



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL

Sobre la funcionalidad del Derecho concursal: *the second chance*?*

Revista de Derecho Privado, núm. 43, 2022, Julio-Diciembre, pp. 291-315

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.12>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417572654011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Sobre la funcionalidad del Derecho concursal: *the second chance?**

» MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS**

RESUMEN. En esta contribución se reflexiona acerca de la evolución y la virtualidad del Derecho concursal desde el enfoque que nos ofrece la legislación española, teniendo muy presentes las dificultades económicas que atraviesan los operadores dentro de la situación de pandemia ocasionada por el covid-19. Desde esta óptica, se analiza un instituto de gran interés, conocido como “segunda oportunidad” (beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho), que es traslación de instituciones procedentes de otras legislaciones. Se estudia cómo está reglamentado y cuáles son las cuestiones que aún están pendientes de aclarar y mejorar para que sirva a los objetivos pretendidos.

PALABRAS CLAVE: crisis empresarial, covid-19, derecho de insolvencia, finalidad, segunda oportunidad.

On the Functionality of Bankruptcy Law: The Second Chance?

ABSTRACT. This contribution reflects on the evolution and virtuality of bankruptcy law from the approach offered by Spanish law, bearing in mind the economic

* Fecha de recepción: 1.º de diciembre de 2020. Fecha de aceptación: 29 de abril de 2022.
Para citar el artículo: CANDELARIO MACÍAS, M. I., “Sobre la funcionalidad del Derecho concursal: *the second chance?*”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 43, julio-diciembre 2022, 291-315. doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.12>.

** Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España; profesora titular. Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España. Contacto: icandela@der-pr.uc3m.es. Orcid: 0000-0002-8646-9242.

difficulties that operators are going through in the pandemic situation caused by covid-19. From this point of view, an institute of great interest known as “second chance” (benefit of the exemption of unsatisfied liabilities) is analyzed, which is the transfer of institutions from other legislations. It is studied how it is regulated and what are the issues that are still pending clarification and improvement so that it serves the intended objectives.

KEYWORDS: business crisis, covid-19, insolvency law, purpose, second chance.

SUMARIO: Introducción. I. La finalidad del Derecho concursal. II. Aproximación al marco normativo concursal. III. El mecanismo de la “segunda oportunidad”. Conclusiones. Referencias

Introducción

Hoy día no se discute que la crisis de la pandemia sanitaria derivada del virus conocido como coronavirus SARS-CoV-2 (covid-19) ha originado y supone en el presente y el futuro cercano graves consecuencias económicas y financieras en las empresas de todo el mundo; sin entrar a valorar otra serie de implicaciones conexas como son la desigualdad, la falta de liquidez, la pobreza, la pérdida de empleos, entre otros.

Por lo que hace a la crisis empresarial, es sabido que desde una vertiente legal tenemos como paliativo de tales consecuencias la legislación concursal, si bien esto no significa que ésta, *per se*, se convierta en la panacea para solventar todas las situaciones, sino que más bien hemos de apoyarla con otra serie de medidas: laborales, fiscales, de política macro y microeconómica para poder resolver de forma certera dichas situaciones. Cabe apuntar que la metodología que emplearemos en este trabajo es la característica de las ciencias jurídicas, en particular, la hermenéutica y teleología jurídica.

A raíz de estas aseveraciones de partida surgen algunas incógnitas, tales como: para qué sirve el Derecho concursal, cuál es su finalidad y si ha evolucionado el modo de pensar del Derecho concursal; existen mecanismos relacionados que pueden paliar o solventar las situaciones de dificultades económicas de los sujetos: qué es el mecanismo de “segunda oportunidad” ligado al derecho concursal. Estos interrogantes y sus respuestas son las paradas de nuestro camino, que recorreremos seguidamente en esta breve contribución.

I. La finalidad del Derecho concursal

Este tópico es una de las claves para poder entender la articulación de cualquier legislación concursal. Ciertamente es que sobre este particular existe bastante literatura científica, si bien hay que precisar que depende y se relaciona con la ideología política del gobierno de turno que se encuentre en un momento determinado en el poder;

extremo que no debiera ser así, toda vez que la legislación concursal o denominada bajo otra terminología: legislación de bancarrotas, crisis empresarial, dificultades económicas, insolvencia o quiebras debiera ser neutra o imparcial en su concepto, características, estructura, identidad y principios.

También resulta certero decir que a lo largo del tiempo la finalidad asociada al Derecho concursal ha ido variando y se ha puesto mayor o menor énfasis en una finalidad u otras, en muchos casos confundiendo medios con fines. Explicuemos esto último, diciendo que en los primeros momentos históricos de la legislación concursal se ponía especial hincapié en el carácter represivo y sancionador del derecho concursal, extremo que con el paso del tiempo se ha paliado por el estigma que ha soportado el sujeto insolvente o quebrado y, hasta el punto de construir una cultura que al día de hoy sigue subsistiendo en algunas legislaciones donde se considera que el deudor quebrado es un fallido o “fracasado”, planteamiento que poco ayuda a entender la mecánica de cualquier normativa concursal, en especial, si con ella se persigue anticipar en el tiempo o prevenir “males mayores” inherentes a las situaciones de dificultades económicas que atraviesa el sujeto en este tipo de situaciones.

Con el deambular de los años se ha trasladado la finalidad de satisfacción de los acreedores y la consiguiente liquidación de los bienes a otros fines o, mejor dicho, medios para conseguir un fin, como son la prevención, la conservación de la empresa o la preservación –o no pérdida– del empleo. Estos últimos se han visto disciplinados y reconocidos legalmente en diferentes normativas concursales de diferentes países y en épocas distintas.

Focalizando nuestra atención en el derecho concursal español más reciente, cabe aseverar que la finalidad del procedimiento concursal reglamentado en la Ley 22/2003, del 9 de julio, *de lo concursal*¹, encontraba su fundamento en sus precedentes proyectos de leyes concursales españolas, presentados uno ya al Ministerio de Justicia en su primera versión en el año 2001, y otro, al Parlamento en julio del 2002, era y es la *mejor tutela del crédito* (satisfacción de los acreedores) a través de diversas vías: sea la liquidación (enajenación o venta de activos a través de un plan de liquidación-plan de pagos), o bien la conservación de la empresa (mediante soluciones negociadas-convenio), hay que precisar que esta última: la solución negociada trámite el *convenio* es la *solución normal* querida por el legislador español, y así lo ponía de manifiesto en la exposición de motivos de su ley “faro”, 22/2003, pero que desafortunadamente se ha quedado en “buenas intenciones”, toda vez que las estadísticas nos cuentan que del 100% de solicitudes de concursos, el 93% acaban en liquidación, quedando el otro 7% sólo para la consecución de soluciones negociadas por mediación del convenio.

En este contexto se ha de apreciar que las diferentes actualizaciones de la ley de 2003, que se describirán *infra*, se han incorporado otros medios-objetivos a cumplir

1 Boletín Oficial del Estado en España, en adelante *BOE*, n.º 164, 10 de julio.

por el derecho concursal como es la prevención, en especial, a través de la incorporación de los diferentes institutos *preconcursoales* como son primero el acuerdo de refinanciación de deuda y, de otro, el acuerdo extrajudicial de pagos o conocido también como “mediación concursal”. Es verdad que esto atiende a lo que acaece en otras legislaciones de derecho comparado como el derecho concursal belga o francés e, inclusive, por las recomendaciones y sugerencias que vienen impuestas y, que se referenciarán en otro epígrafe (II), de diferentes organismos internacionales.

Centrándonos en la finalidad del derecho concursal aparece en el cuerpo normativo de la ley cuando se hace referencia a la expresión *interés del concurso*, que la ley no define –no tiene por qué–, pero se concreta *ad hoc* en función de las circunstancias y atendiendo a intereses dignos de amparo y tutela. En este sentido y por equiparación es similar cuando hablamos en el derecho de “sociedades mercantiles del interés social”. Conceptos abstractos y vagos, que se han de ir concretando caso por caso.

A nuestro juicio, el reconocer y promover institutos como la “segunda oportunidad” dentro del Derecho concursal que, es nuestro objeto de interés en este estudio, nos revela un cambio de óptica, puesto que acudimos a y –somos testigos de– la evolución desde el principio “pro creditoris” característico del Derecho concursal, que ha originado significativas deficiencias en sus soluciones desde la recesión económica del año 2008 hasta el momento. Mientras que ahora se considera y pondera el principio de “favor debitoris” y, en particular, al deudor honesto y de *buena fe*.

Focalizaremos el estudio en el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, conocido con el acrónimo de BEPI y, con terminología más común: “segunda oportunidad”. Cabalmente, dicho beneficio es *in favor debitoris*, es decir, la finalidad última del legislador concursal pudiera ponerse en “entredicho” por cuanto que se favorece al deudor y no a los acreedores, pero el legislador ha puesto especial hincapié en destacar que con este instituto también se beneficia al empleo, la economía y, en definitiva, a la circulación del crédito.

II. Aproximación al marco normativo concursal

Observemos a continuación cuál es el derecho concursal actualmente vigente en España, partiendo del derecho Europeo, para pasar a la exposición y el análisis del derecho nacional. En el ámbito europeo, tenemos el Reglamento UE 2015/848, del Parlamento y del Consejo, del 20 de mayo de 2015, sobre *procedimientos de insolvencia*². Y la Directiva (UE) 2019/1023³ del Parlamento y del Consejo, del 20 de junio de 2019,

2 Diario Oficial de la Unión Europea L 141, 5 de junio de 2015.

3 Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (Texto pertinente a efectos del EEE). *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º 172, de 26 de junio de 2019.

*Directiva sobre reestructuración e insolvencia*⁴. Ambos textos legales provocan que se haya de modificar la normativa actual y adaptarse a ella, en particular por lo que hace a la Directiva⁵.

Atendiendo al marco normativo nacional, podríamos decir a grandes rasgos que en España el concurso de cualquier sujeto, sea persona física o jurídica con actividad empresarial o no, ha estado ordenado desde el 9 de julio de 2003 hasta el 1.º de septiembre de 2020 por la ley concursal 22/2003, si bien ésta ha ido sufriendo sucesivas actualizaciones y modificaciones⁶, hasta la entrada en vigor el 1.º de septiembre del 2020 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que supone el derecho actual y vigente.

Durante este margen de tiempo relatado, se han emitido diferentes recomendaciones de organismos internacionales: véase el informe con fecha de enero de 2011 emitido por la Comisión Europea intitulado *Report of the Expert Group. A second chance for entrepreneurs: preventions of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start*. Doc. C (2014) 1500 Final⁷. También el *IMF Country Report* n.º 13/245, de agosto de 2013.

En igual tenor, nos encontramos con la Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (Doc. C [2014] 1500 final), del 12

4 Véase para los antecedentes de esta normativa a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, n.º 42, *Anuario de Derecho Concursal*, septiembre-diciembre, 2017, 3 a 16. PACCHI, S., “La ristrutturazione dell’impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023”, n.º 6, *Rivista Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2019, 1259 y ss. Reténgase, además, los comentarios en torno al nacimiento de esta Directiva influenciada por el Derecho alemán y francés de la prevención, así lo manifiesta ROMANI, A.M.³, “Droit français de la prévention et la Directive “restructuration et insolvabilité” 2019/1023/UE, ou l’enrichissement des droits dans un but commun”, n.º 634, *Revue del L’Union Européenne*, enero, 2020, 54 y ss. STONES, K., “EU Directive harmonising restructuring and insolvency finalised”, 10 de julio de 2019 [en línea], disponible en: <https://www.lexisnexis.co.uk/blog/restructuring-and-insolvency/eu-directive-harmonising-restructuring-and-insolvency-finalised> [consultado el 1.º de marzo de 2020].

5 Esta directiva será de aplicación para los empresarios en general, exceptuándose los del sector financiero, los organismos públicos y las personas físicas. Alude a la “plena exoneración de deudas” → art. 2.1.10. La regulación de la “segunda oportunidad” se contiene en el título III (*ex arts.* 20 a 24). Cfr. ARIAS VARONA, F.J., NIEMI, J. y HUPLI, T., “Discharge and entrepreneurship in the preventive restructuring directive”, *International Insolvency Review*, 28 April 2020, pp. 8 a 31, disponible en línea: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/iir.1369> [consultado el 18 de febrero de 2021]. Artículo 20: *acceso a la exoneración*; artículo 21: *plazo de exoneración*; artículo 22: *inhabilitación*; artículo 23: *excepciones*; artículo 24: *acumulación de procedimientos*.

6 La Ley 22/2003 ha sido susceptible de diferentes modificaciones, las más relevantes son las que se enuncian a continuación:
 - Real Decreto-ley 3/2009 y Ley 38/2011.
 - Ley 14/2013, de *apoyo a los emprendedores*;
 - Real Decreto-ley 4/2014 (se convalida mediante la Ley 17/2014);
 - Real Decreto-ley 11/2014 (se convalida a través de la Ley 9/2015, del 25 de mayo, de *medidas urgentes en materia concursal*).
 - Real Decreto-ley 1/2015, del 27 de febrero, de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social* (se convalida mediante la Ley 25/2015, del 28 de julio, de *mecanismo de segunda oportunidad*).

7 Véase http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_es.pdf [consultado el 1.º de junio de 2020].

de marzo de 2014. En este texto, la Comisión recomienda a los Estados miembros establecer un marco legal que (1) permita la reestructuración de las empresas viables con dificultades financieras en una fase previa a la insolvencia y (2) ofrezca una segunda oportunidad a los empresarios que han caído en concurso por causas ajenas a su honradez y diligencia. Como se desprende de las intenciones de estos textos programáticos, se pone especial énfasis en la prevención de la situación de dificultades económicas, así como en la de fomentar mecanismos de “segunda oportunidad” para un deudor específico.

Además, también en este trayecto, tal y como hemos anticipado, ha acaecido otra grave excepcionalidad como es la declaración de la situación de pandemia sanitaria derivada del virus covid-19. Ante esta tesitura y, relacionada con el derecho concursal, se dictan normas de carácter de emergencia o transitorias al punto de evitar los graves efectos económicos y financieros derivados de la propagación del virus covid-19, donde, entre otras medidas, se suspenden los plazos legales para solicitar el concurso de acreedores; a tal efecto, véase el Real Decreto-ley 8/2020, *ex artículo 43*. También, el Real Decreto-ley 16/2020, del 28 de abril, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. Agregado a lo precedente se emiten la Ley 3/2020, del 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. Y, por último (al momento en que se escribe esta contribución), Real Decreto-ley 34/2020, del 17 de noviembre, *de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria*. Se expresa en el preámbulo de esta norma los beneficios (finalidad a alcanzar) en su considerando primero al decir:

[...] Las medidas adoptadas en el ámbito concursal y societario han conseguido evitar declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación). *Ello ha evitado un posible efecto en cadena, con la consiguiente parálisis económica, restricción de liquidez, destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo, permitiendo, en definitiva, a las empresas que puedan refinanciar o reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar la disminución de su patrimonio neto*, protegiendo así una base para la restauración del equilibrio patrimonial una vez termine la situación excepcional derivada de la pandemia, *reforzándose así la continuidad y solvencia del conjunto del sistema económico y la estabilidad financiera* [énfasis nuestro].

De lo hasta aquí descrito puede apreciarse, primero, que son variadas las normas emitidas con ocasión de la crisis pandémica, cuestión que provoca no claridad y hasta veces inseguridad jurídica; y, en segundo lugar, baste leer el preámbulo del último Real Decreto enunciado *ut supra* para darse cuenta de que el legislador es muy ambicioso en sus intenciones; sea como fuere, sí queda claro que las normas

de emergencia y excepcionalidad relatadas cohabitarán durante el tiempo que esté vigente la situación pandémica con el derecho concursal propiamente dicho.

Como puede inferirse de lo descrito, nos encontrábamos ante un compendio de normas de “acarreo” constante, si bien ha aclarado⁸ un poco el panorama el Real Decreto Legislativo 1/2020, del 5 de mayo, por el que *se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*⁹; en su disposición final segunda dedicada a la entrada en vigor se prescribe: *El presente Real Decreto Legislativo y el texto refundido de la Ley Concursal que aprueba entrarán en vigor el 1.º de septiembre del año 2020*. Este texto deroga la anterior ley de referencia 22/2003, formalmente, puesto que el espíritu y el contenido-fondo de ésta última siguen vigentes a través de este texto refundido¹⁰.

8 El Texto refundido se divide en tres Libros: el primero, el más extenso, está dedicado al concurso de acreedores. En la distribución de la materia entre los distintos títulos de que se compone este primer Libro, existen diferencias importantes con la sistemática de la Ley 22/2003, de 9 de julio. Así, por ejemplo, hay un Título específico sobre los órganos del concurso, dividido en dos capítulos, uno dedicado al juez del concurso y otro a la administración concursal. El Libro II está dedicado al Derecho preconcursal. En el Libro III se incluyen las normas de Derecho internacional privado que hasta ahora contenía el Título IX de la Ley Concursal.

9 BOE n.º 127, de 7 de mayo de 2020.

10 Digamos que la Exposición de Motivos, declara en su considerando primero: “De aquel derecho que aspiraba a ser estable se pasó así a un derecho en perpetua refacción”. En su considerando segundo se relata: “[...] El texto refundido de la Ley Concursal debe ser el resultado de la *regularización, la aclaración y la armonización* de unas normas legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos y han sido generadas desde concepciones no siempre coincidentes. Regularizar significa ajustar, reglar o poner en orden. Aclarar es verbo de múltiples significados: a veces, alude a quitar lo que impide apreciar la realidad de alguna cosa; otras, implica la idea de explicar. Y armonizar equivale a hacer que no discuerden dos o más partes de un todo. La autorización no se circunscribe a la mera formulación de un texto consolidado, sino que incluye esa triple facultad”. “[...] La elaboración del texto refundido permiten así *solucionar un buen número de problemas sin alterar el sistema legal vigente*”. “[...] La Ley Concursal apenas supera los 250 artículos; el texto refundido casi ha *multiplicado por tres este número*. Pero no solo esto: al redactar el texto refundido, el Gobierno no solo aspira a ofrecer un conjunto normativo que fuera sistemático y que fuera claro e inteligible. Por supuesto, *el texto refundido no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes*”. “[...] La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad”. La cursiva es de nuestra autoría y se sigue expresando en el Preámbulo de la norma: “[...] en el contexto de la crisis sanitaria originada por el covid-19 también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal. El ámbito temporal de aplicación de estas medidas es limitado, pues tratan de atender de manera extraordinaria y urgente la situación de los procesos concursales tras la finalización del estado de alarma y la situación de las empresas afectadas por la disminución o el cese de actividad motivada precisamente por las consecuencias económicas generadas por la mencionada crisis sanitaria, de modo que *durante un cierto período de*

Con independencia de las aspiraciones pretendidas por el texto refundido aludidas y –como no podía ser de otro modo– la finalidad atribuida al derecho concursal sigue siendo la misma que se contemplaba y reconocía en la Ley 22/2003: la *mejor tutela del crédito*.

III. El mecanismo de la “segunda oportunidad”

A. Antecedentes

Los precedentes de lo que se conoce como “segunda oportunidad” en el Derecho concursal se encuentran en el Derecho estadounidense a través del *discharge, fresh start*, que influirá en otras legislaciones¹¹ y, en particular, dentro del Derecho europeo lo observamos en la Directiva 2019/1023, ya anotada y, su vez, en algunas disciplinas concursales de algunos países miembros, en concreto en el caso español, que recibe el nombre de BEPI o, lo que es lo mismo en términos aclaratorios: beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Desde una óptica netamente legal, se introduce por primera vez en el sistema español mediante el expediente-instituto *preconcursal: acuerdo extrajudicial de pagos*¹²; cabe decir que éste viene a ser incorporado al régimen concursal a través de la Ley 14/2013, de *apoyo a los emprendedores*¹³; que será modificado su contenido y tenor legal por mediación del Real Decreto-ley 1/2015, del 27 de febrero¹⁴, de *mechanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de*

tiempo ambas normas, texto refundido y normas excepcionales, coincidirán en su aplicación, si bien cada una en su respectivo ámbito”.

- 11 RAMSAY, I., “Comparative consumer bankruptcy”, *University of Illinois Law Review*, 2007, 241 y ss. LICHTASH, A., “Realigning the American consumer bankruptcy system with the goals of the fresh-start doctrine: A global comparative analysis Notes and Comments”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2011, 169 y ss.
- 12 Más sobre este instituto y su desarrollo, cfr. DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El Acuerdo Extrajudicial de Pagos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2014, 23 y ss. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcurso del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuestos subjetivo y objetivo y su ‘desjudicialización’” n.º 31, *Anuario de Derecho Concursal*, mayo-agosto, 2014, 5 y ss. *In extenso*, CANDELARIO MACÍAS, M.ª I., *El Mediador Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. GÓMEZ ASENSIO, C., “Concurso de la pyme y concurso de la persona natural: régimen concursal de la vivienda habitual del deudor”, n.º 36, *Anuario de Derecho Concursal*, 2015, 237-268. RIVAS RUIZ, A., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, n.º 28 *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2018, 175-199. HURTADO IGLESIAS, S., “La necesaria conexión entre la preconcursalidad y la tramitación del concurso”, n.º 31, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2019, 109-122. DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., “El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal” [en línea], n.º 748, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, 733-748, disponible en: <https://2019-vlex-com.biblioteca5.uc3m.es/#WW/vid/570637770> [consultado el 1.º de abril del 2020].
- 13 BOE n.º 233, 28 de septiembre de 2013.
- 14 BOE n.º 51, 28 de febrero de 2015.

orden social (se convalida mediante la Ley 25/2015, del 28 de julio, de *mecanismo de segunda oportunidad*¹⁵).

Hay que llamar la atención y partir de la reflexión de que este instituto viene a ser una excepcionalidad¹⁶ al principio de responsabilidad universal que se reconoce tanto en el artículo 1911^[17] del Código Civil español y su correlato en el artículo 6 del Código de comercio español, respectivamente, por cuanto no se responderían de todas las deudas, sino sólo de aquellas que vienen impuestas *ex lege*.

Así las cosas, nos encontramos con la denominada “segunda oportunidad”¹⁸ coincidente con la exoneración de deudas del pasivo insatisfecho, como consecuencia posibilitada por el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos y, de seguido, la apertura del concurso consecutivo. También existe otra opción de acceder a este beneficio por cuanto que una vez intentado celebrar y negociar un acuerdo extrajudicial de pagos, éste finalmente no se ha llevado a término. Luego, se desprende que tenemos dos cauces de acceso para aprovecharse de este instituto, uno, realizado el acuerdo extrajudicial, este no es posible y se abre el concurso consecutivo y consecuencia inherente de éste es posible acogerse a este beneficio y, de otro lado, sin pasar por la necesidad de acudir al acuerdo extrajudicial. Estas dos vías no aparecen reconocidas en la Directiva 2019/1023, que no realiza ninguna diferencia para aprovecharse de la aplicación de este beneficio.

Cabalmente, una de las posibles derivaciones de estar en concurso consecutivo era la oportunidad para las personas físicas de buena fe de acudir a la exoneración que se contemplaba en el antiguo artículo 242^[19] de la Ley Concursal 22/2003. Y, con las sucesivas reformas llevadas a cabo a esta institución por la Ley 25/2015, ya aludida, de tal modo que se conectaba esta exoneración del pasivo con lo contenido

15 BOE n.º 180, del 29 de julio de 2015. Ley 25/2015, del 28 de julio, de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*.

16 Véase la resolución del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cuenca, ponente Doña María del Consuelo Romero Sieira, del 31 de julio de 2020, sentencia núm. 10033 (TOL8.121.824), en su Fundamento Jurídico Segundo, precisa que “El objetivo principal perseguido con el instituto jurídico de beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho es modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 CC, equiparando el principio de limitación de responsabilidad en las personas jurídicas a favor de personas físicas con la finalidad de permitir la recuperación económica del deudor. Se introduce así, en nuestra ley concursal, el denominado ‘fresh start’”.

17 Prescribe el artículo 1911: *Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*.

18 A la “segunda oportunidad” se refiere la Ley 14/2013, de *apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, en su preámbulo al declarar: “La reforma incluye una regulación suficiente de la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación del patrimonio del deudor que, declarado en concurso, directo o consecutivo, no hubiere sido declarado culpable de la insolvencia, y siempre que quede un umbral mínimo del pasivo satisfecho”.

19 El artículo 242 es el relativo a ordenar las especialidades del concurso consecutivo y, en particular, en su apartado 9, prescribe: “En el caso de deudor persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez en el auto de conclusión de concurso declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación, siempre que se cumplan los requisitos y con los efectos del artículo 178 bis”.

en el artículo 178 bis²⁰ y que es precisamente el destinado a conceptualizar y desarrollar dicha institución, que se conocerá como “segunda oportunidad”²¹.

El contenido de este último mandato será desarrollado –si bien no mejorado– por parte del Texto Refundido de la Ley concursal del año 2020^[22], *ex* artículos 486 a 502 (16 preceptos), capítulo II del título XI. Se explicará, por tanto, estos mandatos que son desde el 1.º de septiembre del 2020 el referente legislativo de la institución, si bien hay que dejar claro y meridiano que estos preceptos serán objeto de modificación a futuro, puesto que dicho texto compilatorio no ha tenido en consideración las pautas y tenor que se establecen en la Directiva 2019/1023^[23] y que ha de ser transpuesta antes de finales de julio del año 2021. *Ergo*, el tópico objeto de análisis en esta contribución se encuentra en proceso de transformación o transición legal a la espera de nuevas actualizaciones o modificaciones derivadas de lo anterior.

No obstante lo precedente, corresponde de seguido analizar y desgarnar la mecánica de actuación de esta institución, teniendo como hilo conductor lo disciplinado en el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLCON).

B. Conceptualización y presupuestos

Se ha de partir del dato que la exoneración del pasivo insatisfecho que es el sustrato sobre el que se sostiene el mecanismo de la “segunda oportunidad” es un beneficio al

-
- 20 Al respecto, cfr. el *Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016, relativo a la Exoneración del Pasivo Insatisfecho*. Art. 178 bis [en línea], disponible en: http://www.manjarin.com/PDF_Comunicaciones/Seminario_Jueces_Mercantil_Exoneracion_Pasivo_Insatisfecho_210616.pdf [consultado el 8 de agosto de 2020].
 - 21 MAORALEJO MENÉNEZ, I., “La exoneración del pasivo insatisfecho por la persona natural en el Derecho español. Exoneración provisional, plan de pagos y exoneración definitiva”, disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129142/La_exoneracion_del_pasivo_insatisfecho_p.pdf?sequence=1 [consultado el 15 de junio de 2020]; GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “Cambios en la ley Concursal: La exoneración del pasivo insatisfecho. La Directiva de Segunda Oportunidad”, n.º 89, *Cuadernos de Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2020, 87-104.
 - 22 Téngase presente, en todo momento, que el instrumento legal empleado para contener la legislación concursal es un texto refundido y como tal se enuncia en la exposición de motivos lo que sigue en su considerando primero: “De aquel derecho que aspiraba a ser estable se pasó así a un derecho en perpetua refacción”. En su considerando segundo se dice: “[...] El texto refundido de la Ley Concursal debe ser el resultado de la regularización, la aclaración y la armonización de unas normas legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos y han sido generadas desde concepciones no siempre coincidentes. Regularizar significa ajustar, reglar o poner en orden. Aclarar es verbo de múltiples significados: a veces, alude a quitar lo que impide apreciar la realidad de alguna cosa; otras, implica la idea de explicar. Y armonizar equivale a hacer que no discuerden dos o más partes de un todo. La autorización no se circunscribe a la mera formulación de un texto consolidado, sino que incluye esa triple facultad”. “[...] La elaboración del texto refundido permiten así solucionar un buen número de problemas sin alterar el sistema legal vigente”.
 - 23 Al respecto, cfr. LATORRE CHINER, N., “El *discharge* y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad”, n.º 29, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2018, 65 a 82; CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español”, n.º 32, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2020, 39 a 69.

deudor y una excepción a la regla general que informa nuestro ordenamiento jurídico privado. En otros términos explicativos, como es sabido, todo deudor responde a los parámetros impuestos por el principio de responsabilidad patrimonial universal, *ex* artículo 1911 del Código civil y artículo 6.º del Código de Comercio, si bien en este caso se nos presentan una serie de excepciones y, a tal efecto, el deudor tiene que observar una serie de presupuestos y requisitos disciplinados legalmente.

La “segunda oportunidad” se contextualiza en un momento determinado que viene contemplado *si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa, el deudor persona natural podrá solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*²⁴, según el tenor del artículo 486 del TRLCON.

El beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho lo encontrábamos ordenado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal²⁵, ya aludido. Aquella se relacionaba intrínsecamente con el acuerdo extrajudicial de pagos, porque el haberlo intentado al menos una vez se constituía como uno de los requisitos esenciales para acceder a este beneficio. Si ahora acudimos al tenor legal del artículo 488 TRLCON, relativo al *presupuesto objetivo* de la exoneración de deudas, observamos que no se requiere el haber intentado alcanzar un *previo* acuerdo extrajudicial de pagos para obtener dicho beneficio, siendo mitigado, por tanto, este condicionante. En efecto, miremos lo que disciplina el artículo 488 TRLCON, que ofrece dos alternativas para acceder a la exoneración:

1. Para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si reuniera los requisitos para poder hacerlo, que el deudor hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores.
2. 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 y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

El sistema de exoneración del pasivo español²⁶ que demanda una doble exigencia para acceder a él –reiteramos de nuevo– no se adapta a lo disciplinado por la Directiva

24 Téngase en consideración la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del 1.º de julio de 2020, recurso 124/2018, relativo al *beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, presupuestos y requisitos para su reconocimiento con existencia de acuerdo extrajudicial de pagos*. Sentencia n.º 73 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo, de 5 de marzo de 2020, ponente Don Miguel Ángel Álvarez-Linera Prado, (TOL7.905.941).

25 Más en SENDRA ALBIÑANA, A., “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, tesis doctoral, 2017, disponible en <http://hdl.handle.net/10803/403438> [consultado el 11 de agosto del 2020].

26 FORTEA GORBE, J. L., “Exoneración del pasivo insatisfecho y segunda oportunidad”, vol. 12, *Revista Lex Mercatoria*, 2019, 36 a 61, disponible en <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/6013/1/1761-5140-3-PB.pdf> [consultado el 11 de agosto del 2020].

2019/1023. De igual modo, en relación con la liquidación del patrimonio: la directiva tiende a decretar un mínimo de pasivo que satisfacer y *ad hoc*, no el carácter genérico estipulado en el artículo 488 TRLCON con su correlativo *ex* 178 bis, punto 3 LCon. A tal fin, véase el contenido del artículo 20^[27] de la Directiva 2019/1023.

Por lo que hace el criterio *subjetivo* que demanda la norma para lograr la exoneración del pasivo, se ilustra en ser un deudor persona natural de *buena fe*. Este deudor persona natural puede ejercer o no la actividad empresarial, puesto que la norma no hace ningún tipo de distinción sobre este aspecto, de este modo, se da entrada a que el consumidor²⁸ o cualquier particular pueda acudir a este beneficio.

Además, nótese que el sujeto persona física-natural viene calificado con el atributo de *buena fe*, extremo que la ley precisa. Recordemos lo que decretaba el artículo 178 bis LCon, en su apartado tercero, al establecer, en primer lugar, que para conceder este beneficio al *deudor se ha de haber actuado de buena fe*, y tras ello han de concurrir los siguientes requisitos:

- Que el concurso no hubiese sido declarado culpable, *a sensu contrario*, que se haya calificado como fortuito.
- Que el deudor no hubiese sido condenado por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si aún no existiera sentencia en un proceso penal, la decisión sobre la exoneración de pasivo insatisfecho deberá suspenderse hasta la sentencia firme.

Traemos a colación lo relatado por la sentencia del Tribunal Supremo 381, del 2 de julio del 2019^[29], que expresa: “la Ley exige una serie de requisitos en el apartado 3

27 Declara el artículo 20. *Acceso a la exoneración*. “1. Los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva. Los Estados miembros podrán exigir que haya cesado la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con que estén relacionadas las deudas de los empresarios insolventes. 2. Los Estados miembros en que la plena exoneración de deudas esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario garantizarán que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario y, en particular, sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores. 3. Los Estados miembros velarán por que los empresarios que obtengan la exoneración de sus deudas puedan disfrutar del apoyo empresarial que los marcos nacionales existentes ofrecen a los empresarios, incluido el acceso a información pertinente y actualizada sobre tales marcos”. Véase, *in extenso*, en URIARTE CODÓN, A., “Segunda Oportunidad”, n.º 8-9, *Unión Europea Aranzadi*, 2019.

28 AREOSO CASAL, A., *El nuevo marco regulatorio del Derecho Concursal. Adaptado al RD-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*. Madrid, Wolters Kluwer, 2020, 690.

29 Interpreta esta resolución jurisprudencial QUINTAIROS, A., “La interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 178 bis de la Ley Concursal, ¿un salvavidas para los emprendedores?” [en línea], disponible en <https://www.andersentaxlegal.es/es/blog/la-interpretacion-del-tribunal-supremo-sobre>

del art. 178 LC, bajo una dicción un tanto equívoca. El precepto afirma que ‘sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe’. Y a continuación explica qué se entiende por buena fe, al ligar esta condición al cumplimiento de unos requisitos que enumera a continuación”. En esta resolución el Tribunal Supremo fija una posible tendencia en la aplicación del 178 bis de la Ley Concursal, convirtiéndose de este modo en un referente para aquellos deudores que tuviesen deudas que nunca podrían pagar e intentando liberar a estos de esas cargas.

Miremos lo que establece el artículo 487 TRLCON, relativo al *presupuesto subjetivo* de acceso a este beneficio, al ordenar:

1. Solo podrá solicitar el beneficio de exoneración de responsabilidad el deudor persona natural que sea de buena fe.

2. A estos efectos, se considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los dos siguientes requisitos:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. 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.

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme.

En lo tocante a la categorización del deudor como de “buena fe”, la Directiva 2019/1023 aprecia este calificativo bajo una presunción *iuris tantum*. Supone que sean los acreedores o la administración concursal quienes prueben la mala fe del deudor (véase el considerando 79 de la directiva)³⁰, basándose en las pautas estipuladas por

-el-articulo-178-bis-de-la-ley-concursal-un-salvavidas-para-los-emprendedores.html [consultado el 7 de agosto de 2020].

30 El considerando 79 de la Directiva, explica que “Al determinar si un deudor fue deshonesto, las autoridades judiciales o administrativas pueden tener en cuenta circunstancias como las siguientes: la naturaleza y el importe de la deuda; el momento en que se ha contraído la deuda; los esfuerzos realizados por el empresario para abonar la deuda y cumplir con las obligaciones legales, incluidos los requisitos para la concesión de licencias públicas y la exigencia de llevar una contabilidad correcta; las actuaciones, por parte del empresario, para frustrar las pretensiones de los acreedores; el cumplimiento de las obligaciones en caso de insolvencia inminente que incumben a los empresarios que sean administradores sociales de una sociedad; el cumplimiento de la normativa de la Unión y nacional en materia de competencia y en materia laboral. También deben poder establecerse tales

la directiva (cfr. art. 23)³¹. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba en relación con el régimen español.

excepciones cuando el empresario no haya cumplido determinadas obligaciones jurídicas, incluida la obligación de maximizar los rendimientos para los acreedores, que podría adoptar la forma de una obligación general de generar ingresos o activos. Asimismo, deben poder establecerse excepciones específicas cuando sea necesario garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores, por ejemplo, cuando el acreedor sea una persona física que necesita más protección que el deudor”.

- 31 Se habla de deudor de mala fe de acuerdo con el artículo 23, relativo a las *excepciones*: “1. Como excepción a lo dispuesto en los artículos 20 a 22, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen dicha exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación más largos cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesto o de mala fe, según la normativa nacional, respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda, sin perjuicio de las normas nacionales en materia de carga de la prueba. 2. Como excepción a lo dispuesto en los artículos 20 a 22, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen una exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación más largos en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas, como en los casos siguientes: a) cuando el empresario insolvente haya vulnerado sustancialmente las obligaciones asumidas en virtud de un plan de pagos o cualquier otra obligación jurídica orientada a salvaguardar los intereses de los acreedores, incluida la obligación de maximizar los rendimientos para los acreedores; b) cuando el empresario insolvente haya incumplido sus obligaciones en materia de información o cooperación con arreglo al Derecho de la Unión y nacional; c) en caso de solicitudes abusivas de exoneración de deudas; d) en caso de presentación de una nueva solicitud de exoneración dentro de un determinado plazo a partir del momento en que el empresario insolvente haya obtenido la plena exoneración de deudas o del momento en que se le haya denegado la plena exoneración de deudas debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información o cooperación; e) cuando no esté cubierto el coste del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, o f) cuando sea necesaria una excepción para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores. 3. Como excepción a lo dispuesto en el artículo 21, los Estados miembros podrán prever unos plazos de exoneración más largos en los casos en que: a) una autoridad judicial o administrativa apruebe u ordene medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario pueda continuar su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o b) no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia. 4. Los Estados miembros podrán excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas, o limitar el acceso a la exoneración de deudas, o establecer un plazo más largo para la exoneración de deudas en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas, en los siguientes casos: a) deudas garantizadas; b) deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas; c) deudas derivadas de responsabilidad extracontractual; d) deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; e) deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y f) deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas. 5. Como excepción a lo dispuesto en el artículo 22, los Estados miembros podrán establecer períodos de inhabilitación más largos o indefinidos cuando el empresario insolvente sea miembro de una profesión: a) a la que se aplican normas éticas específicas o normas específicas en materia de reputación o conocimientos especializados, y el empresario haya infringido dichas normas, o b) relacionada con la gestión de bienes de terceros. El párrafo primero también se aplicará cuando un empresario insolvente solicite acceder a las profesiones que se mencionan en las letras a o b de dicho párrafo. 6. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las normas nacionales relativas a las inhabilitaciones distintas de las mencionadas en el artículo 22 dictadas por una autoridad judicial o administrativa”.

También se colige y se sigue insistiendo en la idea de que el deudor sea persona natural (empresaria o no, puesto que no se realiza ningún tipo de distinción por parte de la Ley) y, no jurídica y, además, cumpla el actuar de buena fe que se explica y se mitiga en orden a que si el concurso es calificado como culpable por no haber solicitado el concurso en tiempo en aplicación del actual y antiguo artículo 5^[32] del TRLCON, se estará al caso *ad hoc* del retraso en la solicitud.

Dentro de este ámbito, atendamos a lo que disciplina el artículo 1.2.h de la Directiva 2019/1023, por cuanto excluye de forma clara de su ámbito de aplicación a las personas físicas-naturales que no presenten la condición de empresario. Sin embargo, si seguimos leyendo el tenor legal, cierto es que nos encontramos en el artículo 1.4 de la directiva el ofrecimiento de que sean los Estados miembros los que puedan aumentar el ámbito de aplicación de la directiva a las personas físicas con dificultades económicas, que no sean empresarios, es decir, quedando en manos de la potestad de los Estados el ámbito de aplicación subjetivo de este instituto.

Observados los dos presupuestos para aprovecharse de este beneficio, hay que concluir que son bienvenidos al haber paliado estos condicionantes tanto objetivo como subjetivo en mor de facilitar al deudor su aplicación, si bien hay cuestiones como perfilar aún mejor el criterio de *buena fe*, así como apreciar la aplicación de este instituto en la figura del consumidor, por cuanto que reciba un tratamiento diferenciado, extremo que tampoco en el régimen concursal general se aprecia y que aún están pendientes de análisis y valoración.

Adviértase que el TRLCON en sus artículos 489^[33] y 490^[34], respectivamente, vienen a establecer el *presupuesto formal* traducidos tanto en la solicitud como en la

32 Manda el artículo 5. *Deber de solicitar la declaración de concurso*. “1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado”.

33 Ordena el artículo 489. *Solicitud de exoneración*. “1. El deudor deberá presentar ante el juez del concurso la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso. 2. En la solicitud el deudor justificará la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en los artículos anteriores. 3. El Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la solicitud del deudor a la administración concursal y a los acreedores personados para que dentro del plazo de cinco días aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio. 4. Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al deudor de los escritos que se hubieran presentado a fin de que, dentro del plazo que al efecto le conceda, manifieste si mantiene la solicitud inicial o si, desistiendo del régimen legal general para la exoneración, opta por exoneración mediante la aprobación judicial de un plan de pagos. Si no manifestara lo contrario, se entenderá que el deudor mantiene la solicitud inicial. Si optara por esta posibilidad, deberá acompañar propuesta de plan de pagos, tramitándose la solicitud conforme a lo establecido en la sección siguiente”.

34 Establece el artículo 490. *Resolución sobre la solicitud*. “1. Si la administración concursal y los acreedores personados mostraran conformidad a la solicitud del deudor que hubiera mantenido la solicitud inicial o no se opusieran a ella dentro del plazo legal, el juez del concurso, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley, concederá el

resolución de la solicitud, que sirven para aclarar y agilizar desde una perspectiva de orden procesal el acceso a este beneficio de la exoneración del pasivo.

C. Consecuencias y efectos derivados de la exoneración

El beneficio de la exoneración se extenderá a los créditos ordinarios y subordinados que queden pendientes, exceptuando los de derecho público y los de alimentos. En los créditos con privilegio especial, el beneficio se extiende a la parte de estos que no se hubiese satisfecho con la ejecución de la garantía.

La *extensión de la exoneración* viene recogida en el artículo 491 del TRLCON, que prescribe:

1. 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.

2. 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.

Analicemos a continuación el tenor legal de este mandato. Adviértase que el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos y siempre que acepte someterse previamente a la realización de un acuerdo extrajudicial de pagos; y en el supuesto de que no pudiera acceder a él, la exoneración alcanzará además al 75% de los créditos ordinarios (no al 100% que se da en el supuesto de acceso por la vía del acuerdo extrajudicial) y al total de los subordinados. Luego, ¿qué clases de créditos puede exonerar: ¿75% de los créditos ordinarios y todos los créditos subordinados? El interrogante que surge a reglón seguido es: ¿es suficiente con esto para continuar con la actividad empresarial o deshacerse de sus deudas?

Se infiere claramente de la ley que los créditos no susceptibles de exoneración se ilustran en: los créditos contra la masa; los créditos privilegiados; los créditos de derecho público y los créditos por alimentos. *Ergo*, la excepcionalidad en el pago de las deudas se reduce de forma considerable en orden a poder alcanzar una auténtica

beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución en la que declare la conclusión del concurso. 2. La oposición solo podrá fundarse en la falta de alguno de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley. La oposición se sustanciará por el trámite el incidente concursal. 3. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente concediendo o denegando el beneficio solicitado”.

“segunda oportunidad” de continuar con la actividad o vida empresarial o liberarse de la deuda, si se tiene presente que en la realidad del patrimonio las clases de créditos aludidos consumen casi más del 90% del total patrimonial.

Dentro de estos planteamientos argumentativos, hay que subrayar el tema de los créditos de derecho público, toda vez que ha sido criticado por los operadores económicos, así como por la doctrina³⁵ en cuanto que éstos deberían socializarse con la situación de dificultades económicas que atraviesan estos sujetos, extremo que no ha tenido en consideración el legislador en el Texto Refundido, pese a existir resoluciones jurisprudenciales paradigmáticas en contra, como, por ejemplo, la sentencia n.º 381/2019, del 2 de julio, del Tribunal Supremo *ha determinado que la exoneración del pasivo insatisfecho también incluye a los créditos derecho público; realizando una interpretación del artículo 178 bis de la Ley Concursal más acorde con la finalidad de la norma declarada en su exposición de motivos Ley 25/2015*. La sentencia habilita al juez mercantil la facultad de aprobar el plan de pagos, sin que dicha aprobación pueda quedar a expensas de los que el acreedor público decida sobre su aplazamiento o fraccionamiento, toda vez que la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento cuando involucra a los créditos de derecho público³⁶ se atenderá a lo dispuesto en su normativa especial. Pensamos que este tema será otra “piedra de toque” con la futura modificación de este instituto vía Directiva 2019/1023, más si cabe porque en la directiva nada se dice respecto a que los créditos públicos queden fuera de la exoneración³⁷, véase, *in extenso*, el artículo 23 de la directiva relativo a las excepciones a la exoneración (cfr. nota 27).

Solamente se reseña en esta sede que el artículo 491.1 del TRLCON está provocando gran debate y controversia e interpretación jurisprudencial no sólo por la exclusión del crédito de derecho público, sino por la extralimitación que pudiera haber incurrido el legislador y con ello atender a la doctrina del vicio *ultra vires* en conexión con el Texto Refundido de la Ley Concursal³⁸.

En los mandatos contenidos en los artículos 500 y 502 del TRLCON, respectivamente, se contemplan más efectos definitivos de la exoneración, de un lado, por lo que hace a que

35 Cfr. sobre el particular: MOYA BALLESTER, J., “El tratamiento del crédito público en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, n.º 49, *Anuario de Derecho Concursal*, 2020, 285-304.

36 Véase la interpretación de esta resolución en “La exoneración del pasivo insatisfecho tras la sentencia del TS de 2 de julio de 2019” [en línea], n.º 35, 2019, *Boletín Supercontable*, http://www.supercontable.com/boletin/A/articulos/exoneracion_pasivo_sentencia_TS_2_julio_2019.html [consultado el 16 de junio de 2020].

37 Véase, además, el informe del Banco Mundial intitulado: «The World Bank Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task force», en *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Person*, 2013, que viene a incentivar la participación del Estado –acreedores de derecho público– en igualdad de condiciones que el resto de acreedores.

38 Cfr. la argumentación del auto 1/2021 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, ponente Don Alfonso Muñoz Paredes, del 13 de enero de 2021.

Los acreedores cuyos créditos se extingan por razón de la exoneración no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de los mismos. Y, de otro, la exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquel, salvo que se revocase la exoneración concedida.

Finalmente, cabe apuntar que la exoneración es revocable si se demuestra que en el período de cinco años el deudor no ha actuado de buena fe, es decir, *el deudor ha ocultado la existencia de bienes o derechos o de ingresos, salvo que fueran inembargables*; en tal sentido, véase el contenido del artículo 492^[39] TRLCON, dedicado a la *revocación de la concesión de la exoneración*.

D. Sistema especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos

El artículo 178 bis de la LCon en su apartado tercero establecía: *Que se hayan satisfecho los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados*, mismo tenor que el artículo 488 en su apartado 1.º TRLCON, ya enunciado. Junto a esto, se venía a extraer del tenor legal que en el supuesto en que no se hubiesen podido satisfacer los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, que, como hemos enunciado, es requisito imprescindible para aprovecharse de este beneficio, se condicionaba el acceso al beneficio con la conveniencia que se aprobase un *plan de pagos* y siempre que no se haya inobservado el deber de colaboración exigida en el antiguo artículo 42 LCon y, además, que no se hubiese obtenido este beneficio en los últimos diez años, que no se haya rechazado en los últimos cuatro años una oferta de trabajo adecuada y, a su vez, que se acepte publicar la solicitud en el Registro Público Concursal durante cinco años. *Item* más, en la LCon se precisaba que las deudas que no se incluyan en la exoneración deberán pagarse en los cinco años siguientes, y para ello se deberá presentar el plan de pagos pertinente que será aprobado por el juez. *Los acreedores a los que se les haya aplicado el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho no podrán ejercer ninguna acción contra el deudor, salvo que puedan demostrar que tenía bienes ocultos o si durante el plazo para el cumplimiento del plan de pagos se incurriera en alguna circunstancia que no le hubiese otorgado el*

39 Manda el artículo 492: “1. Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación de la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho si, durante los cinco años siguientes a su concesión, se constatase que el deudor ha ocultado la existencia de bienes o derechos o de ingresos, salvo que fueran inembargables según la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 2. La solicitud de revocación se tramitará conforme a lo establecido para el juicio verbal. 3. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperarán la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso”.

beneficio, si incumpliese ese plan de pagos o si se mejorase la situación económica del deudor, por situaciones tales como el recibir una herencia o por suerte en juegos de azar, entre otras.

Precisamente, la excepcionalidad descrita se sigue disciplinando en el TRLCON en sus artículos 493 a 499, que integran la *sección 3.ª Del régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos*.

Ab initio, hay que decir, y así se ha puesto de manifiesto también por la doctrina⁴⁰, que se entiende mal o resulta ser incongruente que dentro del contexto de la liquidación de la masa activa o la insuficiencia de esa masa se pueda hablar de un plan de pagos, si previamente no has podido satisfacer aquella. En este sentido, atiéndase a lo decretado por el artículo 493^[41] del TRLCON, relativo al *presupuesto objetivo especial* respecto al general *ex* artículo 488 TRLCON por cuanto hace a la inobservancia de la doble vía de acceso al beneficio de exoneración del pasivo.

La solicitud de esta exoneración del pasivo insatisfecho se realiza por la vía de sometimiento a un plan de pagos que ha de aprobar el juez y como garantía de información y transparencia debe hacerse constar en el Registro público concursal por un período de cinco años, según se deriva de lo estipulado en el artículo 494 del TRLCON.

El contenido y la duración del plan de pagos para poder exonerarse de las deudas vienen ilustrados en el artículo 495 del TRLCON, que nos dice:

1. A la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho acompañará el deudor una propuesta de plan de pagos de los créditos contra la masa, de los créditos concursales privilegiados, de los créditos por alimentos y de la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan. Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por su normativa específica.
2. 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.
3. Los créditos incluidos en la propuesta de plan de pagos no podrán devengar interés.

40 Véase a GURREA MARTÍNEZ, L., “Decisiones de los tribunales sobre aspectos controvertidos en la exoneración del pasivo insatisfecho establecido en el artículo 178 bis de la Ley Concursal”, n.º 775, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, 2651-2663.

41 Declara el artículo 493. “Aunque el deudor de buena fe no reuniera el presupuesto objetivo establecido para el régimen general podrá solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quedaría exonerada, si cumpliera los siguientes requisitos: 1.º No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad. 2.º No haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal. 3.º No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años”.

Se deduce del tenor legal el mismo contenido que en la exoneración por la vía o régimen general, en otras palabras, sólo podrán exonerarse los créditos ordinarios que se contengan en el plan, así como los subordinados, porque el resto han de ser satisfechos en su integridad y de conformidad con su legislación especial en el caso de los créditos de derecho público. Como todo plan, se introducirá un cronograma de actuaciones y la duración del plan es de cinco años siguientes a la conclusión del concurso, excepto en los supuestos que aparezca un vencimiento posterior. En este sentido, también la normativa española no se adecuaba a lo que recoge la Directiva 2019/1023, que hace mención a que estos planes no superen los tres años, *ex* artículo 21^[42].

La aprobación del *plan de pagos* se contiene en el artículo 496 del TRLCON. Dicha aprobación la lleva a cabo el órgano jurisdiccional una vez que la solicitud es enviada al administrador y a los acreedores afectados por parte del letrado de la Administración de Justicia. Obsérvese que en este instituto falta la negociación entre deudor y acreedores, aun cuando estos puedan alegar en contra, la decisión última la adopta el juez, proporcionándole, por tanto, amplias facultades y poderes. Planteamiento que puede ser susceptible de controversias, sobre todo si tenemos en consideración que en otros sistemas legales se quiere dar prevalencia a las soluciones negociadas y menos atribuciones al juez, aquí se sigue incidiendo en la idea del sistema fuertemente judicializado, que caracteriza al régimen concursal.

La extensión de los efectos de la exoneración una vez aprobado el *plan de pagos* se refleja en el artículo 497 de la LCon, por cuanto afecta:

[...] 1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. 2.º Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general. 2. Las solicitudes

-
- 42 Establece el artículo 21. Plazo de exoneración. “1. Los Estados miembros garantizarán que el plazo tras el cual los empresarios insolventes pueden obtener la plena exoneración de sus deudas no sea superior a tres años, que empezarán a contar a más tardar a partir de las fechas siguientes: a) en el caso de los procedimientos que incluyan un plan de pagos, la fecha de la decisión de una autoridad judicial o administrativa de confirmar el plan o el inicio de la aplicación del plan, o b) en todos los demás procedimientos, la fecha de la decisión de la autoridad judicial o administrativa de abrir el procedimiento, o la fecha en que se determine la masa concursal del deudor. 2. Los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes que hayan cumplido sus obligaciones, en caso de que tales obligaciones existan en la normativa nacional, obtengan la exoneración de sus deudas al expirar el plazo de exoneración sin necesidad de interponer ante una autoridad judicial o administrativa un procedimiento adicional a los indicados en el apartado 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán mantener o establecer disposiciones que permitan a la autoridad judicial o administrativa verificar si los empresarios han cumplido las obligaciones necesarias para obtener una exoneración de deudas. 3. Los Estados miembros podrán disponer que la plena exoneración de deudas no sea óbice para la continuación de un procedimiento de insolvencia que suponga la ejecución y distribución de los activos de un empresario que formaban parte de la masa de la insolvencia, en la fecha de vencimiento del plazo de exoneración”.

de aplazamiento o de fraccionamiento del pago de los créditos de derecho público se regirán por lo dispuesto en su normativa específica.

El tenor legal descrito está en consonancia con lo disciplinado en el régimen general de exoneración. Por su parte, el artículo 498 del TRLCON trata *la revocación de la concesión de la exoneración en caso de plan de pagos*, en similar línea que lo establecido por el artículo 178 bis LCon, que, tal y como estamos analizando, viene a replicarse de forma más extendida en la nueva legislación. Y el artículo 499 del TRLCON reglamenta la exoneración definitiva a través de auto emitido por el juez atendiendo al deambular del caso y con audiencia a los acreedores, además de publicarse por una cuestión de transparencia y seguridad en el Registro público concursal.

Finalmente, resulta más que de interés tener en cuenta lo que disciplina el artículo 24 de la Directiva 2019/1023, por lo que hace a tener claros el origen y la naturaleza (empresarial-profesional o no) de las deudas que hay que exonerar y satisfacer⁴³. Y esto tiene mucho que ver con uno de los bienes patrimoniales de mayor valor que se pueden poner sobre la mesa en materia de responsabilidad por parte del deudor persona natural, nos estamos refiriendo a la vivienda habitual⁴⁴ del sujeto-deudor. La Ley concursal española nada dice sobre el particular y hemos de acudir al régimen general que viene estipulado en el Código de Comercio (arts. 6 a 12) para el ejercicio del comercio por persona casada, también habría que estar a lo establecido para el emprendedor de responsabilidad limitada contenido en la Ley 14/2013⁴⁵, de *apoyo a los emprendedores e internacionalización*, ex artículos 7 al 11, especialmente el artículo 8⁴⁶. En este campo de actuación, también hemos de tener presente lo

43 Véase la interpretación de SENENT MARTÍNEZ, S., “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”, n.º 32, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2020, 167-177.

44 Cfr. PALACIOS, S., “Vivienda y exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley de Segunda Oportunidad”, n.º 948, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2019, 10 y ss.

45 BOE n.º 233, del 28 de septiembre de 2013.

46 Expresa el artículo 8. *Eficacia de la limitación de responsabilidad*. “1. Por excepción de lo que disponen el artículo 1.911 del Código Civil y el artículo 6 del Código de Comercio, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto con arreglo al apartado 2 de este artículo y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en esta Ley. 2. Podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad la vivienda habitual del deudor siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil. En el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior. 3. En la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio se indicará el bien inmueble, propio o común, que se pretende no haya de quedar obligado por las results del giro empresarial o profesional por cumplir con el apartado 2 de este artículo. 4. No podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable”.

estipulado en el artículo 501^[47] del TRLCON, que es congruente con lo establecido en el régimen general por cuanto hace a los *efectos de la exoneración respecto de los bienes conyugales comunes*.

Nótese lo que prescribe el artículo 24 de la directiva, relativo a la *acumulación de los procedimientos relativos a las deudas personales y profesionales*:

1. Los estados miembros velarán por que, cuando un empresario insolvente tenga deudas profesionales contraídas en el ejercicio de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como deudas personales contraídas fuera del marco de esas actividades, que no puedan separarse de modo razonable, dichas deudas, si son susceptibles de exoneración, se traten en un procedimiento único a efectos de la obtención de la plena exoneración de deudas. 2. Los estados miembros podrán disponer que, cuando puedan separarse las deudas personales de las profesionales, dichas deudas se traten, a los efectos de obtener la plena exoneración de deudas, bien en procedimientos separados aunque coordinados, bien en el mismo procedimiento.

Se aprecia por parte del legislador europeo, y dejando libertad a los Estados miembros, el establecer un sistema de exoneración único con independencia de la causa u origen de las obligaciones que satisfacer y, en todo caso, si existe dualidad, que se encuentren coordinados. Como se ha anticipado, esta temática tiene que ser trasladada a nuestro sistema de exoneración⁴⁸ y, en particular, en cuestiones tan relevantes como la referida de la vivienda habitual del deudor.

Conclusiones

La finalidad del derecho concursal parece clara aun cuando a veces se confundan los medios y objetivos con los fines, pero es la *mejor tutela del crédito* el punto referente de esta legislación. Mediante el mecanismo de la “segunda oportunidad” se refleja e incorpora un cambio de pensamiento, se parte del principio “pro creditoris” identificador del derecho concursal tradicional, mientras que ahora también se aprecia y potencia el principio de “favor debitoris” y, en particular, al deudor honrado.

47 Dice el artículo 501: “1. 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”.

48 Sobre este particular, cfr. AA. VV., “Propuestas Fide sobre el mecanismo de segunda oportunidad”, 18 de junio del 2020 [en línea], disponible en: https://www.fidefundacion.es/Propuestas-Fide-sobre-el-mecanismo-de-segunda-oportunidad_a1388.html [consultado el 1.º de septiembre del 2020].

Es verdad que el derecho concursal es un facilitador y resolutor de las situaciones de dificultades económicas e insolvencia de las empresas y los sujetos, pero no es el único; hay que recordar que existe otra serie de medidas que han de ponerse en juego en mor de solventar los graves problemas económicos y financieros que se ven involucrados en este tipo de situaciones y más en tiempos de pospandemia sanitaria.

El tejido económico empresarial de España, al igual que sucede en otros países de la Unión Europea, está construido por microempresas de menos de diez trabajadores y por pequeñas y medianas empresas, que en muchas ocasiones no se constituyen en persona jurídica-forma societaria, sino que es la persona física la que está detrás de la constitución de estas empresas, de ahí que sea atractivo e interesante el poder beneficiarse del instrumento conocido como “segunda oportunidad”. En efecto, para cerrar la explicación de la “segunda oportunidad” hemos de recordar que este instituto aún queda pendiente de modificación legal impuesta por la transposición de la Directiva UE y que hay que hilar fino para incorporarla en determinados aspectos –ya explicados– y, por ende, volver a actualizar la legislación concursal, en especial, sobre la materia objeto de interés.

No se discuten las bondades que presenta esta institución de la “segunda oportunidad”, entre estas, el hecho que se aproveche de este beneficio el interés y la economía en general al posibilitarse el comenzar de nuevo cualquier actividad empresarial o continuar con ella y, en definitiva, encauzar una nueva vida sin “anclas” y “mochilas” de deudas.

También es cierto –según lo comentado y descrito– que no sabemos si esto resulta suficiente, toda vez que al día de hoy quedan aspectos pendientes y las disposiciones que existen no constituyen, a nuestro juicio, una acabada y certera disciplina de “segunda oportunidad”; entre esas cuestiones todavía pendientes de resolver, a modo de ejemplo: el acceso al sistema de exoneración seguirá siendo dual o no; qué sucede con la vivienda habitual hipotecada, tiene un tratamiento diferenciado o se incluye dentro de las deudas a exonerar, la Ley tal y como está actualmente nada dice sobre el particular, siendo este bien el principal de cualquier deudor persona natural. Añadido a esto, qué va a pasar con los créditos de derecho público, se van a seguir quedando fuera de la exoneración y tenemos que remitirnos a su legislación especial. De igual modo, cuál va a ser el plazo del plan de pagos, los cinco años que dispone la Ley actualmente o los tres años a los que se refiere la directiva. Podemos inferir que tendremos que estar a la espera de la incorporación de las reglas, que vienen establecidas desde la Directiva 1023/2019 de la UE y, por tanto, en un futuro no muy lejano, habrá que volver a examinar este instituto.

Referencias

AA. VV., “Propuestas Fide sobre el mecanismo de segunda oportunidad”, 18 de junio del 2020, disponible en https://www.fidefundacion.es/Propuestas-Fide-sobre-el-mecanismo-de-segunda-oportunidad_a1388.html [consultado el 1.º de septiembre del 2020].

- AA. VV., *Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016, relativo a la Exoneración del Pasivo Insatisfecho. Art. 178 bis*, disponible en http://www.manjarin.com/PDF_Comunicaciones/Seminario_Jueces_Mercantil_Exoneracion_Pasivo_Insatisfecho_210616.pdf [consultado el 8 de agosto de 2020].
- ALARCÓN, M. A., “La naturaleza jurídica de periodo de buena conducta en el concurso de la persona física”, n.º 50, *Anuario de Derecho Concursal*, 2020, 181-230.
- ARIAS VARONA, F. J., NIEMI, J. y HUPLI, T., “Discharge and entrepreneurship in the preventive restructuring directive”, *International Insolvency Review*, 28 April 2020, 8 a 31, disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/iir.1369> [consultado el 18 de febrero de 2021].
- CANDELARIO MACÍAS, M.^a I., *El Mediador Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- CUENA CASAS, M., “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español”, n.º 32, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2020, 39 a 69.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., “El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal”, n.º 748, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, 733-748, disponible en <https://2019-vlex-com.biblioteca5.uc3m.es/#WW/vid/570637770> [consultado el 1.º de abril del 2020].
- FORTEA GORBE, J. L., “Exoneración del pasivo insatisfecho y segunda oportunidad” [en línea], vol. 12. *Revista Lex Mercatoria*, 2019, 36 a 61, disponible en [<http://dspace.umh.es/bitstream/11000/6013/1/1761-5140-3-PB.pdf>] [consultado el 11 de agosto del 2020].
- GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “Cambios en la ley Concursal: La exoneración del pasivo insatisfecho. La Directiva de Segunda Oportunidad”, n.º 89, *Cuadernos de Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2020, 87-104.
- GURREA MARTÍNEZ, L., “Decisiones de los tribunales sobre aspectos controvertidos en la exoneración del pasivo insatisfecho establecido en el artículo 178 bis de la Ley Concursal”, n.º 775, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Editorial Reus, 2019, 2651-2663.
- MORALEJO MENÉNEZ, I., “La exoneración del pasivo insatisfecho por la persona natural en el Derecho español. Exoneración provisional, plan de pagos y exoneración definitiva”, disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129142/La_exoneracion_del_pasivo_insatisfecho_p.pdf?sequence=1 [15 de junio de 2020].

MOYA BALLESTER, J., “El tratamiento del crédito público en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, n.º 49, *Anuario de Derecho Concursal*, 2020, 285-304.

PALACIOS, S., “Vivienda y exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley de Segunda Oportunidad”, n.º 948, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2019, 10 y ss.

QUINTAIROS, A., “La interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 178 bis de la Ley Concursal, ¿un salvavidas para los emprendedores?”, disponible en <https://www.andersentaxlegal.es/es/blog/la-interpretacion-del-tribunal-supremo-sobre-el-articulo-178-bis-de-la-ley-concursal-un-salvavidas-para-los-emprendedores.html> [consultado el 7 de agosto de 2020].

SENDRA ALBIÑANA, A., “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, tesis doctoral, 2017, disponible en <http://hdl.handle.net/10803/403438> [consultado el 11 de agosto del 2020].

SENENT MARTÍNEZ, S., “Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones”, n.º 32, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2020, 167-177.

TAPIA HERMIDA, A. J., “Reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas empresariales: Directiva (UE) 2019/1023”, 8 de julio del 2019, disponible en <http://ajtapia.com/2019/07/reestructuracion-insolvencia-y-exoneracion-de-deudas-empresariales-directiva-ue-2019-1023/> [consultado el 9 de mayo del 2020].