

El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho

Matilde Cuenca Casas

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Complutense

Vicepresidenta de la Fundación Hay Derecho

Diario La Ley, Nº 9669, Sección Tribuna, 8 de Julio de 2020, **Wolters Kluwer**

Comentarios

I. Introducción

La crisis financiera de 2008 puso de relieve muchas carencias de la Ley 22/2003, de 9 de julio (LA LEY 1181/2003) Concursal (en adelante, LC). Fueron necesarias varias reformas, muchas de ellas urgentes, que convirtieron LC (LA LEY 1181/2003) en un collage normativo, que ocasionaba graves problemas de interpretación a los operadores jurídicos, lo que se ha traducido en inseguridad jurídica. Era necesario «poner orden» en la normativa concursal.

La Disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo (LA LEY 8685/2015), autorizó al Gobierno para elaborar y aprobar un Texto Refundido de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020). Tal y como se señala en la Orden del Ministerio de Justicia de 20 de enero de 2016 por la que se constituye en el seno de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación una propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020) (en adelante PTRLC), la autorización era para «regularizar», «aclarar» y «armonizar» los textos legales objeto de refundición. Los amplios términos con que fue configurada la delegación al Gobierno para la elaboración del Texto Refundido podrían permitir la solución de buen número de problemas, sin alterar el sistema legal vigente. El texto finalmente ha sido aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo (LA LEY 6274/2020) (en adelante, TRLC).

Teóricamente no se podía «alterar el sistema vigente» por más que este se considerara en algunos aspectos ineficiente. La realidad es que, como explicaré a continuación los redactores del TRLC (LA LEY 6274/2020) no han podido evitar que se les «vaya la pluma» en algunos preceptos.

Si en algún tema es necesaria la claridad es precisamente en un tema «sensible» como es la exoneración del pasivo insatisfecho. A través de esta figura se sacrifican los derechos de los acreedores que ven extinguidos sus créditos tras la liquidación del patrimonio de un deudor de buena fe. Esta «expropiación» de los derechos de los acreedores para evitar la exclusión social del deudor debe hacerse con garantías y de forma ordenada, con una regulación clara que fomente la seguridad jurídica.

Pero la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho no solo necesita una aclaración, sino que requiere una profunda reforma porque se opone frontalmente a la Directiva sobre reestructuración e insolvencia (1) (en adelante, DRI) de 20 de junio de 2019. De hecho, el texto europeo nos va a dar la oportunidad de reformar esta materia que se llevará a cabo desde el orden y la claridad que se ha pretendido lograr en el TRLC (LA LEY 6274/2020). Quizá su aprobación en plena pandemia no haya sido una gran idea dado que la crisis económica consecuencia de la sanitaria va a hacer aumentar el número de concursos y obligar a los operadores a adaptarse a un nuevo texto no parece que sea muy recomendable. Sin embargo, la pésima calidad de las normas que se han promulgado los últimos años hace que cualquier iniciativa que aporte claridad y seguridad al sistema deba ser aplaudida. Los operadores jurídicos deben ponerse a estudiar con intensidad porque también hay modificaciones de fondo y la mayoría en la buena dirección. Adelanto ya que mi valoración sobre la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC (LA LEY 6274/2020) es positiva.

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante, BEPI), se regula en los arts. 486-502, dentro del

capítulo segundo, del título XI dedicado a la conclusión y reapertura del concurso. Se ha desdoblado el vigente art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003) en 17 artículos procediéndose a una sistematización y orden que se agradece. Pero, sobre todo, como explicaré seguidamente, los autores de la propuesta solucionan muchos problemas de interpretación que suscita el precepto que algunos pueden considerarse «cambios del régimen vigente», puesto que sobre el art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003) se han mantenido interpretaciones que claramente, a mi juicio, alteraban el texto vigente (2) .

La regulación contenida en este capítulo II, se divide en tres secciones. La primera se dedica al ámbito de aplicación, resolviendo qué deudor y en qué fase se puede solicitar la exoneración. En la sección segunda se establece un régimen que se ha considerado «general» que es aquel en el que el deudor abona un umbral de pasivo mínimo por contar con la liquidez suficiente para acogerse a él. En la sección tercera se regula el «régimen especial de exoneración cuando el deudor se sujeta a un plan de pagos». Se concluye con la sección cuarta, dedicada a los efectos comunes de la exoneración que tienen lugar para todo deudor, se acoja a un plan de pagos o no.

Hay que recordar que el deudor que puede solicitar el BEPI, en cualquiera de sus modalidades es un deudor persona física y siempre que haya concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa (art. 486 TRLC (LA LEY 6274/2020) y 178 bis.1 LC (LA LEY 1181/2003)).

No se puede producir la exoneración de deudas sin la previa liquidación del patrimonio (a salvo, claro está los bienes inembargables, art. 192.2 TRLC (LA LEY 6274/2020)-76 LC (LA LEY 1181/2003)), la cual debe producirse también en los casos de insuficiencia de masa activa (art. 472 TRLC (LA LEY 6274/2020)-176 bis.4, párrafo segundo LC (LA LEY 1181/2003)).

Ello afecta también a las ejecuciones hipotecarias (3) , dado que el acreedor pierde su derecho de ejecución separada una vez abierta la fase de liquidación (art. 149 TRLC (LA LEY 6274/2020)-57.3 LC (LA LEY 1181/2003)). Por lo tanto, no se puede plantear el hecho de que se pueda exonerar la deuda con garantía real (4) , sencillamente porque esta se tiene que haber ejecutado, sobre todo porque no hay que olvidar que la apertura de la fase de liquidación provoca el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 414 TRLC (LA LEY 6274/2020)-146 LC (LA LEY 1181/2003)), lo que hace inoperante la facultad del art. 430 TRLC (LA LEY 6274/2020)-155.2 LC (LA LEY 1181/2003). Cosa distinta es el remanente de deuda que eventualmente pueda quedar pendiente tras la ejecución, la cual podrá ser exonerada, tal y como trataré posteriormente (art. 497.1.2º TRLC (LA LEY 6274/2020) - art. 178 bis.5.2º LC (LA LEY 1181/2003)).

Aunque la falta de ejecución de la hipoteca pueda parecer beneficiosa para el deudor, en realidad no lo es y se trata de una estrategia de las entidades financieras para escapar del BEPI. Efectivamente, en caso de ejecución, el pasivo pendiente podría verse afectado por la exoneración de deudas. Si no se ejecuta la hipoteca en el proceso concursal, el acreedor puede ejecutar la hipoteca y el deudor seguir debiendo el pasivo pendiente, aplicándose en su caso la norma contenida en el art. 579 LEC (LA LEY 58/2000), que es menos beneficiosa para el deudor. Por lo tanto, no ejecutar la hipoteca y aplicar la exoneración de deudas al resto de los acreedores no sólo es ilegal, sino que además perjudica al deudor (5) . Si la entidad quiere llegar a un acuerdo con el deudor, puede hacerlo en la fase del acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante, AEP), y si tal acuerdo se logra, se evitará el concurso consecutivo y ningún acreedor podrá verse afectado por la exoneración de deudas. Hacer lo contrario, logrando un acuerdo en fase de liquidación supone una discriminación injustificada de los acreedores que carece de amparo legal, pues unos se verán afectados por la exoneración y otros no. En cualquier caso, visto lo visto no habría estado de más que en el TRLC (LA LEY 6274/2020) se hubiera aclarado este extremo de la posibilidad o no de no ejecutar la garantía real.

Como veremos, para el deudor tiene ventajas, en términos de pasivo exonerable, el intentar un acuerdo extrajudicial de pagos. Por ello, lo normal es que la exoneración se plantee en el marco del concurso consecutivo (art. 695 TRLC (LA LEY 6274/2020) y ss.- 242 y ss.LC (LA LEY 1181/2003)).

A continuación, paso a exponer los cambios que introduce la TRLC (LA LEY 6274/2020) respecto del vigente art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003).

II. El régimen general de la exoneración del pasivo insatisfecho

El art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003) parte de un principio fundamental y es que se supedita la exoneración del pasivo exonerable al abono del no exonerable. Este condicionamiento que es el que provoca que nuestro sistema sea de los más restrictivos de nuestro entorno (6) . En otros ordenamientos el BEPI provoca la extinción de los derechos

de crédito exonerables y respecto de las que no lo son, los acreedores conservan incólumes sus derechos. Este planteamiento se mantiene en el TRLC (LA LEY 6274/2020) por lo que el sistema sigue siendo igual de restrictivo que el establecido en el art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003), lo que parece lógico dadas las limitaciones de las potestades encomendadas a la Comisión encargada de redactar la propuesta.

El abono del pasivo no exonerable puede llevarse a cabo de forma inmediata, o bien mediante la asunción de un plan de pagos. Estos son las dos modalidades de obtención de la exoneración que actualmente contempla el art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003). La primera vía fue ya implantada en el art. 178.2 LC (LA LEY 1181/2003) en la redacción dada por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LA LEY 15490/2013) de 27 de septiembre (en adelante, LE). Fue el RD 1/2015 (LA LEY 41/2015) de 27 de febrero, y posteriormente la Ley 25/2015 de 28 de julio (LA LEY 12418/2015), de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, la que adicionó la posibilidad de abonar el pasivo no exonerable a través de un plan de pagos que duraría 5 años.

Este *iter* legislativo probablemente ha justificado que en el TRLC (LA LEY 6274/2020) se haya optado por considerar que el régimen general es precisamente aquel que instauró inicialmente la LE (LA LEY 15490/2013), en el que el deudor debe abonar un umbral de pasivo mínimo, por más que muchos deudores no llegan con activo suficiente y la práctica haya evidenciado el escaso éxito de ese planteamiento (7) .

Como ya he señalado, una de las principales aportaciones del TRLC (LA LEY 6274/2020) es la sistematización de la regulación contenida en el art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003). Pues bien, cuando se regula el denominado régimen general se establecen presupuestos que también son aplicables al régimen especial en el que el deudor se acoge a un plan de pagos, como es el caso del presupuesto subjetivo. En todo lo demás, presupuesto objetivo, revocación, contenido de la solicitud, extensión de la solicitud, el régimen del deudor que se acoge al plan de pagos es diferente. Aunque aparentemente parezcan dos sistemas, en algunos aspectos se solapan lo que hace que la nueva sistematización pueda generar confusión en algún punto, tal y como expondré a continuación.

1. Presupuestos de la exoneración

A) Presupuesto subjetivo

El art. 487 TRLC (LA LEY 6274/2020) se ocupa del presupuesto subjetivo para obtener el BEPI que es el deudor persona natural que sea de buena fe. Me parece correcto que se haya disociado el concepto de buena fe de otros presupuestos necesarios para la obtención del beneficio.

La buena fe del deudor es un requisito medular del BEPI, pues es imprescindible evitar el abuso y que se generen situaciones de riesgo moral alterándose la cultura de pago y con él la estabilidad del mercado crediticio.

A través del requisito de la buena fe, se atiende al análisis del comportamiento preconcursal en la asunción de obligaciones que le han llevado a su situación de insolvencia. Técnicamente la buena fe hace referencia a un requisito de comportamiento por cuanto el BEPI no es un derecho de todo deudor insolvente, sino solo de aquel que lo merezca. No hay que olvidar que con el BEPI se está expropiando a los acreedores de un derecho patrimonial y, por lo tanto, el requisito del merecimiento del deudor es imprescindible, sin que quepa confundirlo con otros presupuestos que eventualmente deban concurrir. Esta delimitación se realiza de forma correcta en TRLC (LA LEY 6274/2020). Afortunadamente se ha suprimido el despropósito que ya denuncié (8) de considerar la capacidad económica como elemento integrante de la buena fe del deudor. Que el deudor tenga que abonar determinado umbral de pasivo o acogerse a un plan de pagos nada tiene que ver con la buena fe.

El concepto de buena fe sigue girando sobre la ausencia de condena penal y que el concurso no haya sido declarado culpable. Debe ser fortuito el concurso de persona física, sin que exista ninguna restricción para que acceda al BEPI el deudor que haya sido administrador de una sociedad cuyo concurso se haya declarado culpable. Este supuesto debe regularse de manera específica y con carácter urgente, debiéndose denegar, a mi juicio, la exoneración en este caso.

El art. 487.2.1º TRLC (LA LEY 6274/2020) ha introducido una especificación respecto al vigente art. 178bis.31º. LC (LA LEY 1181/2003). En este último al tratar del requisito de que el concurso no haya sido declarado culpable, se dispone que «No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del art. 165.1º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave».

Este inciso se incorporó en la tramitación como proyecto de ley del RD 1/2015 y fue fruto de varias enmiendas (9) todas ellas tendentes a que el retraso en la declaración de concurso no impidiera la obtención del BEPI, opción que, a mi juicio, era criticable. La regulación del BEPI tiene que incentivar que el deudor se declare en concurso a tiempo para evitar un excesivo sacrificio de los derechos de los acreedores y para que el deudor acuda al concurso con activos que a su vez favorezcan que se pueda lograr un acuerdo extrajudicial de pagos.

La introducción de esta excepción me pareció desafortunada por las razones apuntadas, pero, además, su redacción generaba problemas de interpretación pues parece conceder margen al juez para admitir la exoneración si se declaró el concurso culpable por tal razón, siempre que no se apreciara dolo o culpa grave del deudor. Es decir, que el deudor no haya voluntariamente retrasado la declaración de concurso o faltando tal voluntad hubiera una infracción grave de la diligencia exigible (*hominum communis natura desiderat*). Si se declaró culpable el concurso por tal razón lo habrá hecho el propio juez y precisamente porque concurre dolo o culpa grave. Por lo tanto, una de dos: o no declara el concurso culpable por su declaración tardía porque falta dolo o culpa grave o si lo hace, no podría otorgar la exoneración porque se presupone que han concurrido tales factores de atribución. La contradicción de la norma es evidente porque es incompatible la declaración de concurso culpable con la ausencia de dolo o culpa grave (10) .

El TRLC (LA LEY 6274/2020) pretende resolver este problema de interpretación. El art. 487.2.1º. dispone en su último inciso que *«no obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso»*. Se ha suprimido la referencia al «dolo o culpa grave», lo cual resuelve la contradicción antes señalada, pero abre el espectro de entrada al BEPI a deudores que no lo merecen: puede ser que el deudor haya actuado con dolo o culpa grave y obtenga el BEPI, liderando la ley española el ranking de las más generosas con la conducta del deudor merecedor de la exoneración. Me parece censurable que no se hayan especificado las circunstancias a tener en cuenta por el juez, para declarar cumplido este requisito a pesar de que el concurso haya sido declarado culpable.

B) Presupuesto objetivo. Novedades relevantes

Acertadamente, y por las razones ya apuntadas, el TRLC (LA LEY 6274/2020) convierte en requisitos para la obtención del BEPI, lo que en el art. 178 bis.3 LC (LA LEY 1181/2003) se considera como ingredientes de la buena fe. Estos presupuestos son dos: el intento de AEP por parte del deudor que cumple los requisitos para hacerlo y el abono de un umbral de pasivo mínimo.

En el art. 488 se especifica el umbral de pasivo mínimo que deben satisfacer los deudores para acogerse a esta modalidad de exoneración: el abono de los créditos privilegiados y los créditos contra la masa. Este es el umbral de pasivo mínimo que podemos considerar «general» para los deudores que intentan un acuerdo extrajudicial de pagos. Excepcionalmente, si el deudor que, reuniendo los requisitos para intentar un AEP, no lo hace, deberá además abonar el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios (art. 488.2 TRLC (LA LEY 6274/2020)).

Los cambios que introduce este precepto son de gran calado que exceden, a mi juicio, de las facultades concedidas a la comisión que ha elaborado la propuesta, por más que coincida con el resultado final.

a) El AEP ya no es requisito para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho

En primer lugar, el requisito del intento de un AEP deja de ser un requisito general para acceder al BEPI, y se convierte en un requisito potestativo aplicable solo al deudor que se acoge a la modalidad de abono de umbral de pasivo mínimo, en la línea del sistema que se diseñó en el art. 178.2 LC (LA LEY 1181/2003) en su redacción dada por la LE (LA LEY 15490/2013) (11) . Con todo, la identidad con el sistema derogado no es total. El umbral de pasivo mínimo general en el art. 178.2 LC (LA LEY 1181/2003) era el abono de los créditos privilegiados, los créditos contra la masa y el 25% del pasivo ordinario. Solo si se intentaba un AEP había una disminución del pasivo exigible que se reducía al crédito privilegiado y al crédito contra la masa. En el art. 488 TRLC (LA LEY 6274/2020), umbral de pasivo mínimo «general» es el abono del crédito contra la masa y el privilegiado. Se «sanciona» al deudor que, reuniendo los requisitos para intentar un AEP, no lo hace debiendo abonar el 25% del pasivo ordinario.

Tampoco debe intentar un AEP el deudor que se acoge a un plan de pagos. El art. 493 TRLC (LA LEY 6274/2020) excepciona el requisito del abono de umbral de pasivo mínimo sin requerir el intento del AEP como requisito general, tal y como hacía el art. 178 bis.3.3º. LC (LA LEY 1181/2003). Además de la buena fe (art. 487 TRLC (LA LEY 6274/2020)) el deudor que se acoge plan de pagos requiere cumplir los presupuestos del art. 493 TRLC (LA LEY

6274/2020), entre los que no se incluye el intento de AEP.

Esta supresión del requisito general del intento de AEP sí que es una modificación de «sistema vigente». No se ha limitado a alterar la literalidad para eliminar dudas interpretativas, tal y como se señala en la Exposición de Motivos del TRLC (LA LEY 6274/2020). La duda sobre el carácter preceptivo del AEP existía para el deudor que se acoge al abono de umbral de pasivo mínimo dado que el art. 178 bis.3.3º lo establecía con carácter general y se exceptuaba para este tipo de deudores en el art. 178bis.3.4º LC (LA LEY 1181/2003). Pero no se dudaba que este requisito era necesario para el deudor que se acoge a un plan de pagos. Cuando se elimina un requisito que estaba establecido para el deudor que se acoge al plan de pagos, no se está aclarando, se está modificando la regulación vigente, aunque sea en la dirección correcta.

De hecho, el Gobierno ya había «despreciado» este requisito en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril (LA LEY 5843/2020), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. El RDL establece una serie de medidas concursales y societarias, dedicando el artículo 17 a la «agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos». Dispone la norma citada que *«durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al Juzgado (12)»*.

Esto significa que *son los mediadores concursales los que con su rechazo van a determinar si el deudor llega a una solución de su crisis fuera del concurso de una forma relativamente rápida o le mandan a un concurso consecutivo con costes*. La norma aprobada hace la «ficción» de que **el intento de nombramiento de mediador es equiparable al intento de AEP**. Es ficción porque es mentira. Los acreedores ni se han reunido con el deudor. Descubren que el deudor se ha declarado en concurso consecutivo, que se abre en fase de liquidación sin posibilidad de convenio en caso de deudor consumidor.

Esta regulación es una muestra del fracaso del sistema y una prueba de ello es la frecuencia con la que los mediadores rechazan el nombramiento a pesar de estar sus nombres incorporados a una lista para ser designados. La razón que está detrás de estas faltas de aceptación radica en que el procedimiento concursal está diseñado de forma que los profesionales que en él participan (mediador en la fase preconcursal y administrador concursal) pueden no cobrar sus honorarios, lo cual no les exime de asumir las responsabilidades que la ley establece. Este planteamiento es ridículo y ninguna reforma concursal será eficiente mientras no se regule de manera lógica la remuneración de los profesionales. Igual que existe un **turno de oficio de abogados** que asesoran al deudor en el procedimiento concursal, también puede establecerse lo mismo para mediadores de manera que se les garantice que puedan cobrar por su trabajo.

Como no podía ser de otra manera, en el TRLC (LA LEY 6274/2020) (13) no se ha ideado ningún mecanismo nuevo para remunerar al mediador concursal, problema que se traslada también a la administración concursal. Lo que sí ha hecho es suprimir el intento de AEP como requisito para la obtención del BEPI resolviendo, de facto, el problema de la falta de aceptación de los mediadores. En ningún caso, cuando transcurra el plazo del año a que se refiere el art. 17 del RDL 16/2020 (LA LEY 5843/2020), la falta de aceptación del cargo por el mediador concursal va a suponer un obstáculo para que el deudor obtenga la exoneración del pasivo insatisfecho. Ahora bien, no hay que obviar que no intentar el AEP por el deudor que reúne los requisitos para hacerlo, agrava su posición por cuanto tendrá que abonar el 25% del pasivo ordinario, ya sea de forma inmediata, ya sea a través de un plan de pagos.

b) Posición jurídica del deudor que no puede intentar el AEP. Pasivo exonerable

La regulación contenida en el art. 488 TRLC (LA LEY 6274/2020) no solo suprime el intento de AEP como requisito general, no exigible a los deudores que se acojan a un plan de pagos, sino que, además, aclara la *posición jurídica del deudor que no puede intentar un AEP por no cumplir los requisitos legales para acceder a tal procedimiento*, por ejemplo, por ser su pasivo superior a 5 millones de euros, requisito también recogido en el art. 632 TRLC (LA LEY 6274/2020). Me explico.

El art. 178 bis.3.3º LC (LA LEY 1181/2003) establece como requisito general para todo deudor que quiera obtener el BEPI debe intentar un AEP si reúne los requisitos art. 231 LC (LA LEY 1181/2003). Inmediatamente después, en el apartado 4º del art. 178bis.3 LC (LA LEY 1181/2003) parece exceptuarse tal requisito general para el deudor que abonaba el umbral de pasivo mínimo, estableciéndose que podrá solicitar el BEPI el deudor *«que haya satisfecho en*

su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios». A mi juicio, tal norma debe ser considerada como una excepción al requisito general del intento del AEP y solo cuando el deudor se acoge al modelo de abono de umbral de pasivo mínimo. Sin embargo, la redacción de la norma ha hecho pensar a no pocos autores que la exigencia del intento del AEP es inexcusable para todo deudor que reúne los requisitos del art. 231 LC (LA LEY 1181/2003) y que el abono del 25% del pasivo ordinario está reservado precisamente para los deudores que no cumplen tales requisitos y no pueden iniciar un procedimiento para lograr el AEP (14). Este planteamiento conduce al resultado de que el deudor que no puede acceder al procedimiento para lograr un AEP (por ejemplo, por ser su pasivo superior a 5 millones de euros) se vería obligado a abonar el 25% del pasivo ordinario.

Ya me manifesté en contra de esta posición que excluía del sistema a estos deudores más endeudados que pueden haber tenido una conducta irreprochable, pero que, a lo mejor, no les ha quedado más remedio, por ejemplo, que avalar las actividades de una persona jurídica para poder obtener financiación lo que ha provocado que su pasivo se mayor que la media. Es más, ya defendí que el propio tenor literal del art. 178bis.3.3º. y 4º LC (LA LEY 1181/2003) desaconsejaba tal interpretación. El abono del 25% del pasivo ordinario se reserva para el que, pudiendo hacerlo, «no intentó el acuerdo», no para el que no reúna los requisitos del art. 231 LC (LA LEY 1181/2003), mención que se hace expresamente en el art. 178bis.3 LC (LA LEY 1181/2003) cuando la ley se quiere referir a tal deudor. Siguiendo un criterio puramente gramatical, el verbo «intentar» utilizado en el texto legal, significa según el diccionario de la RAE: «tener ánimo de hacer algo», preparar, iniciar la ejecución de algo, procurar, pretender. Es obvio que el deudor que no puede, por prohibirlo la ley, acceder al procedimiento para lograr un AEP no puede intentarlo, luego la norma —entendiendo— no va referida a este tipo de deudores. Sin embargo, no ha faltado alguna resolución judicial que entiende que precisamente es a estos deudores que no pueden intentar el AEP a los que se les tiene que exigir el abono del 25% pasivo ordinario. Para los que pueden acudir a tal procedimiento, intentarlo se considera un requisito imperativo (Auto núm.15/2016 de 25 de enero de las Sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra).

La interpretación que censuro y que se subsana en el TRLC (LA LEY 6274/2020), equipara la situación del deudor que pudiendo no intenta un AEP con la del que no lo intenta porque no puede. El grado de reprochabilidad de la conducta de ambos no es, desde luego, equiparable. Tal interpretación violentaba el espíritu y finalidad de la norma, amén de su tenor literal que, establece como *umbral de pasivo mínimo general* el abono del pasivo privilegiado y los créditos contra la masa, a diferencia de la regulación en la que el umbral de pasivo mínimo general era el crédito contra la masa, el pasivo privilegiado y el 25% del pasivo ordinario. anterior que se cita para evidenciar el contraste y el cambio de criterio del legislador. Por eso, el deudor que no puede intentar el acuerdo debe aplicársele el umbral de pasivo mínimo «general», sin que deba abonar el 25% del pasivo ordinario.

El art. 488.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) aclara este problema y lo hace, a mi juicio, en sentido correcto: *«Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, podrá obtener ese beneficio si en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho, además de los créditos contra la masa, los créditos privilegiados, al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios».* Por lo tanto, el deudor que no puede acudir al procedimiento para lograr un AEP, puede obtener la exoneración abonando los créditos contra la masa y el pasivo privilegiado, sin que sea necesario que abone el 25% del pasivo ordinario. Este último sólo deberá abonarlo el deudor que pudiendo acudir al AEP, no lo hace.

Esta interpretación vale también para el deudor que no tiene liquidez para abonar el umbral de pasivo mínimo y debe acogerse al plan de pagos previsto en el art 493 TRLC (LA LEY 6274/2020) (art. 178 bis.5 LC (LA LEY 1181/2003)). El deudor que no puede intentar un AEP no debe abonar el 25% del pasivo ordinario ni de manera inmediata ni cuando se acoge a un plan de pagos.

2. De la solicitud y de la concesión del beneficio

A) Disfunciones procesales no resueltas

Los artículos 489 (LA LEY 6274/2020) y 490 TRLC (LA LEY 6274/2020) abordan de manera ordenada las cuestiones atinentes a la solicitud de la exoneración por parte del deudor y de la resolución sobre la misma. Se trata de aspectos que están tratados de forma dispersa en el vigente art. 178 bis.1 y 4 LC (LA LEY 1181/2003). Se introduce la especificación que había que considerar sobreentendida en el art. 178 bis.1 LC (LA LEY 1181/2003) respecto de

que en la solicitud el deudor deberá justificar la concurrencia de todos los requisitos para la obtención de la exoneración.

A diferencia de lo que establece el párrafo segundo del vigente art. 178bis.4 LC (LA LEY 1181/2003) en el que la concesión del beneficio de exoneración se realiza con carácter provisional, en el texto del TRLC (LA LEY 6274/2020), parece que declara la exoneración de manera definitiva directamente cuando la misma la ha logrado el deudor mediante el abono del umbral de pasivo mínimo. De esta forma, el texto es más coherente con lo que se establecía en la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015 (LA LEY 12418/2015) al señalar que *«el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios»*. Se aclara definitivamente que el carácter provisional de la exoneración solo es predicable de la obtenida por el deudor que se acoge a un plan de pagos

El art. 489 TRLC (LA LEY 6274/2020) se refiere a la solicitud de la exoneración que deberá ser llevada a cabo por el deudor en el plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la solicitud de conclusión de concurso a que se refiere el art. 469 TRLC (LA LEY 6274/2020). Hay que tener en cuenta que, en los casos de conclusión por insuficiencia de masa simultánea a la declaración de concurso, el art. 472.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) establece que *una vez comunicada al juzgado la finalización de la liquidación, el deudor, dentro de los 15 días siguientes, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho*. Habría sido deseable que constara específicamente el plazo en el propio art. 489 TRLC (LA LEY 6274/2020) o, al menos que este último precepto efectuara una remisión al art. 472.2 TRLC (LA LEY 6274/2020).

El texto clarifica la regulación que establecía el art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003) respecto a si el deudor tiene o no que aportar un plan de pagos en el momento de la solicitud. El deudor debe en la solicitud determinar el itinerario escogido para obtener la exoneración: abono inmediato de umbral de pasivo mínimo o sujeción a plan de pagos (art. 489.4 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Caso de que opte por este último itinerario, *«deberá acompañar propuesta de plan de pagos, tramitándose la solicitud conforme a lo establecido en la sección siguiente»*.

A mi juicio, estaba claro en la LC (LA LEY 1181/2003) que no era preciso aportar el plan de pagos en el momento de la solicitud del BEPI. Así lo probaba el hecho de que había un doble trámite procesal de oposición de los acreedores en dos momentos distintos. Una oposición a la solicitud prevista en el art. 178 bis.4 que actualmente se recoge en el art. 489.3 TRLC (LA LEY 6274/2020) con un plazo de 5 días y otro trámite de oposición distinto referido al plan de pagos aportado por el deudor previsto en el art. 178 bis.6 LC (LA LEY 1181/2003), para el que los acreedores disponen de un plazo de 10 días. Sin embargo, en alguna resolución judicial (15) se llegó incluso a denegar el BEPI por falta de aportación del plan de pagos en la solicitud, denegación que carecía de base legal. De nuevo, en el TRLC (LA LEY 6274/2020) se reacciona a fallos de interpretación no de la norma sino de su aplicación jurisprudencial. El problema es que cuando la estructura de la regulación se hace con base en que no hay que aportar plan de pagos en la solicitud, un cambio de criterio como el efectuado en el TRLC (LA LEY 6274/2020) genera disfunciones procesales que no solo no se han evitado, sino que se han agravado en algún caso. Me explico.

Al igual que hiciera la LC (LA LEY 1181/2003), en el TRLC (LA LEY 6274/2020) se prevén dos trámites de oposición (16) por parte de los acreedores personados y la AC. El primero es el que tiene lugar una vez presentada la solicitud. Según lo dispuesto en el art. 489 TRLC (LA LEY 6274/2020), el Letrado de la administración de justicia dará traslado de la solicitud del deudor a la administración concursal y a los acreedores personados. Estos tienen un plazo de cinco días para oponerse a la misma y hacer alegaciones señalando *«cuanto estimen oportuno en relación con la concesión del beneficio»*. Se reitera en el art. 490 TRLC (LA LEY 6274/2020) que *«la oposición solo podrá fundarse en la falta de alguno de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley»*. No pueden los acreedores alegar lo que consideren oportuno, sino solo la ausencia de cumplimiento de requisitos legales para que el deudor obtenga el BEPI. La oposición se sustanciará por el trámite del incidente concursal regulado los arts. 544 y ss. TRLC (LA LEY 6274/2020).

Aunque los acreedores pueden oponerse alegando la falta de requisitos legales, tal y como establece el art. 489.2 TRLC (LA LEY 6274/2020), el deudor debe justificar la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en los artículos anteriores. Es decir, se refiere al presupuesto subjetivo (concurso fortuito y ausencia de condena penal) y al abono de umbral de pasivo mínimo. Como se puede apreciar, el texto parte de que el deudor no se acoge a plan de pagos directamente en la solicitud. Parece que este escenario solo está previsto cuando, a raíz de las alegaciones

de los acreedores el deudor cambia su solicitud inicial y opta por sujetarse a un plan de pagos que, como dispone el art. 489.4 TRLC (LA LEY 6274/2020) se tramitará conforme a lo establecido en la sección siguiente.

Efectivamente, el art. 496 TRLC (LA LEY 6274/2020) prevé otro trámite de oposición de los acreedores personados cuando el deudor aporta el plan de pagos para que puedan alegar lo que estimen oportuno en relación con la concesión del beneficio. Para ello se les concede un plazo de 10 días. El hecho de que el TRLC (LA LEY 6274/2020) haya optado —acertadamente a mi juicio— por que el plan de pagos se presente en el momento de la solicitud, provoca que se produzca un solapamiento de plazos de alegaciones y oposición por los acreedores.

Si el deudor presenta la solicitud acogiéndose al abono de umbral de pasivo mínimo, realizadas las alegaciones por los acreedores en el plazo de 5 días, puede el deudor cambiar de itinerario y sujetarse a un plan de pagos. En ese caso, los acreedores tendrán un trámite adicional de 10 días para hacer alegaciones al plan de pagos.

Si el deudor directamente se acoge al plan de pagos en el momento de la solicitud, los acreedores solo tendrían un único trámite de oposición y el TRLC (LA LEY 6274/2020) no contempla específicamente esta posibilidad persistiendo la duda de si el plazo debe ser de 5 días tal y como establece el art. 489 TRLC (LA LEY 6274/2020) o de 10 días como establece el art. 496 TRLC (LA LEY 6274/2020). A mi juicio, para evitar indefensión y que se vean recortados los derechos de los acreedores debe aplicarse el plazo de 10 días. Además, hay que tener en cuenta de cara a la oposición, los acreedores deben tener en cuenta si concurren las circunstancias impeditivas para la obtención del BEPI previstas en art. 493 TRLC (LA LEY 6274/2020). Como se puede comprobar, el TRLC (LA LEY 6274/2020) no ha aclarado todo lo que debía y se mantienen incongruencias.

B) El problema de la verificación judicial de la concurrencia de los presupuestos legales de la exoneración del pasivo insatisfecho

Otra cuestión relevante que ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria es la relativa a lo que acontece *si el deudor no cumple los requisitos y nada alega ni el administrador concursal ni los acreedores*. El TRLC (LA LEY 6274/2020) resuelve dudas que existían en este tema.

El art. 178bis.4 LC (LA LEY 1181/2003) señalaba que si la Administración concursal (AC) y los acreedores muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el Juez del concurso «concederá» con carácter provisional el BEPI. Ello planteaba el problema de si podía el juez hacer un juicio de legalidad ulterior o, por el contrario, si no eran los acreedores los que se habían opuesto, no tenía más remedio que decretar la exoneración. Parecía un despropósito que la torpeza de un acreedor o AC ataran de pies y manos al juez y se decretara una exoneración «ilegal». Parecía razonable que el juez hiciera un juicio de legalidad ulterior acerca de la concurrencia de los requisitos para la obtención del BEPI, pero el auto en el que tomara esa decisión el Juez era irrecurrible pues se trata de auto que declara la conclusión del concurso (art. 177 LC y 481 TRLC (LA LEY 6274/2020)). El deudor no tenía oportunidad de defensa alegando y probando hechos que desvirtúen la decisión del concurso. Por ello se había propuesto que se diera trámite de audiencia al deudor concursado antes de dictar el auto denegando el beneficio de exoneración por razones no alegadas por AC ni acreedores. Otra posibilidad era no dar trámite de audiencia, pero permitir el recurso del auto de conclusión del concurso en el pronunciamiento relativo al BEPI (17) con base en el art. 197.3 LC (LA LEY 1181/2003) o art. 546 TRLC (LA LEY 6274/2020).

El art. 490 TRLC (LA LEY 6274/2020) resuelve este problema permitiendo de manera expresa que, en caso de falta de oposición por la AC o los acreedores, el juez del concurso concederá el BEPI, «*previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley. Por lo tanto, la concesión no es automática y contra el auto que declare la exoneración provisional cabe recurso de reposición*» (art. 197.3 LC y 546 TRLC (LA LEY 6274/2020)).

En el caso de que haya oposición, la misma se tramitará como incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio (art.490.2 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Denegada la exoneración se producirán las consecuencias que establece el art. 484.2 TRLC (LA LEY 6274/2020), por lo que los acreedores podrán reiniciar las ejecuciones singulares.

Es posible recurrir en apelación la sentencia que resuelva el incidente de oposición y mientras se resuelve no puede concluirse el concurso. Se prolonga, pues, la vida del concurso cuando se apele la sentencia que pone fin al incidente de oposición. Ello supone, como se ha dicho, que se pueden producir efectos perjudiciales porque al no concluir el concurso, subsistirán los efectos de éste y particularmente la suspensión de las facultades de administración y

disposición lo que puede dificultar cualquier intento de superar los efectos de la insolvencia (18) . Esto es así, si la sentencia decretó la exoneración. Si concluyera el concurso sin esperar a la sentencia firme, es cierto que el deudor podría «reiniciarse» con mayor facilidad. Pero si el concurso concluyera sin sentencia firme y ésta fuera desestimatoria de la exoneración, como he dicho, los acreedores podrían iniciar ejecuciones singulares (art. 484 TRLC (LA LEY 6274/2020)), efecto también indeseable que puede comprometer la resolución dictada en apelación. Habría sido razonable prever un efecto para el caso de que la resolución fuera favorable al deudor, en línea parecida a lo establecido para el convenio en el art. 392 TRLC (LA LEY 6274/2020) (19) . Al fin y al cabo, dotar de eficacia inmediata a la sentencia estimatoria de la exoneración es coherente con el objetivo del BEPI y caso de que se deniegue la exoneración en la apelación, los acreedores no verían perjudicados sus derechos, pues siempre podrían iniciar acciones ejecutivas.

3. Extensión de la exoneración. «Novedades» relativas al crédito público

El art. 491 del TRLC (LA LEY 6274/2020) introduce importantes novedades si lo comparamos con el art. 490 de la PTRLC (LA LEY 6274/2020) y, sobre todo, «innova» respecto del art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003) en una materia clave como es la exoneración del crédito público.

El precepto se refiere a la extensión de la exoneración en la modalidad de abono inmediato de umbral de pasivo mínimo que, se engloba en el que el TRLC (LA LEY 6274/2020) denomina «régimen general». Para entender la modificación operada por el TRLC (LA LEY 6274/2020) es preciso hacer referencia a la situación legal y jurisprudencial de partida.

En el actual art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003) había una discriminación en contra del deudor que carece de liquidez y tiene que acogerse a un plan de pagos. En tal caso, no era exonerable el crédito público (aunque fuera ordinario o subordinado) y el de alimentos, además del crédito privilegiado y contra la masa (art. 178 bis.5). Por el contrario, esta excepción no existía para el deudor que se acogía al abono de umbral de pasivo mínimo que podía exonerarse crédito por alimentos y el crédito público ordinario y subordinado.

Al Tribunal Supremo este resultado le pareció (con razón) demencial y en la sentencia (plenaria) de 2 de julio de 2019 (20) , equipara parcialmente el pasivo exonerable cuando el deudor se acoge a un plan de pagos con el que se exonera el que abona de manera inmediata el umbral de pasivo mínimo. Entiende que el deudor que se acoge al plan de pagos también se exonera el crédito público ordinario y subordinado. Sólo se puede incluir en el plan de pagos el crédito público privilegiado y contra la masa. El resultado al que llega el TS es loable, pero a mi juicio, carece de amparo legal. No había duda interpretativa porque el art. 178bis.5 era claro al excluir el crédito público y el de alimentos de la exoneración del deudor que se acoge al plan de pagos. Buena prueba de ello es que en el borrador de Propuesta de Texto Refundido de la LC (LA LEY 1181/2003) no introducía modificaciones en este tema (art. 490 y 497 de la Propuesta) (21) .

Pues bien, el art. 491 TRLC (LA LEY 6274/2020) acaba con la injustificada discriminación entre deudores, excediéndose de las facultades concedidas para la elaboración del TRLC (LA LEY 6274/2020) y prohibiendo al deudor que se acoge al abono de umbral de pasivo mínimo exonerarse el crédito público ordinario y subordinado, posibilidad admitida en el art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003).

Así lo dispone el art. 491.1 TRLC (LA LEY 6274/2020) que «Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, *exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos*».

Por lo tanto, si el deudor hubiera intentado un AEP sería exonerable el 100% del crédito ordinario y subordinado. Y ello salvo el crédito público que tenga la calificación de ordinario y subordinado y el de alimentos que tiene la condición de ordinario. Se acaba así con la tesis que se ha mantenido (22) en relación con el concepto de créditos de derecho público, entendiendo que estos sólo pueden ser los privilegiados, teniendo en cuenta la clasificación presente en art, 287 TRLC (LA LEY 6274/2020)-94.2 LC (LA LEY 1181/2003). El crédito público no privilegiado sería ordinario o subordinado y no de derecho público. Si esto es así, seguiría siendo exonerable la parte ordinaria o subordinada de los créditos de los que son titulares las administraciones públicas por no tener la consideración de crédito de derecho público. Creo que esta interpretación —bienintencionada— no puede mantenerse. Si se vetara la exoneración al crédito público privilegiado, no sería precisa la mención expresa a créditos de derecho público, ya que

si hay algo claro en la norma es que los créditos privilegiados y contra la masa no se exoneran nunca para ningún deudor. La mención expresa a la no exoneración del crédito de derecho público es precisamente para aclarar que no se exonera tampoco en los casos en los que tiene la calificación de ordinario y subordinado.

El art. 491.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) se refiere a la extensión de la exoneración cuando el deudor se acoge al abono de umbral de pasivo mínimo, pero no hubiere intentado el AEP. Señala el precepto citado que *«si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados»*. Como se puede apreciar, no se repite para este deudor la mención al crédito público y por alimentos. Buenos, pues ya se ha planteado que como «textualmente» no se repite esta mención, el deudor que no intenta el AEP puede exonerarse el crédito público y por alimentos. Creo que esto es indefendible, por más que un abogado lo intente todo para defender a su cliente, cosa que me parece muy legítimo. El número segundo del art. 491 TRLC (LA LEY 6274/2020) continúa el régimen previsto en el apartado primero limitando la exoneración del crédito público al 75%. Según un criterio de interpretación teleológico, la finalidad de la norma es dar un trato de desfavor al deudor que, pudiendo no intenta el AEP. Si se le permitiera la exoneración del crédito público con base en un criterio puramente gramatical, se le estaría dando un trato más beneficioso que al deudor que intentó el AEP. Tal discriminación de régimen no tendría justificación.

Este cambio de tercio a última hora en el TRLC (LA LEY 6274/2020) respecto de la PTRLC parece ser una respuesta al «exceso interpretativo» cometido por el TS en la sentencia citada. A mi juicio el legislador en 2015 quiso discriminar negativamente al deudor que se acogía a un plan de pagos para disuadirle de usar el BEPI. La reforma se introdujo en un contexto político en donde el interés electoralista de la medida pesó más que el de su eficiencia (23) . De esta forma se incentivaba el que el deudor llegara con masa al concurso y el padecimiento de los acreedores no fuera tan severo por cuanto los titulares de créditos contra la masa y privilegiados cobraban pronto. Al TS no le pareció bien y hace una interpretación en abierta contradicción con el art. 178 bis (LA LEY 1181/2003). 5 LC que expresamente para el deudor que se acoge al plan de pagos le excluye de la exoneración el crédito público y por alimentos. El TS solo acaba con la discriminación sobre el crédito público, pero no se pronunció sobre el de alimentos.

En suma, en el TRLC (LA LEY 6274/2020) el crédito público (ordinario y subordinado) ya no es exonerable para ningún deudor, se acoja o no al plan de pagos. Aquí el TRLC (LA LEY 6274/2020) sí innova y cabría pensar que se excede de las competencias atribuidas al Gobierno. No obstante, se puede considerar que sus elaboradores también «interpretan» como lo hizo en su momento el TS. El tema traerá problemas sobre todo si algún juez decide que hay extralimitación en el TRLC (LA LEY 6274/2020) y no lo aplica (24) . De hecho, alguno ya ha anunciado que lo hará. Esperemos que no se genere una inseguridad jurídica en este importante tema. Si se estima que los elaboradores del TRLC (LA LEY 6274/2020) se han excedido, también cabe opinar lo mismo de la doctrina del TS. No se puede «sancionar» un exceso para aplicar otro.

Si queremos recuperar al deudor empresario para el que el crédito público es una partida importante, éste debe dejar de ser intocable. Así lo ha recomendado el Fondo Monetario Internacional (25) . Como señaló el Banco Mundial: excluir de la exoneración al crédito público socava todo el sistema de tratamiento de la insolvencia porque priva a los deudores, a los acreedores y a la sociedad de muchos beneficios del sistema. El Estado debe soportar el mismo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia (26) .

En la DRI no se mencionan al tratar de las deudas no exonerables las que tiene el deudor con las administraciones públicas, a pesar de que son claves para la recuperación del empresario insolvente (27) . Los Estados miembros tienen margen de maniobra en este tema.

Hay además que recordar que en la sentencia de 16 de marzo de 2017 (28) , el TJUE se planteó la compatibilidad de la exoneración del crédito público con el régimen de ayudas de Estado. El objetivo de esta regulación es evitar el riesgo de que tal exoneración pueda provocar distorsiones a la competencia y el mercado interior. Si unos empresarios pueden dejar de abonar las deudas públicas, podría pensarse que ello supone un trato de favor que perjudique a los competidores del empresario afectado. Pues bien, el TJUE aclara que el hecho de que unas deudas de IVA sean declaradas inexigibles con arreglo a la normativa nacional que establece un procedimiento de liberación de las deudas es compatible con el mercado común y, por tanto, lícita, sin necesidad de solicitar y obtener la correspondiente autorización de la Comisión.

A mi juicio, el legislador español al transponer la DRI debe cambiar de criterio en materia de exoneración de crédito público, si de verdad se quiere conseguir el objetivo que pretende la DRI de que el empresario obtenga una exoneración real que le permita reiniciar su actividad empresarial.

4. Revocación de la exoneración

El art. 492 TRLC (LA LEY 6274/2020) se ocupa de la revocación de la exoneración cuando el deudor se acoge a la opción de abono de umbral de pasivo mínimo.

Este precepto introduce modificaciones sustanciales. Se opta por una interpretación francamente discutible del art. 178 bis.7 LC (LA LEY 1181/2003), en el sentido de entender que a los deudores que se acogen al sistema de abono de umbral de pasivo mínimo sólo les es de aplicación la causa de revocación del primer párrafo del art. 178.bis.7 LC (LA LEY 1181/2003), referida a la ocultación de bienes o derechos o de ingresos. Esta ocultación de bienes y derechos mira al pasado. Es decir, que durante los cinco años posteriores a la concesión de la exoneración se demuestre que el deudor ha ocultado bienes y derechos embargables excluyéndolos de la masa activa. Es decir, la ocultación de bienes y derechos no debe haberse producido durante los cinco años siguientes a la concesión del beneficio, sino antes, en la formación de la masa activa. Ejemplos de ocultación son la puesta de bienes propios a nombre de otro que actúa como testaferro, bienes en paraísos fiscales etc...

Lo que merece ser destacado es que estas conductas realizadas durante el plazo de cinco años posteriores a la concesión de la exoneración, no constituyen causa de revocación al menos para el deudor que abona un umbral de pasivo mínimo. Como la exoneración es «definitiva» o automática y el deudor ha abonado el pasivo no exonerable, parece que poco importa que se hayan ocultado bienes *durante* el transcurso de cinco años que dura el plazo de revocación. Ya veremos que no sucede lo mismo cuando el deudor se acoge a un plan de pagos.

Se mantiene la mención a que se trata de bienes embargables, referencia que considero ociosa, puesto que tales bienes en ningún caso forman parte de la masa activa.

El TRLC (LA LEY 6274/2020) opta por la interpretación, a mi juicio muy discutible, por las razones que señalaré, de entender que sólo esta causa de revocación es aplicable al deudor que abona el umbral de pasivo mínimo. Reserva el resto de causas de revocación contempladas en el art. 178 bis.7 LC (LA LEY 1181/2003) párrafo segundo, al deudor que se acoge a un plan de pagos (art. 498 TRLC (LA LEY 6274/2020)) al que también se le aplica esta relativa a la ocultación de bienes y derechos.

Ciertamente el propio tenor literal del art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003), tras su redacción por la Ley 25/2015 (LA LEY 12418/2015) puede avalar esta interpretación. El segundo párrafo del art. 178 bis (LA LEY 1181/2003). 7 LC, referido a estas ulteriores causas de revocación, se inicia con la frase «*también podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos*», enumerándose a continuación el resto de causas de revocación como son la mejora de la situación económica del deudor, el incumplimiento del plan de pagos y la concurrencia de circunstancias enumeradas en el art. 178 bis.3 LC (LA LEY 1181/2003).

Por el contrario, en la redacción del art. 178 bis.7 dada por el RDL 1/2015 (LA LEY 2841/2015), las causas de revocación expresamente eran comunes a todo deudor, sin especificarse que una fuera causa general y otras específicas aplicables *además* al deudor que se acoge al plan de pagos. El cambio operado por la Ley 25/2015 (LA LEY 12418/2015) separando dentro de un mismo apartado las causas de revocación, podría hacer pensar que solo la primera relativa a la ocultación de bienes y derechos es aplicable al deudor que abona el umbral de pasivo mínimo. De esta forma, por ejemplo, la mejora de la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, no provocaría la revocación del BEPI para el deudor que se hubiera acogido al abono de umbral de pasivo mínimo (29) .

Es obvio que la revocación por incumplimiento del plan de pagos no tiene sentido para el deudor que abona el umbral de pasivo mínimo, pero el resto de causas (mejora de la situación económica o concurrencia e circunstancias que hubieran impedido la concesión del beneficio, por ejemplo, una condena penal) pueden serle perfectamente aplicables. Interpretar que estas causas de revocación solo son aplicables al deudor que se acoge a un plan de pagos provoca un reduccionismo normativo y una diferencia de trato que, llevada a sus últimas consecuencias, sólo puede conducir al absurdo (30) .

Me parece censurable que el TRLC (LA LEY 6274/2020) haya acogido esta interpretación que profundiza en el dislate

que supone la discriminación negativa del deudor que se acoge al plan de pagos, discriminación que no está justificada en una mayor reprochabilidad de su conducta, sino en su incapacidad económica. No tiene sentido que si al deudor que abona el umbral de pasivo mínimo le toca lotería o comete un delito en el plazo de cinco años posterior a la concesión del beneficio, la exoneración no sea revocable. Y tampoco es que la letra de la ley reflejada en el art. 178 bis.7 LC (LA LEY 1181/2003) sea «decisiva» para acoger esta interpretación que censuro. Si el segundo párrafo del art. 178bis.7 LC (LA LEY 1181/2003) solo se refiriera al deudor que se acoge a un plan de pagos, no tiene sentido que en su apartado b) señale «*en su caso*, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos». Esta mención no tiene mucho sentido cuando expresamente se dice que «también podrá solicitarse la revocación si durante el plazo de cumplimiento del plan de pagos». El «en su caso» solo tiene sentido si esas causas de revocación son aplicables tanto al deudor que abona el umbral de pasivo mínimo como al que se sujeta al plan de pagos. El TRLC (LA LEY 6274/2020) suprime el «en su caso» porque lisa y llanamente aplica estas causas de revocación sólo al deudor que se acoge al plan de pagos.

En relación con la legitimación para el ejercicio de la acción de revocación, se señala que la tiene cualquier «acreedor concursal». Acreedores concursales son los anteriores a la declaración de concurso y se contraponen a los acreedores contra la masa (art.84 LC y 242 TRLC (LA LEY 6274/2020)). El acreedor contra la masa tiene un crédito no exonerable y que se ha incorporado al plan de pagos precisamente porque hay que pagarlo. De ahí que no tenga interés en la revocación de la exoneración. Es más no le interesa que la exoneración se revoque porque de estimarse la revocación el deudor pasaría a deber todas sus deudas y ello dificultaría todavía más el pago de los créditos no exonerables.

En este sentido, creo que hay que entender que solo pueden pedir la revocación los acreedores que se han visto afectados por la exoneración que serán los concursales (31) . Tampoco deberían poder solicitarla los acreedores concursales titulares de créditos no exonerables (privilegiados, público y por alimentos) (32) .

Sin embargo, este aspecto no ha sido especificado en el TRLC (LA LEY 6274/2020) que sigue refiriéndose a «cualquier acreedor concursal». Parece que se excluye la legitimación al acreedor contra la masa y no en cambio a los titulares de crédito concursal no exonerable (alimentos, crédito privilegiado y público) discriminación no justificada, a mi juicio. Al igual que para declarar el incumplimiento del convenio el art. 402 TRLC (LA LEY 6274/2020) da legitimación a «cualquier acreedor que estime incumplido el convenio *en lo que le afecte* podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento», para revocar la exoneración debe estar legitimado el acreedor que se haya visto afectado por la misma.

III. Régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos

1. Presupuesto objetivo especial

Como ya he anunciado, el art. 178bis LC (LA LEY 1181/2003) discrimina negativamente al deudor que no tiene la capacidad económica para satisfacer el umbral de pasivo mínimo. No es que este deudor sea menos merecedor de la exoneración por razón de su conducta, sino que su menor capacidad económica es sancionada por el legislador, planteamiento que no se sigue en los ordenamientos de nuestro entorno.

La buena fe exigible al deudor que se acoge al plan de pagos es coincidente con la del deudor que abona el umbral de pasivo mínimo, siendo de aplicación la regulación contenida en el art. 487 TRLC (LA LEY 6274/2020) relativo al presupuesto subjetivo.

El art. 493 TRLC (LA LEY 6274/2020) se refiere a los requisitos adicionales que tiene que cumplir el deudor que se acoge a un plan de pagos y que se desgajan —correctamente, a mi juicio—, del concepto de buena fe al que se reconducen en el art. 178 bis (LA LEY 1181/2003).3. 5º LC. Se sistematiza dicha regulación en dos preceptos incluyendo en el art. 494, relativo a la solicitud de la exoneración la necesidad de que el deudor acepte someterse al plan de pagos y que acepte la publicidad de la concesión del beneficio en el Registro público concursal.

Respecto de los supuestos que se enumeran en el art. 178 bis.3.5.ii-iv, LC (LA LEY 1181/2003), el art. 493 TRLC (LA LEY 6274/2020) reproduce en su apartado 1º el requisito a que el deudor no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a la capacidad del deudor. Se introducen cambios, en el apartado segundo del art. 493 TRLC (LA LEY 6274/2020) aclarando que el deudor no debe «*haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal*». Se suprime la remisión al art. 42 LC (LA LEY 1181/2003) que actualmente se recoge en el art. 178bis.3.5.ii. LC (LA LEY 1181/2003).

En relación con el requisito de que el deudor no haya obtenido la exoneración en los 10 años anteriores a la declaración de concurso contemplado en el art. 493.3 TRLC (LA LEY 6274/2020), no se ha aprovechado la ocasión para especificar si el cómputo comienza con la exoneración provisional, con la definitiva o con la solicitud. Si el cómputo de 10 años se inicia con la obtención de la exoneración definitiva, en realidad el bloqueo para solicitar el BEPI se prolongaría 15 años desde la obtención de la exoneración provisional. Por ello entiendo que el inicio del cómputo debe situarse en la resolución que declare la exoneración provisional del concurso. No creo que haya que tener en cuenta el momento en el que se efectúa la solicitud, dado que ésta puede ser desestimada. Se trata de que el deudor no *haya obtenido*, no que no haya solicitado. Por la misma razón entiendo que *dies a quo* no debe ser la declaración de concurso, pues es la obtención del beneficio el criterio determinante que provoca la extinción de los derechos de los acreedores.

El plazo de 10 años desde que se obtuvo la exoneración provisional debe haber transcurrido cuando el deudor formula la nueva solicitud de exoneración (no cuando se declara el concurso consecutivo), momento en el que debe darse este presupuesto objetivo especial para el deudor que se acoge a un plan de pagos.

En cualquier caso, resulta lamentable que esta restricción no opere para el deudor que abona un umbral de pasivo mínimo. No parece de recibo que un deudor pueda acogerse al BEPI abonando el umbral de pasivo mínimo sin límite de plazo cuando tiene la posibilidad de no intentar el AEP y, por lo tanto, puede no verse afectado por el plazo de 5 años que debe haber transcurrido para poder solicitar el nombramiento de mediador concursal (art. 634 TRLC (LA LEY 6274/2020)).

2. Solicitud de exoneración

El art. 494 del TRLC (LA LEY 6274/2020) se ocupa de la solicitud de la exoneración cuando el deudor se acoge a un plan de pagos. Me parece positivo que se aclare el contenido de la solicitud que se desarrolla en el art. 495 TRLC (LA LEY 6274/2020), dedicado a la propuesta de plan de pagos que, como ya he explicado, señala qué debe incluirse en la solicitud. Ya se ha explicado los problemas de solapamiento de plazos oposición que este cambio ha ocasionado (33) .

No obstante, no se ha aprovechado la oportunidad de establecer un plazo de subsanación de la solicitud, a diferencia de la previsión contenida en el art. 640TRLC (equivalente al 232.3 LC (LA LEY 1181/2003)) que concede un plazo de 5 días para subsanar los defectos en la solicitud de nombramiento de mediador concursal en el AEP. Cabría por analogía aplicar dicho plazo a los defectos de la solicitud (34) el BEPI, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 231 LEC (LA LEY 58/2000) que dispone que *«el Tribunal y el Letrado de la Administración de Justicia cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes»*. Hay que entender que debe tratarse de fallos que no impliquen valoración de la concurrencia o no de los requisitos. Así, por ejemplo, haya olvidado la aceptación de la constancia registral de la eventual exoneración del pasivo pendiente, subsanación de errores formales o requerimiento de documentos.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que cuando se desemboca en la exoneración de deudas por consecuencia de un concurso consecutivo, y este ha sido solicitado por el mediador concursal, el art. 706.3 TRLC (LA LEY 6274/2020) (equivalente al art. 242.2.b) LC (LA LEY 1181/2003)) dispone que el mediador debe pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación. A mi juicio, esa manifestación del mediador concursal en relación con la concurrencia de los requisitos para la exoneración, no vincula al juez, aunque luego tal mediador se convierta en administrador concursal (art. 242.2. 2ª LC (LA LEY 1181/2003)). El deudor deberá hacer su propia solicitud de exoneración por el cauce previsto en el art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003). Por ello me parece ocioso e innecesario que el mediador tenga que pronunciarse sobre los requisitos de la exoneración cuando, de considerar que no proceden, no se deriva ninguna consecuencia. Entiendo que en el TRLC (LA LEY 6274/2020) debería haber suprimido que el mediador se pronuncie sobre la concurrencia de los requisitos para la exoneración porque la solicitud del deudor no está supeditada a ninguna actuación del mediador concursal (35) .

También me parece improcedente que en el plazo de alegaciones al plan de liquidación puedan los acreedores y el concursado formular observaciones sobre los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 718.2 TRLC (LA LEY 6274/2020), equivalente al art. 242.8º LC (LA LEY 1181/2003)). Este trámite se debe llevar a cabo cuando el art. 490.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) (equivalente del art. 178 bis.4 LC (LA

LEY 1181/2003)) lo establece, una vez presentada la solicitud por el deudor. La técnica es mala y hay exceso de trámites que parecen apuntar a que al juez le llegue el máximo de trabajo hecho. En el TRLC (LA LEY 6274/2020) deberían haberse hecho estos ajustes que entran en el ámbito de la delegación realizada a la comisión encargada de su elaboración, puesto que en ningún caso supone una alteración de sistema vigente.

También el art. 494 TRLC (LA LEY 6274/2020) referido a la solicitud de la exoneración alude a la necesidad de que el deudor acepte que la concesión del BEPI *se haga constar en el Registro Público concursal durante un plazo de 5 años*. Las restricciones al mismo que se establecen en el vigente art. 178bis.3.5º. LC (LA LEY 1181/2003) se recogen ahora en el art. 564.2 TRLC (LA LEY 6274/2020).

Ya critiqué en su momento esta publicidad adicional del dato negativo de la obtención de la exoneración que favorece la *exclusión financiera* del deudor que la ha obtenido y supone indirectamente un mecanismo de disuasión —principalmente a los deudores empresarios— para la solicitud del BEPI. Como acertadamente se ha dicho, la idea de revelar el propio fracaso, ya sea por escrito o en persona, frente a un administrador público o privado, representa un acontecimiento vergonzoso y estigmatizante. Estos sentimientos actúan como poderosos desincentivos para los deudores que están considerando acudir al auxilio que presta el sistema de insolvencia (36) .

Si lo que se quiere es rehabilitar al deudor, debe favorecerse su acceso al mercado crediticio y no obstaculizarse aún más. Efectivamente, la medida no está justificada y además es innecesaria pues el que el deudor haya recibido una exoneración de deudas es un dato negativo en su historial crediticio que se haría constar en los ficheros de solvencia negativos, sin que sea necesaria una publicidad adicional que estigmatiza al deudor y le disuade de utilizar un sistema que potencialmente tiene muchos beneficios para la sociedad. Por lo demás, el art. 499.3 TRLC (LA LEY 6274/2020) (equivalente al art. 178 bis.8 LC (LA LEY 1181/2003)) expresamente prevé que la resolución que declare la exoneración definitiva de deudas se publicará en el Registro Público Concursal y ello afectará a todo deudor se acoja o no a un plan de pagos.

Pues bien, parece que con esta publicidad de la obtención del beneficio se pretende precisamente eso: que los deudores no recurran al proceso pues son más los inconvenientes asociados al mismo que las ventajas. Para un empresario insolvente, la obtención de futura financiación es decisiva y esta publicidad adicional favorece su exclusión financiera. No se trata de ocultar el dato negativo, sino que se rija por las reglas generales de los ficheros de solvencia negativos. Suprimir esta publicidad suplementaria no habría alterado el sistema vigente pues ya existe publicidad en el art. 499.3 TRLC (LA LEY 6274/2020)

3. Propuesta y aprobación del plan de pagos

Los arts. 495 (LA LEY 6274/2020) y 496 TRLC (LA LEY 6274/2020) se ocupan de la propuesta y aprobación del plan de pagos del pasivo no exonerable al que se refiere el art. 495.1 TRLC (LA LEY 6274/2020). Quizá hubiera sido más razonable determinar primero el pasivo exonerable y posteriormente la regulación del plan de pagos del pasivo no exonerable. De esta forma no se producen reiteraciones como la que tiene lugar entre en el art. 495.1 y el art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020).

Dispone el art. 495.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) que *«en la propuesta de plan de pagos deberá incluir expresamente el deudor el calendario de pagos de los créditos que, según esa propuesta, no queden exonerados. El pago de estos créditos deberá realizarse dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tengan un vencimiento posterior»*. Llama la atención la referencia a los créditos de vencimiento posterior, también presente en el art. 178bis.6 LC (LA LEY 1181/2003). Si la exoneración se produce tras la liquidación del patrimonio, se produce el vencimiento de los créditos aplazados (art. 146 LC y 414 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Por lo tanto, no deberían existir créditos nacidos pero que venzan después el período de 5 años que dura el plan de pagos. De admitirse, al tratarse de créditos no exonerables, debería retardarse la solicitud de exoneración definitiva (37) . Pero esta posibilidad no puede admitirse en el TRLC (LA LEY 6274/2020) que expresamente impide en el art. 496.2 que el plan de pagos pueda durar más de 5 años.

Señala el art. 497.2 TRLC (LA LEY 6274/2020), en los mismos términos de lo que ya se establecía en el último párrafo del art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003) que las propuestas de aplazamiento o fraccionamiento de créditos de Derecho público se registrarán por su normativa específica. Esta norma suscitó la duda de si el crédito público formaba parte o no del plan de pagos. Del tenor literal parecería que como el aplazamiento o fraccionamiento se regula por su normativa específica, los créditos de derecho público no forman parte del plan de pagos y el deudor deberá iniciar la

vía administrativa para conseguir un aplazamiento o fraccionamiento (38) .

En su momento sugerí (39) que lo razonable sería que la norma contenida en el art. 497.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) se llevara al art. 495 pues afecta a cómo debe abonarse el crédito público en el plan de pagos. Pues bien, correctamente, ese trasvase normativo se ha hecho, pero no se ha eliminado la mención del art. 497.2 TRLC (LA LEY 6274/2020), reiterándose dos veces la misma idea de que las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se rigen por su normativa específica. A mi juicio, el que las reglas de aplazamiento se rijan por su normativa específica no necesariamente implica que no se incluyan los créditos de derecho público en el plan de pagos, sino que la regla de su aplazamiento se hará conforme a su normativa específica (40) , sin que ello implique el juez del concurso pierda competencias para la aprobación del aplazamiento cuando en el plan de pagos se incluye crédito público (41) .

Este polémico asunto fue resuelto en la ya citada sentencia del TS de 2 de julio de 2019 que tuvo que pronunciarse sobre la corrección o no de la alegación realizada por la Agencia Tributaria contra la inclusión de determinados créditos de derecho público en el plan de pagos. La recurrida sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca Sección 5ª, de 21 de septiembre de 2016 (42) entendió que tales créditos debían incluirse en el plan de pagos.

El TS confirma la sentencia en este punto y denuncia que existe una contradicción en la norma porque por una parte prevé un plan de pagos de créditos no exonerables que ha de ser aprobado por el juez y, por otra parte, se remite a 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.* Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003) (que pueda alcanzarse en algún caso la exoneración plena de la deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial». El crédito público se incluye en el plan de pagos y éste debe ser aprobado por el juez sin que la AEAT tenga nada que decir. La argumentación me parece impecable: hay una contradicción que se resuelve con base en el criterio de interpretación teleológica (art. 3 CC (LA LEY 1/1889)).

El TRLC (LA LEY 6274/2020) no aclara de manera explícita este problema, pero, con base en un criterio sistemático, parece acoger la tesis del TS al incorporar la norma sobre la regulación del aplazamiento del crédito público en el art. 495 dedicado a los créditos que se contienen en el plan de pagos. No obstante, a mi juicio, debería haberse suprimido la reiteración de la misma norma en el art. 497.2 TRLC (LA LEY 6274/2020).

Como ya se ha anunciado anteriormente, el art. 496 TRLC (LA LEY 6274/2020), prevé otro trámite de alegaciones a favor de los acreedores personados y a la AC para que hagan alegaciones al plan de pagos en el plazo de 10 días. Hay que entender que las alegaciones son solo sobre la propuesta, es decir, sobre los fraccionamientos, aplazamientos, duración etc... y no para los demás requisitos generales para la obtención de exoneración.

Tienen derecho a hacer alegaciones todos los acreedores personados y no sólo los titulares cuyos créditos se han incluido en el plan que son los créditos no exonerables. En el texto de la Propuesta de TRLC (LA LEY 6274/2020), se refería «titulares de aquellos créditos que, según la esa propuesta, no queden exonerados». Parece razonable que sólo los afectados puedan hacer alegaciones al plan de pagos, pero en el texto finalmente aprobado se alude a los acreedores personados, sin duda porque ambos trámites de alegaciones el del art. 489 y el art. 495 TRLC (LA LEY 6274/2020) se unificarán. Con todo, no hay que olvidar que, mediatamente, los acreedores que se han visto afectados por la exoneración y cuyos derechos no forman parte del plan de pagos, en cierta medida se ven afectados por la propuesta de plan de pagos. Una propuesta generosa evitará la posible revocación del BEPI por incumplimiento del plan de pagos. Una propuesta más estricta, favorecerá tal revocación y que resuciten sus derechos.

De las alegaciones realizadas por los acreedores personados y la AC se dará traslado al deudor para que manifieste si mantiene el plan de pagos o lo modifica atendiendo en todo o parte lo alegado.

Sea como fuere, el juez del concurso en la resolución que declare la conclusión del concurso y después de comprobar la concurrencia de los requisitos legales (comprobación judicial) concederá provisionalmente el beneficio. El TRLC (LA LEY 6274/2020) aclara que no hay automatismo en la concesión y que el juez valorará la concurrencia de los presupuestos legales. El juez puede aprobar la propuesta de plan presentado o introducir modificaciones en cuanto al tipo de fraccionamiento y plazos, pero sin que pueda afectar a la cantidad de pasivo a reembolsar.

Aquí sigue residiendo uno de los fallos más clamorosos de la ley y es que todo deudor tiene que abonar el mismo pasivo no exonerable en el plan de pagos, al margen de cuáles sean sus circunstancias y tras haberse liquidado el patrimonio del deudor. Esto necesariamente cambiará con la DRI que obliga a esta adaptación. Hasta que eso suceda, planes de pagos «imposibles» deberán ser aprobados porque tampoco se exige ningún plan de viabilidad.

4. Extensión de la exoneración

El art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020) se ocupa de los créditos exonerables cuando el deudor se acoge a un plan de pagos. Ya he criticado en muchas ocasiones el sinsentido de discriminar negativamente a este tipo de deudor por el mero hecho de su incapacidad económica. Como ya he señalado, la «novedad» introducida en el art.491 TRLC (LA LEY 6274/2020) respecto de la no exoneración de los créditos de derecho público y por alimentos también para el deudor que abona el umbral de pasivo mínimo, ha atemperado esta discriminación entre ambos tipos de deudores.

El art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020) reitera la regla contenida en el art. 178bis.5 LC (LA LEY 1181/2003) mejorándose la prolija redacción del supuesto de exoneración del pasivo de deuda pendiente tras la ejecución de garantías. El art. 497 se refiere a los créditos con privilegio especial cuyo importe no se haya satisfecho tras la ejecución de la garantía y siempre que el pasivo restante no goce de privilegio general.

5. Revocación de la concesión de la exoneración en caso de plan de pagos

El art. 498 se ocupa de la revocación de la exoneración estableciendo causas específicas de revocación del beneficio para el deudor que se acoge a un plan de pagos. Ya me he ocupado al tratar de la revocación de la exoneración en el régimen general (43) del sinsentido que supone que se agrave todavía más la posición del deudor que se acoge a un plan de pagos y, consiguientemente, se favorezca la exoneración para el deudor que abona el umbral de pasivo mínimo.

De las causas de revocación de la exoneración provisional previstas en el precepto, debe prestarse especial atención a la atinente a la «ocultación de la existencia de bienes o derechos o de ingresos». A diferencia de lo dispuesto en el art. 492, no se especifica que tal ocultación se haya realizado en el pasado y se evidencie en los cinco años siguientes a la concesión del beneficio, tal y como con carácter general se establece en el vigente art. 178bis.7 LC (LA LEY 1181/2003). Por el contrario, según el texto del TRLC (LA LEY 6274/2020), cuando se trata de un deudor que se acoge al plan de pagos también la ocultación de bienes y derechos producida durante el período de 5 años que dura el plan de pagos, es causa de revocación.

Ahora bien, una vez concedida la exoneración definitiva por cumplimiento del plan de pagos, en caso de no haberse cumplido, por darse las circunstancias previstas en el art. 499 TRLC (LA LEY 6274/2020) (equivalente al vigente art. 178bis.8 LC (LA LEY 1181/2003)), no parece que pueda instarse la revocación por ocultación de bienes y derechos. No se ha reproducido en la propuesta la norma contenida en el último inciso del último párrafo del art. 178 bis.8 LC (LA LEY 1181/2003) que establece que «no obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concorra la causa prevista en párrafo primero del apartado anterior, es decir, por ocultación de bienes y derechos». Es decir, la exoneración definitiva obtenida por el deudor que se acoge a un plan de pagos deja de ser revocable TRLC (LA LEY 6274/2020), algo que supone también una alteración del régimen vigente, por más que me parezca adecuada la solución a la que se ha llegado.

También hay que tener presente otro cambio introducido en el art. 498 TRLC (LA LEY 6274/2020) si se compara con el art. 178bis.7 LC (LA LEY 1181/2003). Este último precepto permite la revocación cuando se dan algunas de las circunstancias que conforme a lo previsto en el art. 178bis.3 LC (LA LEY 1181/2003) hubieran impedido la concesión del beneficio. Dado que en la LC (LA LEY 1181/2003) se incluye en el concepto de buena fe lo que son requisitos para la obtención del beneficio, las posibilidades de revocación eran extraordinariamente amplias dados los numerosos presupuestos previstos.

El TRLC (LA LEY 6274/2020) distingue claramente lo que es la buena fe de lo que son los presupuestos para la obtención del BEPI. El art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020) permite la revocación solo cuando falten los requisitos relativos a la buena fe. Por lo tanto, comisión de delitos, ya que el concurso no puede ser declarado culpable durante el período de cumplimiento del plan de pagos. Esto significa que incumplir los deberes de colaboración o haber rechazado una oferta de empleo durante el período del plan de pagos, no supone la revocación de la exoneración. No estoy de acuerdo con este cambio. Si es importante que el deudor no rechace ofertas de empleo es precisamente en el período de 5 años de cumplimiento del plan de pagos. Es la buena conducta que exigen los sistemas llamados de

«fresh start ganado (44) ». El deudor debe hacer lo posible para satisfacer los derechos de los acreedores durante el período de buena conducta. La regulación tiene que generar incentivos para el buen comportamiento del deudor y la supresión de esta causa de revocación entiendo que no tiene mucho sentido.

Por último, en relación con el plazo para ejercitar la revocación, cuando el deudor se acoge al abono de umbral de pasivo mínimo, el plazo es de cinco años siguientes a su concesión. Por el contrario, cuando se trata de deudor que se acoge a un plan de pagos, el plazo de revocación es el de cumplimiento de plan de pagos que no puede exceder de cinco años, pero puede ser menor (art. 495 TRLC (LA LEY 6274/2020)).

6. Exoneración definitiva

El art 499 TRLC (LA LEY 6274/2020) se refiere a la exoneración definitiva cuando el deudor se acoge al plan de pagos, sistematizando la regulación contenida en el art. 178bis.8 LC (LA LEY 1181/2003).

El TRLC (LA LEY 6274/2020) ha resuelto, a mi juicio en la dirección correcta, uno de los principales problemas de interpretación más graves que plantea el art. 178.bis.8 LC (LA LEY 1181/2003) y que se reproduce en el art. 499 TRLC (LA LEY 6274/2020). Este precepto permite excepcionalmente que el juez declare la exoneración siempre que se den determinadas circunstancias que atienden al nivel de ingresos se hayan destinado al cumplimiento del plan de pagos (45) . Se trata de hipótesis en las que además del pasivo exonerable cuya extinción se quiere convertir en definitiva, hay otro pasivo que el deudor no ha abonado y es el no exonerable y que forma parte del plan de pagos. El segundo párrafo del art. 178bis.8 LC (LA LEY 1181/2003) dispone que aunque no se haya cumplido el plan de pagos, el juez puede conceder la exoneración definitiva del «pasivo insatisfecho» pero no queda nada claro qué pasivo es el que definitivamente exonera *¿Se refiere al pasivo exonerable o también a las deudas no exonerables insatisfechas por incumplimiento del plan de pagos?*

La confusa redacción hizo creer a muchos (46) que quedarían exoneradas TODAS las deudas pendientes exonerables o no, es decir, abarcando las incluidas en el plan de pagos y que resultaron impagadas. Sería España el único país del mundo en el que las deudas no exonerables, terminaban siendo exoneradas. Esto, a mi juicio, no tenía sentido. Como es lógico, la exoneración definitiva abarca lo que fue objeto de exoneración provisional y por eso se dice que es definitiva.

No comparto el argumento de que la interpretación del precepto que permite la exoneración de *todo* el pasivo (exonerable o no) se base en que de lo contrario no tendría ningún sentido hablar de exoneración definitiva porque «si solo se declara la exoneración de los créditos insatisfechos ya exonerados con ocasión de la concesión provisional, continuaría siendo deudor de los créditos insatisfechos tras el incumplimiento del plan de pagos que sin embargo no fueron exonerados en aquel momento» (47) . Cuando la ley dice que un crédito es no exonerable, es porque no es exonerable. Se olvida que hablamos de exoneración «definitiva» de una que es «provisional» y por eso tiene pleno sentido hablar de exoneración definitiva.

¿Qué se ha hecho en el TRLC (LA LEY 6274/2020) al respecto? Hay un cambio muy sutil en la redacción del art. 499 (equivalente al art. 178bis.8 LC (LA LEY 1181/2003)) que creo que aclara el sentido de la norma, aunque yo habría preferido que se hubiera sido más explícito. Se señala que «el juez del concurso, a petición del deudor, dictará auto *concediendo la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho en el concurso*». El precepto aclara que el juez concederá la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho y, por lo tanto, de las deudas que fueron objeto de exoneración provisional. *No es lo mismo decir que concederá de manera definitiva la exoneración del pasivo insatisfecho (que puede ser el exonerado provisionalmente u otro) que conceder la exoneración definitiva.* Según el TRLC (LA LEY 6274/2020) «el pasivo insatisfecho» es el que fue objeto de exoneración provisional. El pasivo no exonerable incluido en el plan de pagos, declarado como tal, es no exonerable. Los acreedores conservarán sus derechos de crédito frente al deudor.

La interpretación que mantengo (48) y que entiendo que acoge el TRLC (LA LEY 6274/2020), es restrictiva porque restrictivo es el sistema diseñado por el legislador. Cuando se dice que determinadas deudas son *no exonerables* ello se refiere tanto a la exoneración provisional como a la definitiva. No dice la ley que solo sean deudas no exonerables transitoriamente. En otros ordenamientos, los que acogen el sistema de responsabilidad, el plan de pagos afecta al pasivo exonerable, pero nunca al no exonerable porque no tiene sentido declarar no exonerables unas deudas y luego permitir su exoneración máxime cuando no se ven afectadas por la exoneración provisional. Así, en el caso del Derecho alemán, aun cuando se decrete la exoneración provisional, el deudor en el período de buena conducta debe

hacer todo lo posible para abonar el pasivo exonerable (y por supuesto el no exonerable que queda fuera del sistema). Aunque los acreedores no pueden ejercitar sus derechos de crédito tras la exoneración provisional, el deudor en dicho período de buena conducta en caso de obtener ingresos, debe entregarlos al curador para el abono del pasivo exonerable (declaración de cesión, parágrafo 295 Ley de Insolvencia alemana). Por eso, el sistema español es una mala copia de los modelos de responsabilidad pues se exige el abono del crédito no exonerable para la liberación del exonerable, planteamiento equivocado que provoca las dudas que ahora suscitó el art. 178 bis.8 LC (LA LEY 1181/2003) y creo que ahora resuelve en el sentido indicado el art. 499 TRLC (LA LEY 6274/2020).

Lo razonable habría sido aumentar el pasivo exonerable. Ahí reside una segunda oportunidad de verdad, algo que siempre he defendido. Cuando un pasivo es no exonerable, sencillamente no lo es e interpretar la norma para que lo sea no tiene sentido lógico ni técnico. En todos los países las deudas que no se exoneran pueden ser reclamadas por los acreedores y eso no puede escandalizar. Lo que sí escandaliza es un sistema como el nuestro que declara muchas deudas no exonerables y, además, supedita la exoneración al abono de las no exonerables.

IV. Efectos comunes de la exoneración

La sección 4ª se ocupa de los efectos comunes de la exoneración al margen, por tanto, de que el deudor se haya acogido al plan de pagos o haya abonado el umbral del pasivo mínimo. A ello se refiere el art. 178bis.5 LC (LA LEY 1181/2003) el cual ha hecho pensar, dada su pésima redacción, que estos efectos solo eran aplicables al deudor que se acoge al plan de pagos. Afortunadamente, el TRLC (LA LEY 6274/2020) aclara este extremo en sentido adecuado.

El art. 500 TRLC (LA LEY 6274/2020) se refiere al efecto esencial del BEPI respecto de los acreedores quienes no podrán ejercitar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de sus créditos.

1. Efectos de la exoneración respecto a bienes conyugales comunes

Sí se han introducido cambios respecto al art. 178bis.5 LC (LA LEY 1181/2003), en relación con los efectos de la exoneración respecto de los bienes conyugales comunes. A este extremo se refiere el art. 501 TRLC (LA LEY 6274/2020).

Cuando el concursado está casado en régimen de gananciales, según lo dispuesto en el art. 77 LC y 193 TRLC (LA LEY 6274/2020), todos los bienes gananciales se integran en la masa activa (49) . Se dice que «cuando deban responder de las obligaciones del concursado», mención que desde el punto de vista civil es ociosa, ya que los bienes gananciales responden de las deudas gananciales y subsidiariamente de las deudas privativas (50) . El TRLC (LA LEY 6274/2020) mantiene esta mención innecesaria.

Como lógica contrapartida, según el art. 251.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) (equivalente al art. 49.2 LC (LA LEY 1181/2003)) se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. Por lo tanto, tanto las deudas gananciales contraídas por el concursado, como por su cónyuge, se integran en la masa pasiva y ello, sin que el cónyuge tenga a su vez que ser declarado en concurso.

Hay que tener en cuenta que según la legislación civil (art. 1.369 CC (LA LEY 1/1889)), de las deudas gananciales responde solidariamente el patrimonio privativo del cónyuge contratante y la masa ganancial. No es preciso, pues, que el acreedor haga excusión de los bienes privativos del contratante.

Pues bien, el art. 501 TRLC (LA LEY 6274/2020), al igual que el art. 178bis.5 LC (LA LEY 1181/2003) se ocupa del supuesto en el que el deudor casado en gananciales obtiene el BEPI, cuando su cónyuge, por el contrario, no ha necesitado declararse en concurso. ¿Qué efectos tiene la exoneración respecto del cónyuge no concursado? Según el art. 178bis.5 LC (LA LEY 1181/2003) (51) se extendían los efectos de la exoneración al cónyuge del concursado, perdiendo los acreedores gananciales el derecho a agredir el patrimonio privativo de éste (aunque fuera totalmente solvente), en contra del derecho que les concede la legislación civil, particularmente el art. 1369 CC. (LA LEY 1/1889) La LC (LA LEY 1181/2003) les expropiaba sin justificación alguna de su derecho contra el patrimonio privativo del cónyuge del concursado.

El art. 501 del TRLC (LA LEY 6274/2020) (52) subsana, en parte, este despropósito, permitiendo en el apartado tercero que los acreedores puedan «*dirigirse contra el patrimonio del cónyuge del deudor por sus deudas propias en tanto no haya obtenido éste el beneficio de la exoneración del pasivo*». Aunque se ha subsanado el error denunciado, la redacción propuesta no es, a mi juicio, correcta. Debería especificarse que los acreedores que pueden

dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del concursado son los acreedores comunes que contrataron con él. Los acreedores gananciales que contrataron con el concursado solo pueden agredir el patrimonio ganancial y el privativo del concursado. Por otro lado, no puede decirse que los acreedores gananciales pueden dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del concursado cuando se trata de «deudas propias» pues este término confunde con deudas privativas. Debe tratarse de deudas gananciales asumidas exclusivamente por el cónyuge del concursado en el ámbito del art. 1365 del Código Civil (LA LEY 1/1889). En este sentido debe, a mi juicio, interpretarse el término «deudas propias».

El TRLC (LA LEY 6274/2020) ha introducido cambios, no siempre positivos, en relación con el concurso de persona casada. Así, por ejemplo, es obligatoria la notificación al cónyuge del concursado o pareja de hecho inscrita del auto de la declaración de concurso (art. 33.2 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Cuando el concursado está casado en régimen de gananciales, se regula la facultad de disolución de la sociedad conyugal por parte del cónyuge del concursado en el art. 125 TRLC (LA LEY 6274/2020). En dicho precepto se aclara —por fin— que, ejercitada la facultad de disolución del régimen por el cónyuge del concursado, debe procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges (53) . Se reproduce también en dicho precepto, el mandato de coordinación entre las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación concursal que actualmente se recoge en el art. 77.2 LC (LA LEY 1181/2003). La liquidación será previa y coordinada con el convenio o liquidación concursal.

Solo si se entiende que se ha dividido el patrimonio común puede tener sentido la norma contenida en el art. 194 TRLC (LA LEY 6274/2020) que sorprendentemente señala que «*el cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor*». Esto es un imposible jurídico desde el punto de vista civil. Los bienes gananciales no son bienes en comunidad romana y no hay cuotas sobre los mismos. Solo si se ha producido la liquidación de la sociedad de gananciales, cabría pensar que la norma se refiere a un derecho de adquisición preferente del cónyuge del concursado para adquirir los bienes gananciales adjudicados al otro. No se trataría ya de bienes gananciales, sino ex gananciales que integrarían la masa activa, a pesar de la liquidación que hubiera podido hacerse, dado que así lo impone el art. 193 TRLC (LA LEY 6274/2020). Desde luego, si no se ha disuelto y liquidado el régimen, no es posible, desde el punto de vista civil, este derecho de adquisición preferente sobre la «mitad de un bien ganancial».

Si la sociedad de gananciales se ha liquidado la extensión de la exoneración al cónyuge del concursado no puede operar.

2. Efectos de la exoneración del pasivo respecto de fiadores y codeudores solidarios

El art. 502 TRLC (LA LEY 6274/2020) reproduce la norma contenida en el art. 178bis.5 LC (LA LEY 1181/2003) respecto de los efectos de la exoneración para los obligados solidarios y fiadores, sin introducir novedades al respecto. El fiador o codeudor solidario que paga no puede ejercitar la acción de reembolso contra el deudor. De esta forma, se salvaguarda la esencia de las garantías personales (ejercitables para los casos de insolvencia del deudor principal) y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal (54) .

No puede, a mi juicio, considerarse injusto el que el fiador o el coobligado solidario soporte las consecuencias de la exoneración del pasivo pendiente y vea cómo le reclaman el pago a pesar de la extinción de la obligación para el deudor principal, impidiéndose el derecho de reembolso. Y es que no se puede olvidar que las garantías personales tienen como finalidad reforzar el derecho del acreedor cuando el deudor es insolvente. Como afirma el Banco Mundial con meridiana claridad, «cuando los deudores solicitan la iniciación del procedimiento de insolvencia son, obviamente, insolventes y, por lo tanto, la responsabilidad del garante necesariamente entra en juego. Si la responsabilidad del garante quedara reducida en tal situación, los acreedores estarían menos protegidos y estarían menos dispuestos a conceder créditos» (55) .

Por supuesto, no hay ningún obstáculo a que en el supuesto de que el fiador sea insolvente, pueda a su vez declararse el concurso y ser exonerado el pasivo que deba por tal condición siempre que la deuda haya vencido y le haya sido exigida al fiador (56) .

V. Valoración final

Concluyo ya. El TRLC (LA LEY 6274/2020) mejora y aclara en muchos aspectos la regulación contenida en el vigente art. 178bis LC (LA LEY 1181/2003). Se puede decir que supone un avance y facilitará la aplicación de esta regulación

ahora tan necesaria por los tremendos efectos económicos que está produciendo la crisis sanitaria por la pandemia por Covid-19. Si hay un claro ejemplo de deudor honesto y desafortunado es el que lo pierde todo por culpa de una crisis sanitaria imprevisible e inevitables. Para rescatar a estos deudores está el BEPI.

Esperemos que con ocasión de la transposición de la DRI se modifique el sistema en la línea que ya he propuesto (57). Deben diseñarse dos itinerarios para obtener el BEPI: una exoneración directa tras la liquidación del patrimonio del deudor sin necesidad de intentar un AEP y una exoneración sin liquidación del patrimonio con plan de pagos impuesto judicialmente a los acreedores. Solo en este último caso habría que intentar un AEP. Y es que cuando el deudor carece de patrimonio, poco puede negociar y mantener la exigencia de intento de AEP en estos casos es, a mi juicio, absurdo. Por el contrario, si se diseña un sistema que permita una exoneración por la vía de quitas, esperas, novaciones impuestas en un plan de pagos sin liquidación del patrimonio del deudor porque este llega con masa al concurso, el requisito del intento de AEP adquiere pleno sentido. Hay margen para negociar y existe un incentivo de los acreedores a hacerlo pues el plan de pagos podrá ser impuesto judicialmente en caso de fracaso de AEP.

En definitiva, ninguna persona debe ser condenada a la exclusión social por culpa de una regulación injusta y restrictiva. La mejora de esta regulación debe ser una prioridad de este Gobierno. Esperemos que así sea...

- (1) Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (LA LEY 11089/2019), sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (LA LEY 10613/2017) (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).
- (2) Un ejemplo de exceso interpretativo es la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019 que declara exonerable el crédito público ordinario y subordinado para el deudor que se acoge al plan de pagos, en abierta contradicción con el art. 178 bis.5 LC (LA LEY 1181/2003). Cfr. El post que sobre el particular escribí en el blog Hay Derecho. CUENA CASAS, M., Segunda oportunidad y crédito público. (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019). <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/29/segunda-oportunidad-y-credito-publico-a-proposito-de-la-mal-entendida-sentencia-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019/> (Consultado el 22 de junio de 2020)
- (3) No ha faltado alguna resolución judicial que, pretendiendo ayudar al deudor, ha permitido que se decrete la exoneración sin ejecutar la hipoteca que grava la vivienda habitual del deudor. Esto es, a mi juicio, una «trampa», sin base legal que realmente beneficia a la entidad acreedora. Cf. CUENA CASAS, M. «La banca ya sabe cómo escapar de la segunda oportunidad» <https://hayderecho.expansion.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/>
- (4) En el auto del Juzgado mercantil n.º 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 se concedió una exoneración del pasivo pendiente (con arreglo al régimen que estaba vigente antes de la aprobación del RDL 1/2015 (LA LEY 2841/2015)), sin haberse ejecutado la hipoteca lo cual se publicó en los medios como una buena noticia <http://www.lavanguardia.com/economia/20150511/54431160334/jueces-facilitaran-hipotecados-piso.html#.VVCVo2PY0qg.twitter>
- (5) De ahí el matiz que han introducido los jueces mercantiles de Barcelona (Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016 (Acuerdo I,6) donde se acuerdan unos criterios generales de interpretación del art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003), p.6): En relación con esta cuestión se ha establecido un criterio de interpretación en el sentido de que el juez podrá valorar «que no sea necesario, para acordar la exoneración que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía». <https://www.economistjurist.es/wp-content/uploads/sites/2/2016/06/acuerdo-jueces-mercantil-15.06.2016.pdf> (Consultado el 10 de junio de 2020). Esto no es interpretar, es legislar, cosa que, con todos mis respetos, no pueden hacer los jueces.
- (6) Más extensamente, CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho», en Prats Albentosa, L., *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Thomson Aranzadi, 2016, pp. 62 y ss.
- (7) Según datos proporcionados por Instituto Nacional de Estadística, el porcentaje de concursos de personas físicas respecto del total de concursos era en 2013 del 10,4%, fecha en la que se introdujo por primera vez la exoneración del pasivo. Realmente es en 2015 cuando se introduce un régimen más generoso lo que se ha visto reflejado en un aumento progresivo del porcentaje de concursos de persona física respecto el total de concursos: 12,3% en 2014, 15,3%, 17,4% en 2016, 30, 7% en 2017, 32,59% en 2018, 38,5% en 2019. Es un aumento progresivo y constante, pero las cifras de concursos de persona física están muy lejos de las de otros países de nuestro entorno. En 2019 en España, de un total de 6599 concursos, 2544 lo fueron de persona física, www.ine.es en Alemania la cifra ascendió a 95.539 casos, el 75,5% de los concursos totales lo fue de persona física. https://www.destatis.de/EN/Home/_node.html Igualmente llamativo es el porcentaje de concursos de persona física en EEUU, alcanzando el porcentaje del 97 % https://abi-org.s3.amazonaws.com/Newsroom/Bankruptcy_Statistics/Total-Business-Consumer1980-Present.pdf
- (8) CUENA CASAS, M., *op. cit.*, p. 91.
- (9) Enmienda núm. 81 presentada en el Congreso por el grupo parlamentario de CIU y la número 37 de Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 137-2, de 10/06/2015 <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A->

- (10) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M, «La superación de la crisis de insolvencia», segunda edición, Ed. Lefevre, octubre 2015, p. 89.
- (11) Artículo 178.2 de la LC (LA LEY 1181/2003) en su redacción dada por la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LA LEY 15490/2013) de 27 de septiembre de 2013. «La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados». Análisis esta norma en mi trabajo, «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», ADco, n.º 31, 2014.
- (12) Esta era la interpretación mantenida en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016 sobre interpretación del art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003) se ha entendido que «también se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del art. 178 bis 3. 3º cuando se acrediten otros supuestos en que se ponga fin, por causa no imputable al deudor, al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos».
- (13) La Disposición transitoria única del TRLC (LA LEY 6274/2020) establece que permanecerán en vigor los artículos 27, 34 y 198 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre (LA LEY 14949/2014). Estas normas son las reguladoras de la remuneración de la administración concursal.
- (14) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M, «La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia», Madrid, 2015 (2ª ed.), p. 90. SENENT, S, «El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n. 23, 2015, p. 154. RUBIO VICENTE, P, «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 24, 2016, p. 11 (Smarteca). Es además el criterio mantenido en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016 (Acuerdo I,6) *cit.*. Los mismos no se dictan con base en el art. 264 LOPJ (LA LEY 1694/1985), por lo que su valor es de meras propuestas de soluciones a los problemas de interpretación que suscita el art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003). «Las personas que no reúnan los requisitos del art. 231 solamente podrán obtener el beneficio de la exoneración del art. 178 bis.3 número 4º». <https://www.economistjurist.es/wp-content/uploads/sites/2/2016/06/acuerdo-jueces-mercantil-15.06.2016.pdf> (Consultado el 10 de junio de 2020). En este documento se defienden interpretaciones forzando la norma con el objetivo de proteger a los deudores. En este caso no. Castigan con su interpretación al deudor que más endeudado está y más necesita una segunda oportunidad. Afortunadamente el TRLC (LA LEY 6274/2020) ha terminado esta lamentable y, a mi juicio, infundada interpretación.
- (15) Sentencia del Juzgado Mercantil de Murcia de 22 de octubre de 2015
- (16) La oposición deberá revestir la estructura y contenido de la demanda de un juicio ordinario (art. 536 TRLC (LA LEY 6274/2020)). El plazo de cinco días se inicia desde el siguiente a la notificación de la diligencia de ordenación y finaliza el sexto día hábil procesal a las 15 horas (arts. 130 y ss. LEC (LA LEY 58/2000)).
- (17) PUIGCERVER, C., «El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (I). Presupuestos, requisitos y tramitación procesal, en Pardo Ibáñez, B., *El mecanismo de segunda oportunidad*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 322.
- (18) En este sentido, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M, «La segunda oportunidad. La superación de la crisis de la insolvencia, Ed. Lefevre, Madrid, 2015, p. 118.
- (19) Coincido en este punto con HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M, *op. cit.*, p. 118.
- (20) Cfr. Mi comentario a esta sentencia, CUENA CASAS, M., «Segunda oportunidad y crédito público. A propósito de la mal entendida sentencia del TS de 2 de julio de 2019» <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/29/segunda-oportunidad-y-credito-publico-a-proposito-de-la-mal-entendida-sentencia-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019/>
- (21) Propuesta de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020), https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292430074795?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Real_Decreto_Legislativo_por_el_que_se_aprueba_el_Texto_Refundido_de_la_Ley_Concursal.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas
- (22) DE LA MORENA, G., «Dificultades y problemas a resolver para conseguir la exoneración del pasivo insatisfecho» <http://delamorena.net/dificultades-y-problemas-a-resolver-para-conseguir-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho/> (Consultado el 23 de junio de 2020).
- (23) Sobre las razones que impulsaron la reforma operada en la ley 25/2015, de 28 de julio (LA LEY 12418/2015) de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, cfr. Mi trabajo «La exoneración del pasivo insatisfecho», en Prats Albentosa, L., *Comentarios a la Ley de mecanismo de segunda oportunidad*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 65 y ss.
- (24) Así lo ha anunciado el juez Raúl García Orejudo, <https://www.lavanguardia.com/economia/20200508/481013798015/ley-concursal-segunda-oportunidad-hacienda-seguridad-social.html>
- (25) <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f17898af32a70b8958b979.pdf>

- (26) BANCO MUNDIAL, «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo n.º 31, enero-abril 2014, p. 338. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>, p. 240.
- (27) Según muestra un estudio la empresa tipo concursada en España es una micropyme con una plantilla de entre 1 a 9 trabajadores y un volumen de negocio inferior a 2 MM €. Las micropymes en España, que representan casi un 60% de los concursos de acreedores, suponen el 95,7 % de todas las empresas, 3,6 puntos por encima de la estimación disponible para el conjunto de la UE en 2012 (92,1%). Mediante un estudio muestral por volumen de concursos, se observa cómo el crédito público —AEAT y Seguridad Social— se concentra especialmente en empresas de menos de 5 MM de pasivo, donde supone un 20% de los créditos. A medida que va creciendo el pasivo el porcentaje del crédito público disminuye: así, para una empresa con un pasivo entre 5 y 10 MM baja al 6%, y si el pasivo se incrementa de 10 a 50 MM no llega al 2%. En cambio, la incidencia del crédito público en micropymes con un pasivo inferior a 1 MM € supera el 30%. El estudio advierte tanto del lastre que para la pequeña empresa en España supone el peso del crédito público y su marco regulatorio a la hora de encontrar vías eficaces para su reflatación y el mantenimiento del empleo, como de la escasa flexibilidad de la actual normativa de Hacienda Pública y Seguridad Social para los procesos de renegociación de deuda y el consecuente mantenimiento del empleo. CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS REFOR, «Análisis de la Pyme en la reforma concursal y la incidencia del crédito público» <https://www.economistas.es/contenido/REFor/CONCLUSIONES1672014.pdf> (Consultado el 25 de junio de 2020).
- (28) Agenzia delle Entrate c. Marco Identi, C-493/15. Más extensamente, CUENA CASAS, M., «Crédito público y exoneración de deudas. A propósito de la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2017, RdCP n.º 27, 2017, pp. 237-248. La sentencia es el resultado de una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Tribunal Supremo de casación italiano. Los hechos arrancan del auto de 14 de abril de 2008 que concede la liberación de deudas o exoneración del pasivo pendiente en el seno de un proceso concursal de un empresario persona física (Sr. Identi). El tribunal aplica al caso la regulación de segunda oportunidad para empresarios recogida en art. 142 de la Legge Fallimentare italiana. Después de dicho auto, la Administración tributaria reclama al deudor el pago de deudas tributarias que se habían devengado antes del auto que concedió la liberación del pasivo pendiente. Denegado por los tribunales el abono de dichas deudas, la Administración tributaria recurre ante el Tribunal de Casación que plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE. Se plantea la compatibilidad de la exoneración la compatibilidad de la exoneración de deudas con la regulación europea sobre el IVA (Sexta Directiva 77/388 (LA LEY 919/1977)). Asimismo, se cuestiona es la compatibilidad de la exoneración del crédito público con el régimen de ayudas de Estado (arts. 107-109 del Tratado de Funcionamiento de la UE).
- (29) Este parece ser el criterio mantenido en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016 donde se acuerdan unos criterios generales de interpretación del art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003): «*Si se cumplen los requisitos previstos en el art. 178 bis 3, número 4º resulta de aplicación el apartado 7 que regula la posible revocación del beneficio de exoneración si en los cinco años siguientes a la firmeza de esta resolución se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados, que no sean bienes inembargables*».
2. En el caso de exoneración provisional también le resulta de aplicación el régimen de revocación del beneficio previsto en el art. 178 bis 7 párrafo segundo.
- (30) Así lo ha puesto de relieve RUBIO VICENTE, P, «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal, *cit.*, p. 11.
- (31) Así lo entendían los criterios de los Jueces de lo Mercantil y JPI n.º 50 de Barcelona, de 15 de junio de 2016.
- (32) En contra, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M, «La segunda oportunidad», *cit.*, p. 157. A su juicio, también los acreedores titulares de créditos contra la masa pueden solicitar la revocación por cuanto al estar sujetos al plan de pagos, han perdido el derecho al devengo de intereses. En el mismo sentido, Prieto García-Nieto, I y Gabaldón Codesido, J, Conclusiones a las Jornadas de Magistrados Especialistas en Mercantil, <http://www.economistjurist.es/articulo-derecho-civil-penal-mercantil-laboral-fiscal-procesal-publico-privado-administrativo-internacional/conclusiones-a-las-jornadas-de-magistrados-especialistas-en-mercantil/> p. 15.
- (33) *Vid.* Epígrafe II.2.
- (34) Así lo han estimado los jueces mercantiles de Barcelona (Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016 (Acuerdo III,3) donde se acuerdan unos criterios generales de interpretación del art. 178 bis LC (LA LEY 1181/2003), p.6): «*La existencia de algún defecto de forma en la solicitud o la ausencia de algún documento justificativo podrá ser apreciada de oficio por el Juez del concurso y se entenderá subsanable*».
- (35) En contra, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M, «La segunda oportunidad, *cit.*», p. 213, entiende que en este caso no es necesario la solicitud del deudor y que el pronunciamiento del mediador concursal la sustituye. Creo que no hay base legal para tal afirmación, pues el art. 178 bis.2 LC (LA LEY 1181/2003) no encuentra excepción. Puede ser que el deudor no quiera la exoneración de deudas, por ejemplo, por el impacto negativo que puede tener su acceso al mercado crediticio. El mediador no puede decidir por él. Por otro lado, hay requisitos de la exoneración de los que no se puede pronunciar. En este sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, JM, «La reestructuración...», *cit.*, p. 175.
- (36) El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo. n.º 31, enero-abril 2014, p. 251. Versión en inglés. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>
- (37) Así lo entiende RUBIO VICENTE, P, *op. cit.*, p. 14, siguiendo a CABANAS TREJO, R, «El nuevo Régimen legal de la Exoneración del Pasivo concursal y del Acuerdo Extrajudicial de Pagos (Real Decreto-ley1/2015, de 27 de febrero de)», en Diario La Ley, 2015, núm. 8505, de 23 de marzo, La Ley 2197/2015, p. 5.
- (38) Así se ha entendido en algunas resoluciones judiciales como la sentencia del Juzgado Mercantil n.º 3 de Gijón, de 14 de febrero de 2018, Id. Cendoj: 33024470032018100020; sentencia de Juzgado Mercantil n.º 1 de Oviedo, de 20 de marzo de 2018. Id. Cendoj: 33044470012018100025. Así lo ha entendido ESCOLÀ BESORA, M.E., «Supuesto específico de créditos con garantía real, créditos por alimentos y créditos de derecho público en el concurso

consecutivo» en Pardo, B. (Coord.) El Mecanismo de segunda oportunidad. Del acuerdo extrajudicial de pagos al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 363.

(39) Así lo hice en este trabajo sobre la PTRL (LA LEY 6274/2020) de 2017. CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho» en Rojo, A., y Campuzano, A. (Dir.) Regularización, aclaración y armonización de la legislación concursal. IX Congreso español de Derecho de la Insolvencia, Estudios de Derecho concursal, Thomson Reuters Civitas, 2018, pp. 431-472.

(40) Hay que tener en cuenta que el art. 65.2.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LA LEY 1914/2003) dispone que «En caso de concurso del obligado tributario, las que, de acuerdo con la legislación concursal, tengan la consideración de créditos contra la masa».

(41) En contra, HERNÁNDEZ, M., «La segunda oportunidad...», cit., p. 130, entiende que en el plan de pagos deben incluirse los créditos de derecho público, si bien respecto a ellas el posible aplazamiento o fraccionamiento no depende de la resolución judicial que apruebe el plan sino que será preciso que se apruebe el procedimiento establecido en la legislación específica al objeto de producir efectos.

(42) Id. Cendoj: 07040370052016100255. <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/c0adb998dc5ec9bc30caaf07f0ca4c23c49bfd1b4a32b9ed>

(43) Vid.. Apartado II.4 del presente trabajo.

(44) Así se establece en el párrafo 295 de la Ley de Insolvencia alemana que específicamente dispone que es obligación del deudor durante el plazo de vigencia de la declaración de cesión: «desarrollar una adecuada actividad lucrativa y, si está sin empleo, hacer lo necesario para encontrarlo y rechazar una actividad razonable».

(45) Dispone el art. 499.2 TRLC (LA LEY 6274/2020). «Aunque el deudor no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, el juez, previa audiencia de los acreedores, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo (LA LEY 4108/2012), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. (LA LEY 14238/2011)».

(46) Así lo entiende FERNÁNDEZ SEIJO, JM, «La reestructuración...», cit., p. 310: «Al regularse la exoneración definitiva no se establece limitación alguna, la ley habla de pasivo insatisfecho en el concurso, por lo tanto aunque el deudor no pudiera en principio verse exonerado del crédito público y del crédito por alimentos, transcurridos cinco años, constatado el esfuerzo realizado y constatada la insuficiencia del patrimonio del deudor la única consecuencia posible es que se exonere de la totalidad de créditos pendientes». Creo que a tal conclusión no se puede llegar con los criterios de interpretación (en particular, el lógico y el sistemático) recogidos en el art. 3 del Código Civil (LA LEY 1/1889). También HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M, «La segunda oportunidad, cit», p. 178, considera que la exoneración definitiva en caso de incumplimiento de plan de pagos, si se cumplen los umbrales establecidos en el art. 178 bis.8, abarcará al pasivo exonerable y al no exonerable que quedó pendiente tras el incumplimiento del plan de pagos, si bien no aporta argumento alguno que sustente su posición. Tan sólo la mención literal a «pasivo insatisfecho», es decir, el argumento literal. RUBIO VICENTE, P, «Segunda oportunidad...», cit, p. 26. Por su parte, SENENT, S, op. cit., p. 156, plantea la duda interpretativa sobre el alcance del pasivo insatisfecho en supuesto del art. 178 bis, pero no se pronuncia acerca de la interpretación que debe prevalecer. Es además el criterio mantenido en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia núm 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016.

(47) RUBIO VICENTE, P, op. cit., p. 26.

(48) También la mantienen en relación con el art. 178 bis.8 LC (LA LEY 1181/2003), LATORRE CHINER, N, «El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física», Anuario de Derecho Concursal n.º 37, enero-abril 2016, p. 192. SÁNCHEZ JORDÁN, E, «Deudas derivadas de la adquisición de vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho» en «Vivienda, préstamo y ejecución, dirigido por Espejo Lerdo de Tejada, M y Murga Fernández, JP (Dir) y De los Ángeles Fernández Scagliusi y Tomás Tomás, S (Coord.), Cizur Menor, 2015, p. 965.

(49) Más extensamente, CUENA CASAS, M, «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008.

(50) CUENA CASAS, M, «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Thomson Aranzadi 2008, pp. 127 y ss.

(51) Art. 178.bis 5 «Si el concursado tuviere un régimen de gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico, el beneficio de la exoneración se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado en concurso respecto de deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común».

(52) Art. 501 TRLC (LA LEY 6274/2020) «Si el régimen económico del matrimonio el deudor fuera el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la exoneración beneficiará a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que debieran responder esos bienes, aunque el otro cónyuge no hubiera sido declarado en concurso.

2. La misma regla será de aplicación a los bienes de la sociedad o comunidad conyugal ya disuelta en tanto no haya sido liquidada.

3. Queda a salvo la facultad de los acreedores de dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del deudor por sus deudas propias en tanto no haya obtenido este el beneficio de la exoneración del pasivo».

(53) Es la interpretación que defendí en mi trabajo «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008.

(54) En contra del criterio establecido en la LC (LA LEY 1181/2003), la Ley 24/2015, de 29 de julio (LA LEY 12790/2015) de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, aprobada en Cataluña, mantiene el criterio contrario en su art. 4: «en caso de que el consumidor se acoja a los procedimientos establecidos por los artículos 2 y 3 y disfrute de la cancelación del pasivo no satisfecho, el fiador también puede disfrutar de ella, siempre que tenga con el deudor una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado».

(55) BANCO MUNDIAL, «El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», cit., p. 338. <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>

(56) Cfr. Auto del Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona de 1 de octubre de 2015.

(57) CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019 (LA LEY 11089/2019). Propuestas de transposición al Derecho español». Revista de Derecho ^o
