal tras la sentencia del Tribunal Supremo 381/2019”, *La Ley* 9883 (2020). Señala que con esta sentencia queda claro que no corresponde a la Administración Pública ratificar o no el plan de pagos, sino que la decisión última corresponde al juez de los mercantil también en lo referente a los créditos públicos.

⁷⁵ L.M. ESTEBAN RAMOS. “Segunda oportunidad”.

Para finalizar este apartado relativo al tratamiento que la legislación vigente hace del crédito público en la segunda oportunidad, queremos mencionar que el Anteproyecto mencionado anteriormente, incluye, dentro de las deudas excluidas de la exoneración, a las derivadas de los créditos de derecho público, lo que confirmaría el mantenimiento del tratamiento privilegiado de que son objeto.

3. El crédito público en la Directiva (UE) 2019/1023

El artículo 23.4 Directiva, permite a los Estados Miembros excluir de la exoneración determinadas categorías de deudas, dentro de las que no se incluyen de forma expresa los créditos públicos⁷⁶.

La redacción del artículo no es todo lo clara que sería deseable, ya que utiliza la expresión *en los siguientes casos*, antes de enumerar los créditos que resultan afectados por la exoneración. Además, añade que siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas.

La expresión en los siguientes casos, puede ser interpretada en un doble sentido, bien como que precede a una lista cerrada, o simplemente a una lista ejemplificativa.

Si se interpreta como una lista cerrada, podría utilizarse como un argumento a favor de la necesidad de modificar el TRLC, en el sentido de incluir a ciertos créditos públicos, dentro de los créditos objeto de exoneración⁷⁷. En caso contrario, no se plantearía esta necesidad⁷⁸.

A pesar de que la preferencia por extender la exoneración a los créditos públicos lleva a la tentación de entender la enumeración como una lista cerrada, la exigencia de que las excepciones estén justificadas, po-

⁷⁶ M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. Este es el terreno en el que más se evidencia la escasa armonización que logra la Directiva.

⁷⁷ S. SENENT MARTÍNEZ, “Hacia un nuevo sistema de exoneración”. Los Estados miembros pueden incluir o no alguna de esas deudas en la categoría de deudas no exonerables, pero lo que no pueden hacer, es incluir alguna de las no mencionadas y en IDEM, “Artículos 486 a 502v, 2107.

⁷⁸ M. CUENA CASAS, “La exoneración del pasivo insatisfecho”. Entiende que se trata de un listado ejemplificativo y que la versión en castellano es un error de traducción. La necesidad de justificar debidamente las exclusiones, se refiere a los supuestos que no estén incluidos en la lista, ya que los incluidos ya lo estarían.

dría entenderse como una apertura a la inclusión de más excepciones. En cualquier caso, aquí la Directiva ha fallado introduciendo más dudas que soluciones.

4. Jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del TRLC

Con posterioridad a la entrada en vigor del TRLC, y dado el cambio que se introduce en relación al alcance de la exoneración respecto al crédito público, han sido varias las decisiones judiciales que aprecian un exceso en la delegación y han optado por aplicar el artículo 178 bis LC conforme a la interpretación dada al mismo por el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de julio de 2019.

Entre la jurisprudencia vertida podemos citar, en primer lugar, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, Sección 7, de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020. En esta resolución se establece que *en materia de exoneración del crédito público se ha de estar al criterio mantenido por el TS en la sentencia de 2 de julio de 2019 en la que, básicamente se considera que se debe incluir al crédito público en el sistema de exoneración, tanto general como especial*".

Afirma que la entrada en vigor del TRLC *no debe suponer una modificación de la anterior doctrina jurisprudencial, al apreciarse que el citado art. 491 debe ser inaplicado por vulnerar el art. 82.5 de la Constitución Española*.

La vulneración se encuentra en que el artículo 491 introduce una regulación contraria a la norma objeto de refundición, el artículo 178 bis 3.4º, lo que supone un exceso ultra vires en la delegación, por lo que los tribunales ordinarios podrían dejar de aplicar la norma sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Para el Juzgado de Barcelona, *el artículo 491 altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la normativa vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración regularización o sistematización de la norma vigente*.

Nos llama la atención el contenido de esta resolución judicial por diversas razones⁷⁹, y ello con independencia de que se esté o no de

⁷⁹ L.A. SÁNCHEZ PACHÓN, "El problema de la exclusión de los créditos". Para quien esta argumentación no tiene desperdicio; M. CUENA CASAS, "Crédito público y

acuerdo con el fondo de la misma, la inclusión del crédito público en el ámbito de la exoneración, sea cual sea la vía de acceso a la misma.

Se decide no aplicar el TRLC porque se entiende que hay un exceso de delegación al no excluir la LC al crédito público del ámbito de la exoneración en el régimen general y, sin embargo, parte de la interpretación que de la LC hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de julio de 2019, interpretación que resulta un poco forzada a la vista del texto legal entonces vigente, que extiende la exoneración al régimen especial cuando estaba expresamente excluido⁸⁰. Partiendo de la letra de la LC, lo que hace el TRLC y la sentencia del Tribunal Supremo, es algo similar, pero en sentido contrario. El TRLC excluye al crédito público de la exoneración en todo caso, mientras que el Supremo lo aplica en ambos. Por tanto, si no se justifica el TRLC, tampoco podría hacerse con la interpretación jurisprudencial. En definitiva, entendemos que lo más oportuno si se aprecia un exceso sería no aplicar la doctrina jurisprudencial⁸¹, y plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido, se ha dicho que, aun entendiéndose que se ha producido un exceso *ultra vires*, resulta más que dudoso que el juez pueda declarar la inaplicación del artículo sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad⁸².

segunda oportunidad”. Califica la interpretación del Juzgado de original y señala que aporta inseguridad jurídica al sistema, inseguridad que el TRLC pretendió evitar.

⁸⁰ Esta sentencia ha sido objeto de críticas. Vid. J.J. HURTADO YELO, “El crédito público y el beneficio de exoneración”; L.A. SÁNCHEZ PACHÓN, “El problema de la exclusión de los créditos”. Quien califica esas críticas de razonadas y, además, nos recuerda que esa sentencia no puede considerarse, de momento, doctrina consolidada; M. CUENA CASAS, “Crédito público y segunda oportunidad”. Difícilmente se puede calificar de exceso *ultra vires* a la norma del artículo 491 TRLC, sin hacer lo propio con la sentencia del Tribunal Supremos. Entiende que un exceso interpretativo del TS provoca un exceso regulatorio de los elaboradores del TRLC.

⁸¹ I. SANCHO, “Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal”. Para quien sí se mantiene la interpretación que del artículo 178 bis realizó el Tribunal Supremo, de forma que el TRLC debe ser interpretado de conformidad con esa jurisprudencia.

⁸² Vid. L.A. SÁNCHEZ PACHÓN, “El problema de la exclusión de los créditos”. Citando a la profesora Lozano Cutanda, nos recuerda que la competencia que el Tribunal Constitucional reconoce a los tribunales ordinarios para conocer las pretensiones en relación con los decretos legislativos que puedan exceder la delegación, solo se reconoce a los juzgados del orden contencioso administrativo, resultando cuestionable

Esta decisión judicial no es la única en este sentido. Así, podemos citar otros ejemplos como el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona, de 23 de septiembre, que entiende que el artículo 497 TRLC debe continuar siendo interpretado conforme a la Sentencia de 2 de julio de 2019. O el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, de 21 de octubre de 2020, que también aprecia exceso en el ejercicio de la delegación. Dice que si conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la facultad del Gobierno en la refundición le permite hacer alteraciones al texto literal de las normas refundidas si es necesario para clarificar una redacción unitaria del texto legal unificado, siempre que no se establezcan nuevos preceptos jurídicos que no estén ya expresamente incluidos en los textos que se refunden, en este caso hay un evidente exceso y ni siquiera un acto de alteración con finalidad aclaratoria, porque la única duda interpretativa que había bajo la vigencia del artículo 178 bis LC ya fue resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2009.

En definitiva, estamos de acuerdo con aquellos que entienden que no existe una extralimitación en el TRLC al excluir los créditos públicos del ámbito de la exoneración en el régimen general⁸³ y que la existencia de pronunciamientos judiciales en este sentido, aportan una gran inseguridad jurídica ya que, entre otras cosas, dependiendo del juez que aplique el TRLC en este aspecto, las soluciones pueden resultar contrarias.

su extensión a otros órdenes jurisdiccionales. Por lo que no parece adecuado que un juez de lo mercantil declare por sí mismo la inaplicación del artículo 491 TRLC. En sentido diferente, I. SANCHO, “Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal”.

⁸³ L.A. SÁNCHEZ PACHÓN, “El problema de la exclusión de los créditos”. Aunque las dudas podrían plantearse en el régimen general, no en el especial, tampoco habría extralimitación ya que el artículo 178 bis 3 4º no hace ninguna referencia a los créditos públicos, la construcción doctrinal elaborada a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019 no puede ser definitiva y no desvirtúa los antecedentes históricos y legislativos ni sustituye la voluntad del legislador.

IV. REFLEXIONES FINALES

Está claro que el crédito público es objeto de un tratamiento privilegiado en el ámbito de la segunda oportunidad, lo que dificulta que el deudor pueda empezar de nuevo.

La inclusión en el ámbito de la exoneración de los créditos públicos enfrenta distintos intereses: por un lado, el del deudor a conseguir la plena exoneración y, por otro, el interés general, que de una u otra forma, se va a ver afectado ya que supone una reducción de los recursos públicos. Es decir, todos perdemos cuando se perdona una deuda pública ya que esto se traduce, por ejemplo, en una reducción de la inversión pública, lo que perjudica a todos en general, y en particular, a las personas más vulnerables.

Por otra parte, también enfrenta el interés del deudor y de los acreedores. La liberación de aquél, implica un perjuicio evidente para estos, en la medida en que no van a cobrar su derecho de crédito, lo cual es especialmente grave en la situación que estamos viviendo, donde el perdón de las deudas puede llevar a la quiebra del acreedor.

Esto exige una justificación para este perdón, buscar razones que lo respalden. Entre estas razones, se pueden mencionar que facilitar la exoneración implica, a su vez, facilitar la incorporación del deudor a su vida activa lo que, como se ha puesto de manifiesto por cierta doctrina, implica un beneficio, entre otras cosas, porque sirve para atraer recursos a las arcas públicas.

Durante la vigencia de la LC, el Tribunal Supremo había realizado una interpretación un poco forzada del artículo 178 bis al entender que la exoneración del pasivo alcanza también al crédito público en los supuestos de acogimiento de un plan de pagos, cuando en realidad la ley lo excluía expresamente.

El TRLC, ha equiparado los supuestos de régimen general y régimen especial de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho, eliminando en ambos casos al crédito público del ámbito de la exoneración. Con ello, se ha producido una equiparación legal en ambas formas de acceso a la segunda oportunidad. No obstante, este cambio producido está generando una corriente en la jurisprudencia menor, en el sentido de entender que se ha producido una extralimitación en la labor de delegación, lo que les lleva a aplicar no la LC tal y como estaba, sino como resultó de la interpretación dada por el Tribunal Supremo.

Con independencia de que se esté o no de acuerdo con que el crédito público pueda ser objeto de exoneración, lo cierto es que con la ley en la mano eso no es posible. Justificar su inclusión en un exceso en la delegación me parece excesivo. Por tanto, creo que este es un tema que hay que aclarar, y que un buen momento lo ofrece las reformas a llevar a cabo para incorporar la Directiva (UE) 2019/1023. En cualquier caso, lo que no es de recibo es la forma de proceder de determinados tribunales, ya que generan inseguridad jurídica.

RESUMEN: El trato privilegiado de que son objeto los créditos públicos en el ámbito de la exoneración del pasivo insatisfecho, ha dado lugar a críticas doctrinales y a una interpretación de la ley por parte de ciertos tribunales, que se traduce en la exoneración de créditos públicos. En cualquier caso, a la vista del derecho vigente, hay que reconocer que el crédito público es un crédito no exonerable y, si se aprueba el Anteproyecto de reforma del TRLC que se encuentra en tramitación, así lo seguirá siendo en un futuro inmediato.

PALABRAS CLAVE: *concurso; segunda oportunidad; crédito público*

Public Credits and Discharge of Debts in the Revised Spanish Bankruptcy Law

ABSTRACT: The privileged treatment of public credits in the area of discharge of debts, has given rise to doctrinal criticism and an interpretation of the law by certain courts, which translates into the exemption of public credits. In any case, in view of current law, it must be recognized that public credit is a non-exonerable credit and, if the preliminary draft reform of the TRLC that is in process is approved, it will continue to be so in the immediate future.

KEYWORDS: *bankruptcy proceedings; discharge of debts; public credit*

