

Trabajo Fin de Grado

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho:
el deudor de buena
Fresh Start: the debtor in good faith

Autor

Paula Pérez Rubio

Director

Ignacio Moralejo Menéndez

Universidad de Zaragoza

2019

Autora: Paula Pérez Rubio

Director: Ignacio Moralejo Menéndez

Título: El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho: el deudor de buena fe

Titulación: Grado en Administración y Dirección de Empresas (Programa Conjunto DADE).

Resumen:

El presente trabajo trata de mostrar de la forma más clara posible en qué consiste el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, qué personas pueden acceder a él y qué requisitos deben cumplir para que les pueda ser concedido. El objetivo es tratar de ordenar y explicar parte del contenido de esta regulación –la referente a los requisitos de acceso- de forma que toda persona, aunque no posea grandes conocimientos sobre Derecho Concursal, pueda hacerse una idea de si en su caso concreto se dan las condiciones para poder obtener esta segunda oportunidad.

Para ello, el trabajo comienza con una primera aproximación a esta figura, tratando de explicar en qué consiste y qué repercusiones tiene para todos los agentes implicados: deudores, acreedores y la sociedad en general; continúa explicando qué personas pueden acceder a este beneficio, detallando los presupuestos necesarios para su solicitud; y finaliza explicando cada uno de los requisitos que se exigen al deudor para que pueda ser considerado de buena fe y, por tanto, poder acceder al beneficio, mostrando todas las interpretaciones que todavía se siguen haciendo sobre este precepto y sus consecuencias prácticas para los deudores.

Abstract:

The present work tries to show as clearly as possible what is the fresh start, who can access it and what requirements must be met to be granted. The objective is to try to order and explain part of the content of this regulation -the one related to the access requirements- so that everyone, even if they do not have a great knowledge of Insolvency Law, can get an idea of whether in their specific case there are the conditions to be able to obtain this second opportunity.

For that purpose, the work begins with a first approach to this figure, trying to explain what it consists of and what repercussions it has for all the agents involved: debtors, creditors and society in general; continues explaining which people can access this benefit, detailing the necessary assumptions for their request; and ends by explaining each of the requirements that are required of the debtor so that it can be considered in good faith and, therefore, be able to access the benefit, showing all the interpretations that are still being made about this precept and its practical consequences for the debtors.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. ¿QUÉ ES EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO Y PARA QUÉ SIRVE?	6
III. ¿QUIÉN PUEDE SOLICITAR EL BEPI?	12
1. PRESUPUESTO SUBJETIVO	12
2. PRESUPUESTO OBJETIVO	13
3. PRESUPUESTO FORMAL	15
4. PRESUPUESTO TEMPORAL	16
IV. ¿QUÉ CONDICIONES DEBEN DARSE PARA LA CONCESIÓN DEL BEPI?	18
1. EL DEUDOR DE BUENA FE	18
2. REQUISITOS	20
2.1 Requisitos relativos a la conducta del deudor	21
2.2 La satisfacción de determinados créditos concursales	27
3. LA FALTA DE INTENTO DE AEP: LAS DISTINTAS INTERPRETACIONES DEL ART. 178 BIS 3 3º LC	36
IV. CONCLUSIONES	42
V. BIBLIOGRAFÍA	44

I. INTRODUCCIÓN

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, comúnmente conocido como el mecanismo de segunda oportunidad, ha sido una de las últimas grandes apuestas en Derecho Concursal. Pese a que se trata de una figura que está presente en la mayor parte de los países de nuestro entorno, el legislador español no se decidió a regularla hasta el año 2013, cuando los problemas de endeudamiento de consumidores y empresarios persona física empezaban a ser evidentes y más que preocupantes, pues además de los problemas individuales que cada una de estas personas tenían que afrontar, la recuperación económica no podía llegar sin que esta gran parte de la sociedad no se incorporara de nuevo al tráfico económico.

Así, en el año 2013 se introdujo por fin este mecanismo en el ordenamiento jurídico español, aunque de forma muy tímida –restringiendo enormemente su acceso-, como si el propio legislador no terminase de confiar en que este beneficio pudiese ser algo positivo para la sociedad. El resultado fue una repercusión muy reducida del mismo, pues apenas hubo personas que pudieran beneficiarse de esta segunda oportunidad. Como consecuencia, dos años después, en el año 2015, se produjeron dos reformas consecutivas de este mecanismo, flexibilizando de forma notable sus requisitos de obtención. Sin embargo, la impaciencia por implantarlo y la falta de estudio necesaria para regularlo de una forma adecuada, han dado lugar a una normativa compleja y difusa, a la par que incongruente en muchas ocasiones.

De esta manera, una normativa que podría haber cambiado de forma transcendental la vida de muchos consumidores y empresarios persona física, otorgándoles una segunda oportunidad al permitir la inexigibilidad de parte de sus deudas para que pudieran comenzar de nuevo, es todavía desconocida por la mayor parte de la población y su aplicación sigue siendo costosa e incierta.

Por ello, como se señala en el resumen del presente trabajo, este estudio tiene como finalidad explicar de la forma más clara posible en qué consiste este beneficio, qué personas pueden acceder a él y qué requisitos tienen que darse para su concesión. El objetivo es tratar de ordenar y explicar parte de esta regulación; en concreto, la referente a los requisitos de acceso, de forma que toda persona pueda hacerse una idea de si en su caso concreto se dan las condiciones para poder obtener esta segunda oportunidad.

Así, se trata de mostrar una guía eminentemente práctica, donde el esfuerzo se ha centrado en exponer todas las situaciones en las que se puede encontrar un deudor y las diferentes respuestas y opciones con las que puede encontrarse ante la gran inseguridad jurídica que todavía se desprende de esta normativa.

Para ello, el trabajo comienza con una primera aproximación a esta figura, tratando de explicar en qué consiste y qué repercusiones tiene para todos los agentes implicados: deudores, acreedores y la sociedad en general; continúa explicando qué personas pueden acceder a este beneficio, detallando los presupuestos necesarios para su solicitud; y finaliza explicando cada uno de los requisitos que se exigen al deudor para que pueda ser considerado de buena fe y, por tanto, poder acceder al beneficio, mostrando todas las interpretaciones que todavía se siguen haciendo sobre este precepto y sus consecuencias prácticas para los deudores.

II. ¿QUÉ ES EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO Y PARA QUÉ SIRVE?

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante, el BEPI), más comúnmente conocido como el mecanismo de la segunda oportunidad, es un procedimiento en sede concursal a partir del cual toda persona física, sea o no empresaria, que cumpla una serie de requisitos legalmente tasados, puede acceder a la exoneración de parte de sus deudas, de forma que éstas, primero de forma provisional y posteriormente de forma definitiva, devienen inexigibles por parte de los acreedores¹.

Esta figura se incorporó al ordenamiento jurídico español con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Por primera vez se introdujo en España la posibilidad de que el deudor persona física, una vez liquidado todo su patrimonio, esto es, una vez desprendido de todos sus bienes salvo los inembargables, pudiera liberarse de las deudas pendientes tras su concurso, de forma que pudiera comenzar de nuevo.

Esta opción, que todavía a día de hoy es desconocida por gran parte de la población, está más que asentada en el Derecho anglosajón y también forma parte de ordenamientos continentales más cercanos al nuestro como el alemán, francés o portugués. España ha sido uno de los países que más ha tardado en incorporarlo porque parece que nuestra cultura es reacia a desproteger al acreedor frente al deudor y a limitar el principio general de la responsabilidad patrimonial universal establecido en el art. 1911 del Código Civil, de acuerdo con el cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros².

Sin embargo, es curioso cómo, en el caso de los socios capitalistas, se asume sin reparos su limitación del riesgo de empresa al capital aportado y el posible impago por parte de la sociedad de la que son propietarios de las deudas que hubieran quedado insatisfechas tras su extinción.

¹ Aunque generalmente se asocia el BEPI con la extinción de las deudas pendientes, coincide con Sendra Albiñana, A., “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal”, *CESCO de Derecho de Consumo*, nº 17, 2016, en que el BEPI se configura como un derecho subjetivo otorgado ex lege al deudor concursado, a través del cual, las obligaciones insatisfechas tras la realización de la masa activa del concurso no se extinguen sino que le resultan inexigibles, sin perjuicio de la posibilidad de que ante la revocación del beneficio obtenido vuelvan a ser exigibles.

² Antes de la introducción de este beneficio en nuestro ordenamiento jurídico, excepto por la inembargabilidad de ciertos bienes, pocos eran los límites que podíamos encontrar a este principio.

Como es conocido, una actividad económica puede llevarse a cabo, entre otras posibilidades, como empresario individual (autónomo) o a través de la constitución de una sociedad (generalmente a través de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Sociedades Anónimas), en cuyo caso el empresario es la sociedad. El principio general de responsabilidad patrimonial universal se aplica a ambos tipos de empresario, a la persona física y a la jurídica, y ambos responden con todos sus bienes, presentes y futuros, frente a las deudas contraídas. Pero las consecuencias de ejercer la actividad de una u otra forma tienen gran trascendencia práctica. Mientras que la persona que decide ejercer su actividad como empresario persona física responde de las deudas contraídas en el ejercicio de su actividad con todos sus bienes, la persona que decide constituir una sociedad para ejercer la actividad, limita su riesgo al capital aportado, pues él se convierte en un mero socio de la misma, siendo la sociedad la que tiene la condición de empresaria y la que responde con su patrimonio de las deudas contraídas, quedando a salvo los bienes del socio que no han sido aportados³.

Cuando la actividad económica fracasa y el empresario, ya sea persona física o jurídica, no puede hacer frente de forma regular a sus deudas vencidas y exigibles, se termina viendo abocado a un procedimiento concursal que tiene como finalidad ordenar el pago de los acreedores. Si durante el procedimiento concursal no se alcanza la solución de convenio⁴, la solución del concurso es la liquidación, en la que se procede a convertir todos los bienes y derechos del deudor, excepto los inembargables, en dinero, para proceder al pago de los acreedores en el orden legalmente establecido, orden necesario pues los bienes no alcanzan para satisfacer la totalidad de las deudas asumidas por éste.

En tales casos, si el deudor es una persona jurídica, esto es, una sociedad, ésta se extingue una vez concluido el concurso, quedándose impagadas todas las deudas que no hayan podido ser satisfechas con la liquidación de los bienes y sin que exista -salvo calificación del concurso como culpable con condena a pagar el déficit concursal- ninguna persona responsable de las mismas. Sin embargo, si el deudor es un empresario persona física, éste, como es obvio, no puede extinguirse y, aplicando el principio general de la responsabilidad patrimonial universal, de acuerdo con el cual el deudor

³ Siempre, por supuesto, que se trata de una sociedad capitalista y no personalista.

⁴ El convenio consiste en un acuerdo de pago, que incluye quitas y/o aplazamientos, entre el deudor y los acreedores, que deciden por mayoría, y cuya eficacia requiere la aprobación del juez del concurso.

responde con sus bienes presentes y, no olvidemos, futuros, sigue obligado de por vida al pago de todas las deudas que hayan quedado insatisfechas.

Lo mismo ocurre con el concurso de las personas físicas que no tienen la condición de empresarias porque no ejercen ninguna actividad económica por cuenta propia pero que se encuentran igualmente en una situación de insolvencia al no poder hacer frente a las deudas contraídas.

¿En qué situación se encontraban entonces estas personas físicas tras la finalización del concurso? La Ley Concursal (en adelante, LC), preveía para estos casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos –y sigue previendo para los casos en los que no se conceda el BEPI-, la posibilidad de que los acreedores inicien ejecuciones singulares en tanto no se declare un nuevo concurso del deudor persona física, estableciendo, además, que la inclusión del crédito en la lista de acreedores del concurso es equiparable a una sentencia de condena firme. Es decir, que estas personas, además de haber sido despojadas de todos sus bienes en la liquidación, excepto de los inembargables, quedan bajo la amenaza de que cualquier nuevo ingreso conseguido sea rápidamente embargado por cualquiera de sus acreedores.

Así, mientras que el socio capitalista de una sociedad, tras la liquidación de la misma, puede continuar en el tráfico económico y tratar de emprender una nueva actividad empresarial, el empresario persona física no tiene esta opción, pues le acompaña el lastre de las numerosas deudas no satisfechas que imposibilitan cualquier tipo de recuperación. Y lo mismo ocurre con el deudor consumidor, no empresario, que difícilmente va a poder reinsertarse de nuevo en el tráfico económico.

De esta manera, esta situación no solo condena al deudor a la exclusión social, sino que perjudica también al conjunto de la sociedad al no permitir que tras el concurso el deudor persona física vuelva a reintegrarse en el mercado productivo realizando una actividad económica y recuperándose como consumidor. El deudor que es conocedor de que todos los ingresos y bienes que logre obtener van a ir a parar a manos de sus acreedores, no tiene ningún incentivo para reiniciar la actividad económica ni para siquiera buscar un empleo, pues lo más probable es que trate de ocultar sus ingresos fomentando la economía sumergida. A ello puede añadirse la posibilidad de que el deudor acabe siendo receptor de prestaciones sociales, convirtiéndose así además en un gasto para el Estado.

Por ello, pese a lo impactante que puede resultar la posibilidad legal de incumplir lo pactado, las ventajas de la incorporación del mecanismo de segunda oportunidad acaban repercutiendo de forma positiva en toda la sociedad.

¿Pero qué ocurre entonces con los acreedores? Gana el deudor, gana la sociedad, ¿pero a costa de que ellos pierdan? Lo cierto es que el sistema tal y como estaba diseñado, en principio de la forma más garantista posible para los acreedores, tampoco garantizaba que pudieran hacer efectivo su derecho de crédito una vez producida la insolvencia del deudor y concluido su concurso. Las dificultades ante las que se encontraba el deudor para poder remontar impedían igualmente que los acreedores acabaran cobrando, por no mencionar el desgaste que para ellos supone la carga de vigilar las actividades del deudor para poder solicitar el embargo y, en su caso, ejecución de los ingresos o bienes que éste pudiera estar obteniendo.

Sin embargo, la existencia del BEPI incentiva a los acreedores tanto para intentar llegar a un acuerdo de refinanciación que evite el concurso, como para tratar de alcanzar, en su caso, la solución de convenio una vez que se ha declarado el mismo, pues en caso contrario, si se concede el BEPI, pueden llegar a no cobrar nada. Mientras que antes de la existencia de este mecanismo, pocos eran los incentivos de la mayor parte de acreedores para alcanzar un acuerdo, pues muchos no encontraban ningún estímulo para negociar ante la falsa seguridad que les otorgaba el principio de responsabilidad patrimonial universal.

Por último, también hay que tener en cuenta que muchas veces y, sobre todo, así ha ocurrido estos últimos años de crisis económica, el propio acreedor no ha sido responsable en la concesión del crédito, pues ante la garantía que le da la posibilidad de atacar todos los bienes presentes y futuros del deudor, ha dejado de estudiar y valorar las posibilidades de impago. Así, la introducción del BEPI puede incentivar también la concesión responsable del crédito⁵.

De todas formas, y como no podría ser de otro manera, también existen inconvenientes a la introducción de esta figura en el ordenamiento jurídico. El más destacado es el de las posibles conductas oportunistas por parte del deudor que puede actuar de forma irresponsable ante la seguridad que le otorga la liberación de deudas, beneficio que le

⁵ Vid. Cuenca Casas, M., “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 125, 2012, p. 18.

permite no asumir todas las consecuencias de sus actos. Asimismo, también se apuntan otros posibles efectos perniciosos como la posibilidad de que a corto plazo suponga una restricción del crédito o un aumento del tipo de interés.

Estos inconvenientes, sobre todo el miedo a las conductas oportunistas, pesaron más en España que los beneficios a él asociados, hasta que llegó la crisis económica de 2007. Los sobreseimientos de pagos se dispararon ante las dificultades económicas y el sobreendeudamiento de muchos particulares, de manera que en seguida empezó a ser patente la necesidad de regular de forma específica una solución para el concurso de las personas físicas, pues la mayor parte del tejido empresarial español se sustenta en este tipo de empresarios (*vid.* Gráfico 1). Además, hay que tener en cuenta que este problema no afecta únicamente a estos empresarios, sino también a numerosos socios de PYMES que se han visto sumidos en la insolvencia al haber tenido que avalar con su patrimonio personal a la sociedad para que a ésta se le concediera financiación. Así, en muchas ocasiones, podía comprobarse cómo, al concurso de la sociedad, le seguía también el concurso del socio que prestó la garantía. En consecuencia, para reactivar la economía española es más que necesario que estas personas vuelvan a estar activas.

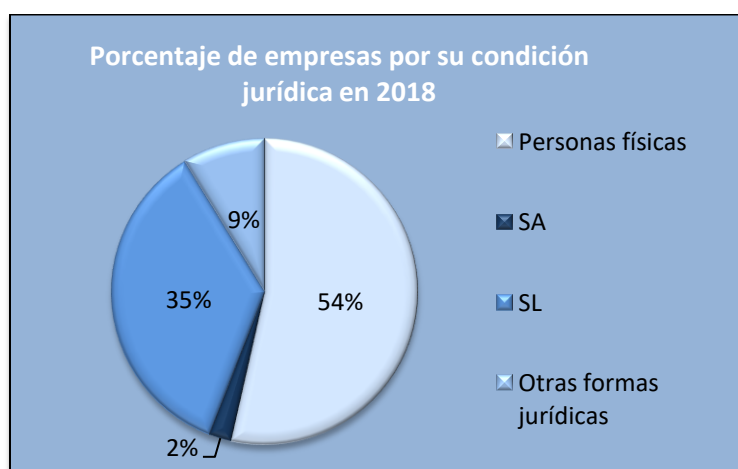


Gráfico 1. Porcentaje de empresas en España por su condición jurídica en 2018⁶

En esta línea se aprobó por fin en 2013 la primera ley en España que introducía el mecanismo de la segunda oportunidad. Sin embargo, los requisitos de aplicación del beneficio eran tan estrictos que hacían casi inviable su obtención. En aras de flexibilizar su aplicación, se aprobó la Ley 25/2015, de 29 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social,

⁶ Gráfico de elaboración propia con datos obtenidos del INE (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=297>)

que introdujo en la LC el artículo 178 bis, precepto donde actualmente se regula esta figura.

Este mecanismo permite que las personas físicas que cumplan ciertos requisitos -relacionados con la conducta del deudor y la satisfacción de un umbral mínimo de pasivo- puedan solicitar la exoneración de todas o parte de las deudas restantes que hayan quedado pendientes tras la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa, de forma que transcurrido un periodo de tiempo a partir del cual la exoneración se vuelve definitiva, el deudor queda liberado de todas sus obligaciones pendientes, pudiendo comenzar de nuevo, esto es, desde cero en lugar de con menos de cero.

Sin embargo, la aplicación de este precepto sigue siendo un tema complicado y confuso. Doctrina y jurisprudencia no se ponen de acuerdo siquiera en cuáles son los requisitos necesarios para poder acceder al beneficio. Así, ahora que por fin las personas físicas tienen la posibilidad de exonerar parte de sus deudas para comenzar de nuevo, siguen encontrándose con el problema de la inseguridad jurídica y con la incertidumbre de si el beneficio podrá aplicarse en su caso concreto.

Por ello, a lo largo de los siguientes apartados, el presente trabajo va a tratar de dar respuesta a las diferentes dudas que se plantean en relación a los requisitos necesarios que el deudor debe cumplir para poder acceder al beneficio.

III. ¿QUIÉN PUEDE SOLICITAR EL BEPI?

Lo primero que hay que tener en cuenta es que el BEPI no es un beneficio al que pueda acceder cualquier deudor que se encuentre en una situación de insolvencia y que cumpla con ciertos requisitos, sino que requiere que se den una serie de presupuestos para poder solicitarlo.

Es importante dejar claro ya desde el principio que el deudor sólo puede acceder al BEPI si ha sido declarado en concurso y éste ha concluido por liquidación o por insuficiencia de masa activa. Es decir, que no es posible la exoneración sin previo concurso del deudor.

Por ello, entre los presupuestos del BEPI nos encontramos también con los propios presupuestos del concurso de acreedores, porque si no se dan los presupuestos del concurso, no se puede acceder a éste y, por consiguiente, tampoco al BEPI.

1. PRESUPUESTO SUBJETIVO

El único presupuesto subjetivo para poder obtener el BEPI es ser una persona natural, esto es, una persona física, siendo indiferente que se tenga o no la condición de empresario. Por tanto, cumplen este presupuesto tanto un autónomo o un profesional que se ha visto desbordado por las deudas de su negocio, como el miembro de una familia que es trabajador por cuenta ajena que no puede hacer frente a sus líneas de crédito personales.

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que tampoco se exige ningún requisito en cuanto a la capacidad de obrar de la persona natural. Cualquier persona física no fallecida, incluidos menores e incapacitados, pueden ser declarados en concurso y, por tanto, también podrán acceder al BEPI.

Más dudas surgen en el caso de que el deudor falleciese durante la tramitación del concurso, puesto que el art. 182 LC prevé, como excepción, -ya que la herencia yacente no tiene personalidad jurídica propia y por tanto no cumpliría con el presupuesto subjetivo de todo concurso- la continuación del mismo como concurso de la herencia, pero el BEPI no contempla dicha excepción, por lo que en principio la herencia quedaría fuera del ámbito subjetivo de aplicación del beneficio al no tratarse de una persona natural. De todas formas, los herederos podrían rechazar la herencia para no

hacerse cargo de las deudas que hubieran quedado impagadas tras la liquidación de la misma.

En cuanto a la nacionalidad del deudor persona natural, también es indiferente para la concesión del BEPI. Dado que éste no exige ningún requisito adicional, deben darse únicamente los presupuestos del concurso, siendo lo esencial que la persona tenga en territorio español el centro de sus intereses principales⁷ o su domicilio.

Por último, señalar que, por supuesto, no pueden acceder al BEPI las personas jurídicas ya que cuando su concurso concluye por liquidación o insuficiencia de masa activa se extinguen.

2. PRESUPUESTO OBJETIVO

Como se ha mencionado previamente, para que el deudor pueda acceder al BEPI es necesario que se le haya declarado en concurso y, para eso, es imprescindible que cumpla con el presupuesto objetivo de todo concurso de acreedores: encontrarse en estado de insolvencia. La LC identifica la insolvencia con la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles. Se trata de una imposibilidad objetiva de pago, es un estado de imposibilidad para cumplir de modo regular las obligaciones a medida que venzan y sean exigibles por los acreedores.

Por otro lado, cabe plantearse la existencia de otro presupuesto objetivo derivado de la propia naturaleza del concurso, que es la pluralidad de acreedores. La LC no establece este presupuesto de forma expresa pero la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales lo consideran un requisito necesario para poder declarar el concurso, puesto que si sólo existe un único acreedor, éste puede iniciar la ejecución singular de todos los bienes del deudor sin necesidad del procedimiento concursal, cuya finalidad principal es ordenar el pago entre los distintos acreedores.

Por tanto, en principio, si el deudor tiene un solo acreedor no será admitida a trámite su solicitud de concurso y, en consecuencia, no habrá procedimiento en el que poder solicitar el BEPI.

⁷ Tanto la LC como el Reglamento UE 2015/848 entienden por centro de intereses el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses.

Esta conclusión llevaría sin embargo a una aplicación injusta del beneficio, pues entre dos deudores que adeudan la misma cantidad de dinero pero uno a un solo acreedor (imaginemos, un banco) y el otro a dos acreedores (dos bancos distintos), el segundo podría llegar a ser exonerado de gran parte de sus deudas mientras que el primero seguiría endeudado de por vida, negándosele una segunda oportunidad. Por ello, es posible que en los casos en los que se solicita la conclusión del concurso de forma simultánea a la declaración del concurso por insuficiencia de masa activa, pueda ponerse de relieve esta situación y ser acogida por el juez, porque si bien tiene sentido inadmitir a trámite la solicitud de concurso cuando solo existe un solo acreedor, en estos casos el concurso ni siquiera va a celebrarse y este presupuesto pierde su fuerza cuando la finalidad del concurso es únicamente poder solicitar el BEPI.

En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 2018⁸ estima el recurso de apelación del deudor contra el auto del Juzgado que no había admitido a trámite el concurso por contar el deudor con un único acreedor, una entidad financiera. De acuerdo con la AP *«siendo el solicitante del concurso una persona natural a la que el artículo 178 bis reconoce la posibilidad de acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, es preciso interpretar el presupuesto de la pluralidad de acreedores con cierta flexibilidad, dado que la situación de sobreendeudamiento se puede producir a partir de una única deuda relevante. Se trata de un derecho que la Ley sólo reconoce al deudor que ha sido declarado en concurso y se tramita una vez concluido el procedimiento concursal por liquidación o por insuficiencia de masa. En este sentido, hemos de presumir que la pluralidad de acreedores está presente en este caso, dado que el deudor persona física contrae obligaciones, probablemente de escasa cuantía, como suministros, gastos de comunidad..., que aunque no estén vencidas en el momento de la declaración, no dejan de ser deudas reales que nos permiten considerar que se cumple el presupuesto de la pluralidad de acreedores»*. De esta manera, si bien la Audiencia Provincial parece seguir exigiendo el requisito de una pluralidad de acreedores, hace una interpretación muy amplia del mismo, entendiendo que siempre va a haber más de un acreedor.

⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:5718A)

3. PRESUPUESTO FORMAL

Dado que la concesión del BEPI se enmarca dentro del concurso de acreedores, no pudiendo ser concedido fuera de éste, existen una serie de presupuestos formales que tienen que darse para que el beneficio pueda ser solicitado.

En primer lugar, el deudor ha tenido que ser declarado en concurso y, por tanto, es presupuesto previo el auto de declaración de concurso dictado por el Juez competente⁹, que tiene carácter constitutivo con eficacia *erga omnes* (art. 5 LC).

En segundo lugar, para poder conceder el BEPI, es necesario que el concurso concluya por liquidación o por insuficiencia de masa activa (art. 178 bis 1 LC).

El concurso concluye por liquidación siempre que no se hace efectiva la conclusión convencional del concurso y consiste en la conversión de los bienes y derechos del concursado en dinero para poder proceder al pago de los acreedores en el orden legalmente establecido.

Por su parte, el concurso concluye por insuficiencia de masa activa cuando el patrimonio del concursado, es decir, sus bienes y derechos, no son presumiblemente suficientes para satisfacer los créditos contra la masa, esto es, los créditos nacidos con posterioridad a la declaración del concurso (entre los que se encuentran, entre otros, los propios gastos judiciales que genera el concurso). Es decir, cuando se estima que el dinero que se obtendría de convertir todos los bienes y derechos del concursado no sería suficiente ni para pagar los propios gastos que genera el concurso (art. 176 bis 1 LC).

Así las cosas, según el concurso haya ido por uno u otro camino, deberán haberse producido una serie de acontecimientos para que se pueda solicitar el BEPI.

⁹ La declaración de concurso no puede ser realizada de oficio por el juez, de manera que es el deudor el que, asistido de abogado y procurador -o bien sus acreedores en el supuesto de concurso necesario-, el que tiene que solicitarla ante el Juzgado de lo Mercantil -si se trata de un empresario- o ante el Juzgado de primera instancia -si no es un empresario- en cuyo territorio tenga el centro de sus intereses principales, justificando que está endeudado y que se encuentra en una situación de insolvencia. Si el juez considera acreditada la insolvencia, dictará auto declarando el concurso. Para acreditar la insolvencia basta con probar la concurrencia de alguno de los hechos previstos en el art. 2.4 LC. Es importante destacar que la Ley de segunda oportunidad introdujo una excepción en el art. 184.2 LC permitiendo que la representación por procurador en el concurso consecutivo del consumidor sea facultativa. De esta manera, el deudor consumidor puede ahorrarse los gastos del proceso que supone la asistencia de procurador. A estos efectos, cabe resaltar que la condición de empresario a efectos concursarles se recoge en el art. 231 LC y se trata de una condición subjetiva, siendo indiferente la naturaleza o el origen del pasivo de la persona física.

En el primero de los casos, es presupuesto que haya concluido la fase de liquidación del concurso y que el Administrador Concursal (en adelante, AC) haya presentado el informe final de liquidación en el que justifica las operaciones de liquidación realizadas y rinde cuentas (art. 178 bis 2 en relación con el 152 LC).

En el segundo caso, es presupuesto que se hayan pagado los créditos contra la masa en el orden establecido en el art. 176 bis 2 LC y que el AC haya presentado el informe justificativo de que el concurso no será calificado como culpable ni existen acciones viables de reintegración o de responsabilidad de terceros¹⁰.

4. PRESUPUESTO TEMPORAL

El BEPI tiene que ser solicitado por el deudor ante el Juez del concurso en los plazos establecidos por la LC. El momento para presentar la solicitud varía en función de si el concurso se encuentra en la fase de liquidación o se ha solicitado la conclusión por insuficiencia de masa activa.

En el primer caso, el BEPI se puede solicitar una vez concluida la fase de liquidación y presentado el informe del AC durante el plazo de audiencia que se les concede a las partes para que puedan oponerse a la conclusión del concurso (art. 152.3 LC).

¹⁰ Como puede apreciarse de los propios requisitos formales, que exigen la terminación del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, un requisito indirecto para poder acceder al BEPI es la liquidación previa de todos los bienes del deudor. Es decir, en principio, ningún deudor puede ser exonerado de parte de sus deudas si previamente no liquida todo su patrimonio para hacer frente a todas las deudas posibles. Sin embargo, existen algunas excepciones jurisprudenciales a este importante presupuesto. Así, tanto el AJM de Barcelona de 15 de abril de 2015 (ECLI: ES:JMB:2015:1435A) como la SJM de Murcia de 20 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:JMMU:2017:2133) conceden el BEPI sin ejecutar la hipoteca de la vivienda habitual del deudor durante el concurso al encontrarse las cuotas al corriente de pagos y entender que su ejecución sería una medida antieconómica. Pese a que esta solución ha sido alabada tanto en medios de comunicación como por parte de la doctrina (*vid.* Grasa, D., Reolon L. y Noriega, M., “El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al Auto 138/15, de 15 de abril de 2015, de Juzgado de mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario”, en *Anuario de Derecho Concursal* num. 36/2015, Editorial Civitas, 2015) por tratarse de una propuesta que dota al mecanismo de mayor flexibilidad y eficacia práctica, se trata de una interpretación finalista de la norma que difícilmente puede alinearse con su interpretación literal y que contradice importantes principios del Derecho Concursal, al permitir la finalización del concurso por liquidación sin liquidar la totalidad de los bienes. Por otro lado, también ha sido criticado por considerar que puede llegar a ser una medida incluso negativa para el deudor –por quedar en estos casos la totalidad de la deuda garantizada por la hipoteca fuera de la exoneración– y suponer una estrategia de las entidades financieras para escapar del régimen de segunda oportunidad (*vid.* Cuenca Casas, M., “El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 37, 2016, p. 11-12).

En el segundo caso, el BEPI debe solicitarse una vez realizados los bienes, pagados los créditos contra la masa en el orden establecido y presentado el informe del AC, en el plazo de 15 días desde que dicho informe se ha puesto de manifiesto en la oficina judicial (art. 176 bis LC).

Este presupuesto es importante, puesto que el BEPI no puede ser concedido de oficio por el Juez, de manera que si el concursado no lo solicita en plazo, no podrá acceder al mismo.

Ahora bien, pese a que la literalidad de la norma establece que «el deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo», algunos jueces vienen admitiendo que la solicitud sea presentada por el AC¹¹. En opinión de Martín Faba, se trata de una decisión racional, puesto que el AC es posiblemente el órgano que mayor conocimiento tiene del procedimiento concursal y de la situación patrimonial del deudor¹².

¹¹ Vid. AJM nº 10 de Barcelona núm. 139/2015 de 15 abril (JUR\2015\128116), AJM de Palma de Mallorca de 23 diciembre 2015 (JUR\2016\11881) y AJM nº 3 de Barcelona de 1 octubre 2015 (JUR\2015\241635).

¹² Martín Faba, J. M., “El mecanismo de segunda oportunidad: estado de la cuestión en la jurisprudencia”, en *Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*, 2016, p. 13.

IV. ¿QUÉ CONDICIONES DEBEN DARSE PARA LA CONCESIÓN DEL BEPI?

1. EL DEUDOR DE BUENA FE

Una vez conocidos los presupuestos requeridos para poder plantearse siquiera la posibilidad de obtener el BEPI, se hace necesario explicar cuáles son los requisitos que la persona natural debe cumplir para que éste le pueda ser concedido. De acuerdo con el art. 178 bis 3 LC, sólo los deudores de buena fe pueden obtener el BEPI. Pero, ¿qué se entiende por deudor de buena fe a efectos de poder acceder al BEPI?

Todos los regímenes de segunda oportunidad pivotan sobre este concepto, puesto que solo el deudor de buena fe puede ser merecedor de este beneficio. De lo contrario, la propia ley podría acabar protegiendo conductas irresponsables y oportunistas por parte de los deudores, produciéndose situaciones de abuso que tendrían que soportar los acreedores.

Así, cada ordenamiento jurídico define, según los criterios que considera oportunos, qué circunstancias deben concurrir para poder considerar a un deudor como de buena fe. Para la mayor parte de la doctrina, los aspectos que deberían tenerse en cuenta para valorar la buena fe del deudor son las causas de su sobreendeudamiento y su conducta previa a la declaración de insolvencia¹³. Sin embargo, la ley española ha sido ampliamente criticada por relegar la valoración de la conducta del deudor y hacer girar el concepto de buena fe, principalmente, sobre su capacidad para abonar un mínimo de los créditos pendientes en el concurso.

Además de los distintos aspectos que pueden tenerse en cuenta para valorar la buena fe, los ordenamientos también varían entre sí en función de si han recurrido a un concepto normativo o valorativo. Un concepto normativo supone que un deudor es de buena fe si cumple los requisitos tasados que en la ley se enumeran, mientras que un concepto valorativo es mucho más amplio y deja al juez cierto margen para ponderar si en el caso concreto ha existido buena fe.

La ley española también ha sido criticada por escoger la primera opción, no jugando el juez ningún papel a la hora de determinar quién merece este beneficio. Si se dan los

¹³ Vid. Cuenca Casas, M., “El nuevo régimen...”, p. 4-6 y Sánchez Jordán, M. E., “La inclusión de un mecanismo de segunda oportunidad a favor del deudor persona física no empresario”, en *Monografías. El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*, Civitas SA, 2016.

requisitos objetivos tasados del art. 178 bis 3 LC, el juez debe conceder el BEPI por tratarse de un deudor de buena fe.

El motivo de las críticas radica en que la ley define el concepto de buena fe de forma tan amplia, que permite que se encuadren dentro del mismo conductas que poco tienen que ver con un deudor honesto y responsable. Un ejemplo de ello es el deudor persona física que deviene insolvente por haber sido condenado a responder del déficit del concurso de la sociedad que administraba por haber sido declarado persona afectada por la calificación de concurso culpable de la misma. Como no se tienen en cuenta las causas del sobreendeudamiento para determinar la buena fe, el hecho de que el origen de la deuda de la persona natural se encuentre en la gestión negligente o dolosa de la sociedad que administraba, no tiene ningún impacto sobre su concurso personal, pudiendo ser exonerado de responder de las deudas de la sociedad concursada, evitando así el régimen de responsabilidad que la propia LC prevé para los casos en los que los administradores han generado o agravado la insolvencia de la sociedad que administraban. Este y otros efectos perversos son los que podrían haberse evitado de establecer la ley un concepto valorativo del deudor de buena fe¹⁴.

En el seminario sobre segunda oportunidad del Consejo General del Poder Judicial de 25-27 de enero de 2016 se llegó a la conclusión de que algunas de estas causas que no están incluidas en la definición de deudor de buena fe pero que denotan un comportamiento reprochable del deudor, como el sobreendeudamiento activo, pueden conducirse por la vía del concurso culpable, lo que ya impediría la concesión del BEPI (*vid.* apartado 2.1.1 del presente trabajo). Sin embargo, tampoco esta es una solución idónea, puesto que la exclusión del BEPI no es la única consecuencia de declarar un

¹⁴ Pese a que prácticamente toda la doctrina (Sánchez Jordán, M. E., “La inclusión de un mecanismo...”, p. 10-11; Tomás Tomás, S. “El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2016, p. 4; Niño Estébanez, R., “La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos”, en *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, nº 2, 2018, p. 10; Cuenca Casas, M., “El nuevo régimen...”, p.13; entre otros) coincide en que se trata de un concepto normativo, algunos jueces, en aras de salvar estos inconvenientes, han interpretado que los requisitos del precepto únicamente constituyen un mínimo para la apreciación de la buena fe, que puede no obstante descartarse por la concurrencia de otras circunstancias. Así ocurre en la Sentencia del JM de León de 14 de octubre de 2015 (JUR\2016\47759) donde el juez desestima la solicitud del BEPI porque el solicitante había sido condenado como afectado por la calificación de otro concurso. De todas formas, coincido con Cuenca Casas, M. en “La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales”, 2016, p. 19, en que la argumentación del juez no se sostiene y que, pese a que la determinación del concepto como normativo sea algo criticable, es la opción que ha elegido el legislador y, en consecuencia, los órganos judiciales deben respetarla, porque lo contrario supone un incumplimiento del principio de legalidad por parte del juez.

concurso culpable, el cual va unido a una serie de sanciones para las personas afectadas por la sentencia de calificación culpable del concurso¹⁵. En este sentido, Cuenca Casas pone de manifiesto la incongruencia de un sistema que no permite diferenciar entre un deudor que debe ser sancionado de otro que, no mereciéndose una sanción por no haber actuado con dolo o culpa grave, tampoco se merezca un premio, como es la obtención del BEPI, por haber existido una actuación negligente que no le haga merecedor de la exoneración¹⁶.

Por último, una de las cuestiones más graves a mi parecer sobre la regulación del concepto de deudor de buena fe a los efectos que aquí interesan y de las que más críticas merece, es la falta de claridad del art. 178 bis 3 LC a la hora de proceder a su concreción. La confusa redacción del precepto referido ha generado numerosas dudas acerca de su interpretación, tanto en la doctrina como en los tribunales. Las consecuencias prácticas son muy importantes, pues dependiendo de la postura defendida, hay ciertos casos que pueden quedar fuera de la concesión del BEPI. Ello ha generado una gran inseguridad jurídica, pues la misma situación, el mismo supuesto de hecho, es admitido por unos tribunales y no por otros, quedando el ciudadano al arbitrio del juez que le sea asignado.

Por ello, a continuación, se va a tratar de exponer cuáles son los requisitos que son exigidos por el legislador, así como la interrelación que existe entre ellos y el origen de la controversia en su interpretación para tratar de explicar lo mejor posible cuáles son las opciones que tiene la persona natural para poder solicitar el BEPI y que éste le sea reconocido.

2. REQUISITOS

El apartado 3 del artículo 178 bis LC es el que desarrolla el concepto de buena fe. Concretamente señala lo siguiente: «Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el

¹⁵ Las consecuencias de la declaración de concurso culpable se regulan en los arts. 172 y 173 LC. Las personas afectadas por la calificación pueden ser condenadas a la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años o a perder cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales de la masa, entre otras.

¹⁶ Cuenca Casas, M., “El nuevo régimen...”, p. 15.

deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos» y, a continuación, enumera cinco requisitos. Ahora bien, no se trata de cinco requisitos acumulativos.

Podemos señalar dos tipos de requisitos para considerar a un deudor de buena fe según el ordenamiento español: los relativos, en cierta forma, a exigencias en su conducta (requisitos 1º, 2º y 3º) y la necesidad de satisfacer un determinado umbral de pasivo del concurso (requisito 4º ó 5º). Es decir, el legislador español subordina la buena fe del deudor a que haya sido capaz de hacer frente a ciertos créditos concursales.

En principio –y digo en principio porque es precisamente en la interrelación que existe entre los distintos requisitos donde surgen las dudas de interpretación- los tres primeros requisitos, relacionados con la conducta del deudor (que su concurso no haya sido declarado culpable, que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por una serie de delitos legalmente tasados y que haya celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos), deben cumplirse en todo caso. Los requisitos 4º y 5º, que se refieren a la necesidad de satisfacer un mínimo de los créditos del concurso, son mutuamente excluyentes, puesto que presentan dos formas alternativas de hacer frente a esta exigencia. El 4º se refiere a que durante el concurso el deudor hubiera podido alcanzar la satisfacción de un cierto umbral del pasivo mediante la liquidación y el 5º al compromiso del deudor de alcanzar el referido umbral a través de un plan de pagos de cinco años. Ahora bien, las consecuencias de optar por una u otra vía no son las mismas.

A continuación se exponen de forma detallada cada uno de estos requisitos a los que se sujeta la consideración de buena fe del deudor ex art. 178 bis 3 LC.

2.1 Requisitos relativos a la conducta del deudor

2.1.1 Ausencia de declaración de culpabilidad del concurso

El concurso de acreedores se califica como culpable, en lugar de fortuito, cuando, abierta la pieza de calificación, se aprecie que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor (art. 164.1 LC). Siempre que se den estas condiciones, el concurso será calificado como culpable. Pero en aras de facilitar la aplicación de esta cláusula general, la LC establece una serie de presunciones –algunas *iris tantum* (art. 164.2 LC) y otras *iris et de iure* (art. 165.1 LC)- que implican la calificación del concurso como culpable.

Dentro de las presunciones *iuris et de iure* de concurso culpable se encuentran hechos como incumplir el deber de contabilidad cuando el deudor está obligado a llevarla, que haya presentado documentos falsos en la tramitación del concurso, cuando el deudor se hubiera alzado con parte de sus bienes en perjuicio de los acreedores o hubiera intentado impedir la eficacia de un embargo o cuando hubiese sacado bienes de su patrimonio de forma fraudulenta en los dos años anteriores a la declaración del concurso, entre otras¹⁷. Por su parte, algunos ejemplos de presunciones de concurso culpable sobre las que cabe prueba en contrario, son incumplir el deber de solicitar la declaración del concurso o incumplir el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal¹⁸.

De manera que es necesario que no haya tenido lugar ninguna de estas circunstancias para que el deudor pueda obtener el BEPI. En los casos en los que el concurso concluye por liquidación, el análisis de estas cuestiones se realiza en la sección de calificación del concurso (art. 167 LC). Sin embargo, en los casos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa no se abre esta sección, puesto que únicamente cabe la conclusión por este motivo cuando no sea previsible la calificación del concurso como culpable. Así, en estos casos, el administrador concursal tiene el deber de afirmar y razonar que el concurso no puede ser calificado como culpable (art. 176 bis LC).

Cabe mencionar que el artículo 178 bis 3 1º LC establece una salvedad a este requisito y es que, cuando el concurso haya sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar la declaración del concurso, el juez podrá aun así conceder el BEPI atendiendo a las circunstancias del caso siempre que no se aprecie dolo o culpa grave del deudor. Pero la doctrina ha criticado esta excepción por carecer de aplicabilidad práctica al ser totalmente contradictoria, pues para que el concurso haya sido calificado como culpable por dicho motivo, es necesario que haya concurrido dolo o culpa grave¹⁹.

El incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso que pesa sobre el deudor se produce cuando éste no se solicita dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su situación de insolvencia (art. 5 LC), pero solo supondrá la calificación del concurso como culpable si el deudor

¹⁷ La enumeración completa de las presunciones *iuris et de iure* se encuentra en el art. 164.2 LC.

¹⁸ La enumeración completa de las presunciones *iuris tantum* se encuentra en el art. 165 LC.

¹⁹ Niño Estébanez, R., “La segunda oportunidad...”, p. 11 y Cuenca Casas, M., “El nuevo régimen...”, p. 15, entre otros.

hubiera retrasado voluntariamente la solicitud de concurso o faltando tal voluntad hubo una infracción grave de la diligencia exigible²⁰.

Seguramente la intención del legislador al introducir esta excepción era tratar de restarle importancia al hecho de que el deudor no solicitase la declaración del concurso en plazo, puesto que muchos deudores personas físicas no solían acudir al procedimiento concursal aunque se encontrasen en situación de insolvencia porque sólo agravaba sus problemas al aumentar sus gastos y no les ofrecía ninguna solución. A ello cabe añadir que generalmente las personas físicas –y más todavía las que ni siquiera tienen la condición de empresarias- desconocen la existencia del procedimiento concursal y más aún la obligación de tener que instar el concurso cuando devienen insolventes. Sin embargo, de nuevo, la mala técnica legislativa ha hecho que dicha excepción no sirva de nada²¹.

Según Cuenca Casas, lo que sucederá es que pocos concursos serán declarados culpables por el retraso en la declaración del concurso en aras de poder facilitar la exoneración²².

2.1.2 Ausencia de condena penal firme del deudor por determinados delitos

Concretamente, el precepto señala que el deudor, para poder ser merecer del BEPI, no ha podido ser 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 10 años anteriores a la declaración de concurso (art. 178 bis 3. 2º LC).

Por otro lado, el precepto añade que si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso debe suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme. A este respecto, Cuenca Casas hace una valoración positiva por cuanto se evita que pueda decretarse la exoneración cuando todavía no hay

²⁰ También puede evitarse la calificación de culpable por este motivo si se logra probar que el retraso no agravó la situación de insolvencia. *Vid.* STS de 17 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3837) y de 22 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1781).

²¹ En el seminario sobre segunda oportunidad del Consejo General del Poder Judicial de 25-27 de enero de 2016 se llegó a la conclusión de que el único supuesto técnicamente posible en el que sería aplicable dicha salvedad sería aquel en el que el deudor persona física haya sido declarado judicialmente discapaz y su representante legal haya realizado los actos generadores de la culpabilidad concursal. Pero se trata de un supuesto muy rocambolesco de difícil aplicación práctica.

²² Cuenca Casas, M., “El nuevo régimen...”, p.15.

resolución firme en el ámbito penal, pero coincido con Latorre Chiner en que dicha opción tiene efectos muy negativos sobre el orden económico-procesal, pues impide que el concurso pueda concluir mientras se tramita el procedimiento penal, lo que puede alargar el concurso durante años, aumentando durante ese periodo los créditos contra la masa. Por ello, estoy de acuerdo con la autora en que hubiera sido preferible permitir en estos casos la concesión provisional del beneficio, asegurando al mismo tiempo que la condena por sentencia firme actuara como criterio de revocación del mismo²³.

2.1.3 El intento de acuerdo extrajudicial de pagos

El tercer requisito señala que es necesario que el deudor, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231 LC, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 178 bis 3 3º LC).

Este requisito, que bajo una simple lectura parece sencillo, precisa de tres aclaraciones importantes: 1) qué es el acuerdo extrajudicial de pagos, 2) cuáles son los requisitos del art. 231 LC y 3) qué alcance ha de darse a la expresión “intentar un acuerdo extrajudicial de pagos”.

En cuanto a la primera cuestión, qué es el acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante AEP), hemos de tener en cuenta que el precepto se refiere al acuerdo regulado en la LC (arts. 231 y ss), con sus trámites y formalidades. Es decir, que no cualquier intento extrajudicial de negociar con los acreedores supone haber intentado celebrar un AEP a los efectos de cumplir con el requisito exigible para el BEPI. Así lo han entendido la mayor parte de los tribunales²⁴.

²³ Latorre Chiner, N., “El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 37, Civitas SA, 2016, p.13.

²⁴ El AAP de Santander de 12 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APS:2017:252A) señala expresamente que “*el acuerdo extrajudicial de pagos es el regulado en los arts. 231 y siguientes de la Ley Concursal, no cualquiera otros acuerdos que no hayan sido adoptados, siguiendo el procedimiento y con los requisitos legalmente establecidos. Por ello, los acuerdos a que se refiere el apelante con sus acreedores no colman la exigencia legal puesto que en modo alguno suponen el previo intento de un acuerdo extrajudicial de pagos*”. En el mismo sentido, el AAP de Valencia de 5 de julio de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3027) señala que “*Se quiera o no, este es el modelo que legislador ha ideado y que debe de seguirse. Modelo que exige la carga de haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos previsto en el título X de la ley concursal, y no otra forma de negociación (ni las mediaciones familiares que pudieran haberse dado en el seno de un proceso de disolución matrimonial, ni los ofrecimientos informales que se hayan podido hacer en relación a la entidad financiera)*”. Y también la SJPII de Segovia de 9 de mayo de 2018 (ECLI:ES:JPII:2018:98) que establece que “*para que se cumpla con el requisito del intento de acuerdo extrajudicial de pagos, recogido en el Art. 178 bis de la LC, el mencionado intento de acuerdo debe*

Por tanto, para cumplir con este requisito, al deudor no le basta con haber intentado llegar a un acuerdo con algún acreedor antes de solicitar la declaración del concurso. Para empezar, el deudor debe solicitar el nombramiento de un mediador concursal al Registrador Mercantil –cuando se trate de un empresario- o al notario –cuando no ostente tal condición- correspondiente a su domicilio (art. 232.1 LC). Dicha solicitud debe contener un inventario con los bienes y derechos de que sea titular el deudor, así como de los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores identificados con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos y una relación de gastos mensuales previstos (art. 232.2 LC). El mediador concursal se encargará de convocar a todos los acreedores que figuren en la lista y a aquéllos otros que pudieran existir y que tenga conocimiento por cualquier otro medio y les remitirá una propuesta de acuerdo sobre los créditos pendientes. Dicha propuesta incluirá un plan de pagos y puede contener esperas por un plazo no superior a 10 años, quitas y cesión de bienes o derechos en pago (art. 236 LC). Por último, para que el acuerdo se pueda considerar aceptado deben darse determinadas mayorías entre los acreedores, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pudiera resultar afectado por el acuerdo (art. 238 LC).

En segundo lugar, la mención del precepto al cumplimiento de los requisitos del art. 231 LC, se refiere a que en el deudor tienen que darse los presupuestos que le permitan acceder al AEP. Antes de la reforma de la LC de 2015, el acceso a este acuerdo estaba vetado para las personas físicas que no reunieran la condición de empresarias, pero tras la reforma, todas las personas naturales que se encuentren en situación de insolvencia y cuyo pasivo no supere los cinco millones de euros pueden solicitarlo.

Además del límite de la cifra que puede alcanzar el pasivo, tampoco pueden solicitar un AEP quienes hubiesen sido condenados en sentencia firme en los 10 años anteriores a la declaración de concurso por los mismos delitos que vetan el acceso al BEPI de acuerdo con el segundo requisito, ni las personas que dentro de los cinco últimos años ya hubieran alcanzado un acuerdo semejante o hubieran sido declaradas en concurso, ni quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso ya hubiera sido admitida a trámite (art. 231.3 LC).

efectuarse con la totalidad de los acreedores, no solo con uno de ellos, y además debe efectuarse en los términos del Art. 231 de la LC”.

Por último, respecto a la cuestión más controvertida, qué se entiende por haber celebrado o intentado celebrar un AEP, parece que la mayor parte de la doctrina y de los tribunales están de acuerdo en realizar una interpretación amplia del término “intentar”.

Así, en el Congreso anual de Jueces especialistas en asuntos de lo mercantil celebrado en noviembre de 2016 en Santander, se llegó a la conclusión de que dentro del concepto “intentar un acuerdo extrajudicial de pagos” se incluyen los siguientes casos:

- En los que se haya elevado una propuesta de acuerdo pero ésta no sea aceptada por los acreedores o éstos decidan no acudir a la reunión.
- En los que el mediador concursal decida, a la vista de las circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y solicitar el concurso.
- En los que la solicitud de acuerdo haya sido admitida pero no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor.

Asimismo, las conclusiones del Congreso señalan que la mayoría de los jueces están de acuerdo en interpretar el concepto de forma amplia y en que, en general, podría englobarse dentro del mismo cualquier supuesto en que se ponga fin al procedimiento de AEP, incluso en los casos de incumplimiento del acuerdo alcanzado o casos de anulación del mismo²⁵.

Lo que sí que se ha señalado en ciertos casos es que no toda propuesta de acuerdo debe entenderse válida a efectos de entender intentado el acuerdo. En este sentido, la SJMerc de Logroño de 25 de febrero de 2016²⁶ desestimó el BEPI por considerar que no podía entenderse cumplido el requisito de haber intentado un AEP de forma efectiva porque el acuerdo que se planteó incluía una quita del 100% de la deuda. Obviamente todos los acreedores se opusieron. Así, para este juez la utilización del AEP como simple medio para cumplir el requisito no puede sino ser considerado como un fraude de ley que no puede ser amparado²⁷.

²⁵ En la misma línea Cuenca Casas, M., “El nuevo régimen...” y Niño Estébanez, R., “La segunda oportunidad...”.

²⁶ SJMerc de Logroño de 25 de febrero de 2016 (JUR\2016\60193)

²⁷ Coinciden con la interpretación del juez Martín Faba, J.M., “Unificación de criterios sobre la aplicación del mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 18, 2016 y Cuenca Casas, M., “La exoneración...”.

Ahora bien, cabe destacar que de acuerdo con la SAP de Barcelona de mayo de 2017²⁸, la propuesta de acuerdo será eficaz cuando, atendidas las circunstancias del caso, sea razonable y adecuada a la capacidad económica real del deudor. En este caso, la Audiencia Provincial entiende el requisito de intento de AEP cumplido pese a que la propuesta de convenio incluía una quita del 99% de la deuda porque considera que dado el montante adeudado y los ingresos y gastos familiares, era difícil que los deudores pudieran abonar más allá de lo que ofrecieron, de manera que se trataba de una propuesta de pago realista atendiendo a su capacidad de pago.

De todas formas, resulta sorprendente cómo tanto doctrina como tribunales, por más que realizan una interpretación muy amplia del requisito, coinciden en que el hecho de que el deudor carezca de bienes e ingresos no le exime de la necesidad de intentar el AEP. De manera que hasta en el caso en el que obviamente el AEP no va a resultar fructífero porque el deudor carece de todo tipo de bienes con los que poder negociar un acuerdo, éste se ve obligado a cumplir con este requisito formal que no hace sino generarle más gastos (coste del registrador mercantil o notario y del mediador concursal).

Por ello coincido con Latorre Chiner al considerar que el legislador no ha atendido adecuadamente los inconvenientes asociados a los AEP, pues si bien es cierto que la concesión del BEPI supeditada a este intento de acuerdo puede suponer un incentivo para los acreedores para tratar de resolver el conflicto en la vía preconcursal, no se ha atendido al hecho fundamental de que el AEP no es conveniente en todos los casos, puesto que en casos como el descrito, en el que no hay bienes suficientes ni para atender a un pasivo mínimo, lo único que se consigue es retrasar el inicio del procedimiento concursal incrementando los gastos²⁹.

2.2 La satisfacción de determinados créditos concursales

Como se ha expuesto previamente, llegados a este punto la ley señala dos requisitos alternativos, uno recogido en el número 4º del art. 178 bis 3 LC que supone la satisfacción de ciertos créditos durante el concurso mediante la liquidación y otro en el

²⁸ SAP de Barcelona de 26 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:4046)

²⁹ Latorre Chiner, N., “El beneficio de...”, p.13.

5º que implica el compromiso de alcanzar la satisfacción de un determinado umbral de pasivo mediante un plan de pagos en el plazo de cinco años.

Antes de pasar a analizar cada una de las dos alternativas, debemos tener en cuenta que estos requisitos no solo se configuran como exigencias para poder ser beneficiario del BEPI, sino que a la vez, y esto es importante, delimitan la deuda que puede ser objeto de exoneración.

En efecto, no todas las deudas de un deudor pueden ser exoneradas. Ello nos permite hablar de deudas exonerables y no exonerables. Esto es común en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos que regulan mecanismos de segunda oportunidad, puesto que se entiende que ciertas deudas, por su naturaleza asistencial (como sucede con la obligación de alimentos) o porque denotan un comportamiento reprochable del deudor (deudas derivadas de responsabilidad civil del deudor), no pueden ser objeto de exoneración³⁰. Pero lo que es llamativo de nuestro ordenamiento jurídico –y también criticable– es que el abono de estas deudas no exonerables se configure como un requisito para poder obtener el BEPI, de manera que si el deudor no puede hacer frente a estos créditos, no se le exonera de ninguno, al contrario que ocurre en otros ordenamientos donde el BEPI se concede sobre el resto de deudas y las no exonerables quedan pendientes y permiten iniciar ejecuciones singulares.

Al mismo tiempo, otro aspecto que ha sido criticado es el criterio escogido para determinar qué deudas son exonerables, así como que éstas varíen en función de la modalidad de exoneración (abono durante el concurso o plan de pagos). Así, el criterio escogido ha sido el de la clasificación que merezcan los créditos en el concurso en lugar de su naturaleza. Ello ha llevado, por ejemplo, a que la parte que se beneficia de la garantía en un crédito hipotecario no sea exonerable pero sí pueda serlo la indemnización por haber causado daños a un familiar (art. 178 bis 3 4º en relación con el art. 90.1.1º LC y 92.5º LC).

Por otro lado, como ya se anticipaba, estas deudas exonerables varían en función de la modalidad escogida. Ello es un efecto de la propia configuración de los requisitos, puesto que de seguirse la vía del plan de pagos se exige la satisfacción mínima de un mayor tipo de créditos (art. 178 bis 5 LC).

³⁰ Así se establece, por ejemplo, en el ordenamiento italiano (art. 142 Legge Fallimentare), portugués (art. 245 Código da Insolvência) y francés (L 333-1 Code consommation).

2.2.1 El abono de un umbral de pasivo mínimo durante el concurso

El apartado 4º del 178 bis 3 sujeta la consideración de que el deudor lo sea de buena fe a «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».

Es decir, sí o sí, para acceder al BEPI por esta primera vía de exoneración, el deudor, a través de la liquidación concursal, ha tenido que ser capaz de satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. Pero ¿qué tipos de créditos son estos?

Los créditos contra la masa se enumeran en el art. 84.2 LC. Principalmente son créditos generados como consecuencia del propio proceso concursal (p. ej. costas y gastos judiciales, retribución de abogado, procurador y administración concursal) o nuevas obligaciones que han surgido legítimamente durante el procedimiento (p. ej. créditos generados por la continuidad de la actividad empresarial tras la declaración de concurso)³¹.

Por otro lado, los créditos privilegiados se enumeran en los arts. 90 y 91 LC. Dentro de éstos se encuentran esencialmente los créditos con garantía real (entre los que destaca el crédito hipotecario) y una gran parte de créditos públicos (retenciones tributarias y de Seguridad Social y resto de créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social hasta el 50% de su importe).

En consecuencia, para poder obtener el BEPI sobre el resto de deudas pendientes mediante esta primera vía, los bienes del deudor, realizados en el proceso de liquidación, han tenido que ser suficientes para satisfacer, como mínimo, todos estos créditos. El matiz “como mínimo” es importante, puesto que tras la liquidación deberán ser cubiertos la mayor parte de los créditos posible, recayendo la exoneración solo sobre los que hayan quedado insatisfechos.

En seguida se observa cómo la elección de este tipo de créditos como necesariamente satisfechos dificulta enormemente la obtención del BEPI, así como le priva de eficacia,

³¹ Otros ejemplos son los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional o los alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos devengados con posterioridad a la celebración del concurso.

pues, precisamente, el crédito hipotecario y el público son los créditos más importantes que suelen gravar a las personas físicas –al menos en España- y no solo no son objeto de exoneración sino que, además, su abono supone un requisito para poder acceder a la exoneración del resto de créditos insatisfechos a la conclusión del concurso de acreedores. Así ocurre en el caso del consumidor cuyo mayor crédito es la hipoteca y en el del empresario donde seguramente sus mayores créditos son con la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Por otro lado, el precepto añade que en el supuesto en que el deudor no hubiera intentado un AEP, el deudor ha tenido que ser capaz de satisfacer también el 25% de los créditos ordinarios tras la liquidación (art. 178 bis 3 4º LC). Los créditos ordinarios son todos aquéllos que no tienen la condición ni de créditos contra la masa, ni de privilegiados, ni de subordinados³².

Así, mientras que si el deudor ha intentado un AEP puede llegar a exonerarse del 100% de los créditos ordinarios y subordinados que hayan quedado insatisfechos tras la conclusión del concurso, si no lo ha hecho, solo serán exonerables, como máximo, el 75% de los ordinarios y el 100% de los subordinados.

2.2.2 El sometimiento a un plan de pagos

El número 5º del art. 178 bis 3 señala expresamente: «Que, alternativamente al número anterior: i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6» y, a continuación, enumera una serie de requisitos adicionales, que son los siguientes:

- Que no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42 LC.
- Que no haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.
- Que no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.

³² Los créditos subordinados se regulan en el art. 92 LC y cabe destacar, entre otros, los créditos que derivan de recargos e intereses de cualquier clase, así como los procedentes de multas y sanciones, y los de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor.

- Que acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años.

De conformidad con el apartado 6, las deudas que no queden exoneradas deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso. Durante esos cinco años dichas deudas no podrán devengar intereses. A tal efecto, el deudor debe presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes, será aprobado por el juez, pudiendo éste introducir alguna modificación.

En virtud del apartado 5 del art. 178 bis LC, en el supuesto en que el BEPI se sujeta a un plan de pagos en los términos resultantes del art. 178 bis 6 LC, la exoneración puede alcanzar a todos los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, pero exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. Es decir, formarán parte del plan de pagos los créditos contra la masa, los privilegiados y los ordinarios correspondientes a créditos por derecho público y alimentos, que hayan quedado insatisfechos tras la liquidación.

En consecuencia, el legislador ha decidido penalizar al deudor que no llega al concurso con los bienes necesarios como para satisfacer los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, no solo con la ampliación de los tipos de deuda a los que tiene que hacer frente (créditos ordinarios público y por alimentos) y, por tanto, minimizando la deuda exonerable, sino que además le exige una serie de requisitos adicionales, lo que podríamos llamar un plus de buena fe.

Esta distinción entre ambas vías de exoneración ha sido también ampliamente criticada por carecer de justificación³³. En primer lugar, ¿qué sentido tiene que la deuda exonerable varíe según el método escogido? ¿Por qué los acreedores de alimentos no tienen derecho a cobrar su crédito si el deudor es capaz de satisfacer los créditos contra la masa y los privilegiados tras la liquidación pero sí si el deudor se somete a un plan de pagos? Y en segundo lugar, ¿cuál es la justificación para exigir un plus de buena fe al deudor que se somete a un plan de pagos? Podríamos pensar que el legislador trata de castigar al deudor que llega al concurso con menos bienes pero ¿acaso se consigue eso con esta distinción? Lo cierto es que lo único que exige la primera vía, que sujeta el

³³ Vid. Latorre Chiner, N., “El beneficio de...”, ps. 14-15 o Cuenca Casas, M., “El nuevo régimen...”, p. 27.

BEPI a la satisfacción de un determinado umbral de pasivo en el concurso (art. 178 bis 3 4º), es haber satisfecho una clase de créditos en el concurso. No se exige por tanto haber satisfecho un concreto porcentaje del pasivo, de manera que si el deudor no tiene, por ejemplo, ningún acreedor que titula créditos privilegiados, le será fácil acceder a esa vía, aunque haya llegado al concurso sin apenas bienes.

La única explicación lógica que podría darse a la exigencia de un mayor número de requisitos para el caso de ir por la vía del plan de pagos es que estos trataran de garantizar el cumplimiento del plan. Sin embargo, como se va a proceder a explicar a continuación, en modo alguno se refieren a la conducta del deudor tras la conclusión del concurso, sino única y exclusivamente a su conducta anterior, de manera que resulta verdaderamente complicado encontrarles una motivación.

El primero de los requisitos adicionales que se exige es que el deudor no haya incumplido las obligaciones de colaboración en el concurso que le impone el art. 42 LC. Estas obligaciones hacen referencia al deber del deudor de comparecer ante el juzgado y la administración concursal tantas veces como sea requerido y de colaborar e informar todo lo necesario para el interés del concurso.

Como ya se ha mencionado previamente, el incumplimiento de estos deberes de colaboración se alza como una presunción *iuris tantum* de culpabilidad del concurso (art. 161.1.2º LC). Es decir, que salvo prueba en contrario que demuestre que pese al incumplimiento no ha existido dolo o culpa grave del deudor, tal incumplimiento da lugar a la declaración del concurso como culpable, lo que supone automáticamente la exclusión del BEPI. Entonces, ¿cuál es el alcance de esta exigencia en los requisitos para acceder al plan de pagos?

De acuerdo con la SAP de Murcia de 8 de septiembre de 2016, para que este requisito no quede vacío de contenido, la única forma de interpretarlo es considerar que se refiere a incumplimientos más livianos o sin tanta entidad en el caso concreto, sin necesidad de que exista dolo o culpa grave³⁴. En la misma línea, Cuenca Casas entiende que, en consecuencia, todo incumplimiento de las obligaciones de colaboración, al margen del

³⁴ SAP de Murcia de 8 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:APMU:2016:2084). La sentencia deniega la obtención del beneficio a la deudora por no haber informado de la propiedad de una serie de cuotas indivisas sobre varias fincas rústicas, pese a que se reconoce tanto la escasa entidad del valor de esos activos como la dificultad que habría supuesto su liquidación, al considerar el Juez que el reproche deriva del incumplimiento del deber de información consagrado en el art. 42 LC, cuya observancia el art. 178bis.3.5º LC eleva a requisito imprescindible para obtener el BEPI, sin necesidad de que se dé una especial gravedad.

reproche culpabilístico, puede provocar la pérdida del beneficio para los deudores que se sometan a un plan de pagos³⁵.

Así, se requiere que se extreme la precaución y las exigencias de colaboración e información durante el concurso para que el deudor pueda ser beneficiado por la exoneración de deudas. Se trata de una condición que en sí misma puede ser coherente con la exigencia de una conducta responsable y honrada al deudor en aras de poder calificarlo como deudor de buena fe, pero ¿qué sentido tiene que se le exija únicamente al deudor que se somete a un plan de pagos y no a aquél que ha podido satisfacer un determinado umbral de pasivo? ¿Únicamente por poder cumplir con ese umbral –que recordemos, ni siquiera implica haber podido satisfacer un mayor porcentaje de deuda– a ese deudor ya no le es exigible que extreme la colaboración durante el concurso? ¿No debe ser éste último tan responsable y honrado como el primero para merecer una segunda oportunidad? Es difícil encontrar una justificación. De hecho, en la sentencia anteriormente mencionada, pese a que se deniega el BEPI por estos motivos, se pone de manifiesto estas críticas a la divergencia de trato.

El segundo de los requisitos adicionales exigidos por el apartado 5º del art. 178 bis 3 es que el deudor no haya obtenido el BEPI dentro de los diez últimos años. De acuerdo con Cuenca Casas, el inicio del cómputo de estos diez años se sitúa en la resolución que declare el BEPI de forma provisional, puesto que si se situara en el momento de la exoneración definitiva –tras el transcurso del plazo de revocación del beneficio– en realidad el bloqueo para solicitar de nuevo el BEPI se prolongaría 15 años. En cuanto al término final, entiende que el plazo de 10 años ha tenido que haber transcurrido en el momento de la solicitud del BEPI, no siendo necesario que haya finalizado en el momento de solicitar el concurso³⁶.

De nuevo, nos encontramos ante una condición coherente con las exigencias que cabe esperar para un deudor de buena fe o, por lo menos, coherente con un sistema de exoneración de deudas que, si bien pretende otorgar una segunda oportunidad, también trata de evitar conductas oportunistas que den lugar a un abuso por parte del deudor en

³⁵ Cuenca Casas, M., en “El nuevo régimen...”, p. 22

³⁶ Cuenca Casas, M., en “El nuevo régimen...”, p. 23.

sacrificio de los derechos de los acreedores³⁷, pero que se vuelve absurdo y más que criticable cuando únicamente se le exige al deudor que se somete a un plan de pagos.

Así, mientras que el deudor que puede satisfacer un determinado umbral de pasivo puede solicitar el BEPI tantas veces como quiera, el deudor que se somete a un plan de pagos, aunque dicho plan lo acabe cumpliendo en el primer año, tendrá que esperar 10 años para poder volver a solicitarlo.

La doctrina coincide en destacar la falta de justificación para esta diferencia normativa. Para Latorre Chiner las diferencias de trato podrían estar fundamentadas si la distinción se hiciera en función de la deuda pagada o el alcance del beneficio, estableciéndose, por ejemplo, límites temporales más cortos cuanto menor hubiera sido la deuda finalmente exonerada, pero no en función de la vía de satisfacción del crédito³⁸. Por su parte, Cuenca Casas cree que la diferencia se debe a que el legislador pensó que la primera vía, al ser tan estricta, no requería de un límite temporal, pues pocos deudores iban a poder abusar de ella. De todas formas, es igual de crítica con la diferencia, pues considera que aunque puedan ser pocos los casos, no queda justificada la desigualdad en el trato³⁹.

En cuanto al tercero de los requisitos adicionales, esto es, que el deudor no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, de nuevo surgen las dudas sobre por qué se exige este plus de buena fe únicamente al deudor que se somete a un plan de pagos. Sería coherente si lo que se exigiera fuera que el deudor no rechace ninguna oferta de empleo durante los años que tiene que cumplir con el plan de pagos, para asegurar su satisfacción; sin embargo, estamos otra vez ante una exigencia referida a la conducta pasada del deudor. Así, este requisito puede dar lugar a que no pueda acceder al BEPI un deudor que ya tiene un puesto de trabajo, que está en condiciones de poder cumplir con el plan de pagos, pero que antes del concurso rechazó un empleo. ¿Estamos por tanto ante un requisito que trata de garantizar que se cumpla con los objetivos de la norma o que únicamente impone un castigo para el deudor que fue imprudente por no aceptar un empleo cuando estaba en una situación próxima a la insolvencia? Puede entenderse que el legislador considere que solo concurre buena fe si el deudor hizo todo lo posible por tratar de evitar la situación de insolvencia que abocó al concurso, pero lo

³⁷ De hecho, la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno prevén medidas semejantes. Así, Francia dispone de un plazo de 8 años y Alemania y Portugal de 10 años.

³⁸ Latorre Chiner, N., “El beneficio de...”, p.15.

³⁹ Cuenca Casas, M., en “El nuevo régimen...”, p. 23.

que no está justificado es que no se exija entonces lo mismo a todo deudor que pretenda acceder al BEPI, pues se opte por la vía que se opte, los derechos de los acreedores de deudas exonerables son igualmente sacrificados.

Por otro lado, está la cuestión sobre qué se entiende por una oferta de empleo *adecuada a su capacidad*. Para Cuenca Casas no se trata de un empleo adecuado a su experiencia, formación o titulación, sino a uno que el deudor sea capaz de desarrollar de acuerdo a su preparación física o intelectual, aunque se trate de un puesto de categoría inferior a su preparación⁴⁰. Ello concuerda con una interpretación literal de la norma, que hace referencia a la *capacidad*, y con la concepción de este requisito como penalización por no haber hecho el deudor todo lo posible por asegurarse unos ingresos para hacer frente a sus deudas. Sin embargo, estoy más de acuerdo con Latorre Chiner, que aboga por una interpretación finalista del precepto, siendo esencial atender a la situación del deudor y a la trayectoria laboral en el período de generación de la insolvencia, valorando si el rechazo de las ofertas estaba o no justificado⁴¹.

Por último, el cuarto requisito adicional, hace referencia a la necesidad de aceptar, de forma expresa, que la obtención del BEPI se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años. La ley regula asimismo la legitimidad para acceder a estos datos, estableciendo de forma general que tendrán acceso a esta sección los que ostenten un interés legítimo y, específicamente, quienes realicen una oferta de crédito o de entrega de bienes o prestación de servicios al deudor que esté condicionada a su solvencia por tener que ser devuelto por éste, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones (art. 178 bis 3 5º v LC).

Quizá este sea el único requisito que puede ligarse con el objetivo de cumplir un plan de pagos, puesto que la publicidad tiene lugar, en principio, mientras dura el mismo. Así, la publicidad trataría de avisar a los futuros acreedores de que el patrimonio del deudor está comprometido con el plan de pagos. Sin embargo, la publicidad no hace referencia al plan de pagos sino únicamente al hecho de haber obtenido el BEPI y no se establece ninguna opción para poder eliminar estos datos en el caso de que el plan de pagos se cumpliera de forma anticipada. De manera que de nuevo la diferencia de trato entre ambas vías de satisfacción del crédito no parece justificada.

⁴⁰ Cuenca Casas, M., en “El nuevo régimen...”, p. 24.

⁴¹ Latorre Chiner, N., “El beneficio de...”, p.14.

Por otro lado, resulta difícil no concebir esta condición únicamente como una penalización y una forma de disuadir a los deudores que pretenden acceder al BEPI. De acuerdo con Cuenca Casas, esta medida no está justificada pues resulta innecesaria al tratarse la obtención del BEPI de un dato negativo que se haría constar ya en los ficheros de solvencia negativos del deudor y cuya publicidad ya se obtiene también a través del auto de conclusión del concurso. Así, lo único que se consigue es estigmatizar al deudor y dificultarle todavía más el acceso al mercado crediticio en una etapa de rehabilitación donde éste podría ser fundamental para poder hacer frente al plan de pagos⁴².

De esta forma, tras el análisis de todos los requisitos adicionales que exige el apartado 5º del art. 178 bis 3, la conclusión que parece alcanzarse es que el legislador, olvidándose del propósito que persigue el propio mecanismo de segunda oportunidad y de la finalidad del plan de pagos como alternativa para su consecución, lo único que pretende es dificultar el acceso a través de esta segunda vía, pues redefine el concepto de buena fe para este deudor, al que le exige un plus en su conducta que nada que tiene que ver con el método de satisfacción del crédito no exonerable escogido. Así, no parece que haya ninguna forma de justificar esta diferencia en el trato cuando los derechos de los acreedores titulares de deudas exonerables se ven sacrificados por igual. Pero esta ley, nos guste o no, es la que tenemos. De manera que el deudor tiene dos opciones para poder obtener el BEPI: haber satisfecho en el concurso la totalidad de los créditos contra la masa y de los créditos privilegiados, o cumplir con los requisitos adicionales del apartado 5º y someterse a un plan de pagos durante cinco años.

3. LA FALTA DE INTENTO DE AEP: LAS DISTINTAS INTERPRETACIONES DEL ART. 178 BIS 3 3º LC

Tal y como se puede extraer de la lectura del precepto, parece que los tres primeros requisitos son necesarios para poder considerar que concurre buena fe en el deudor. El requisito 4º es el que puede intercambiarse por el 5º, puesto que éste último dispone expresamente «alternativamente al número anterior». Así, el requisito 3º, que establece la necesidad de haber intentado un AEP si se reúnen las condiciones del art. 231 LC, sería de aplicación general para cualquier caso. El problema llega cuando, justo

⁴² Cuenca Casas, M., en “El nuevo régimen...”, p. 25.

después, el requisito 4º lo excepciona, estableciendo que en caso de que no se haya intentado un AEP el deudor tendrá que haber satisfecho también el 25% de los créditos concursales. Pero, ¿qué ocurre entonces si no se sigue la vía del apartado 4º y se va por la vía alternativa del plan de pagos? ¿Es necesario en ese caso haber intentado un AEP? Si no es así, ¿para qué sirve el requisito 3º si en el 4º se excepciona y en el 5º no es necesario? Y si sí que es necesario, ¿qué ocurre con los que no han intentado un AEP?, ¿su única opción es haber podido satisfacer tras la liquidación el 25% de los créditos ordinarios además de los créditos contra la masa y los privilegiados? ¿Y qué pasa con los que no reúnen las condiciones del art. 231 y, por tanto, no pueden intentar un AEP? ¿Cuáles son sus opciones? ¿Pueden ellos acceder a la opción del plan de pagos? ¿Deben abonar el 25% de los créditos ordinarios?

Las respuestas varían de forma muy diversa entre doctrina y jurisprudencia. Podemos encontrar hasta cinco interpretaciones diferentes.

La posición más restrictiva es la que defiende Latorre Chiner. De acuerdo con esta interpretación, el requisito tercero, esto es, haber intentado un AEP, es un requisito inexcusable para todo aquél que puede hacerlo, refiriéndose la excepción del apartado 4º a aquéllos que no cumplen los presupuestos del art. 231 LC y que, por tanto, no pueden acceder al AEP. Así, atendiendo a esta postura, aquéllos que sí cumplen con los presupuestos para iniciar un procedimiento de AEP –deudores cuyo pasivo sea inferior a cinco millones de euros y que no se encuentren dentro de las causas impositivas del 231.3 LC- no podrán acceder al BEPI, por ninguna vía, si no lo han intentado. Por su parte, los que no cumplen los presupuestos, únicamente podrán optar al BEPI si, por la primera vía, esto es, mediante la liquidación en el concurso, consiguen satisfacer el 25% de los créditos ordinarios además por supuesto del 100% de los créditos contra la masa y los privilegiados⁴³.

A mi parecer, esta postura, aunque puede defenderse según una interpretación literal de la norma de acuerdo con la cual haber intentado un acuerdo extrajudicial es un requisito necesario para solicitar el BEPI, me parece que es contraria a la finalidad de la misma, pues no encuentro razones para discriminar de semejante manera a aquéllos que no

⁴³ En la misma línea, Hernández Rodríguez, M. “La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 23, 2015 y también el AAP de Santander de 12 de mayo de 2017 (ECLI: ES:APS:2017:252A).

cumplen los presupuestos del art. 231 LC. ¿Por qué alguien que tiene un pasivo superior a cinco millones de euros y, por tanto, no puede, aunque quiera, intentar un AEP, tiene que afrontar un umbral mínimo de pago más alto por la primera vía y negársele directamente la opción del plan de pagos?

Los jueces de Barcelona hacen una interpretación semejante pero algo menos restrictiva al dar una opción a aquéllos que no han intentado alcanzar un AEP pudiendo hacerlo. Los jueces de lo mercantil y el Juzgado de Primera instancia nº 50 de Barcelona se reunieron en un seminario el 15 de junio de 2016 con el objetivo de unificar los criterios interpretativos relacionados con la aplicación del BEPI, de manera que la forma de aplicar el precepto fuera homogénea al menos para todos los deudores cuyo concurso fuera competencia de los jueces de Barcelona.

Estos criterios son por tanto aplicados por la mayoría de estos jueces pero no cierran ningún debate jurídico puesto que, como ellos mismos señalan, no pueden imponer una determinada doctrina.

La interpretación del precepto que llevaron a cabo estos jueces es que existen dos supuestos de exoneración diferentes: el del art. 178 bis 3 4º, basado en la satisfacción de, al menos, una clase de créditos concursales, y el del nº 5, basado en el cumplimiento de un plan de pagos. Según estos jueces, en ambos supuestos, para que el deudor sea considerado de buena fe resultan ineludibles los requisitos 1º, 2º y 3º, excepto en el supuesto de ir por la vía del nº 4º donde, si no se ha celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor puede obtener el BEPI si ha satisfecho al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. En consecuencia, al igual que opina Latorre Chiner, para solicitar la exoneración por la vía del nº 5º, es decir, por la vía del plan de pagos, será necesario haber celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos de forma ineludible, de manera que las personas que pudiendo hacerlo no lo han intentado o las que no reúnan los requisitos del art. 231 LC solo podrán obtener el beneficio por la vía del nº 4º abonando el 25% de los créditos ordinarios.

La diferencia con Latorre Chiner es que los jueces de Barcelona amplían la opción menos beneficiosa de la vía del nº 4º también a aquéllos sujetos que cumplen con los presupuestos del art. 231 LC pero no han intentado alcanzar el acuerdo, mientras que para Latorre Chiner estas personas quedaban automáticamente excluidas del BEPI.

Realmente esta interpretación todavía me parece menos coherente que la anterior, puesto que se sigue discriminando sin motivo a aquéllas personas que no cumplen con los presupuestos necesarios para intentar un AEP pero encima se les equipara con los que pudiendo haberlo intentado no lo han hecho.

Por ello coincido mucho más con la interpretación que hace Cuenca Casas. Para esta autora, «equiparar la situación del deudor que pudiendo intentar un AEP no lo hace con la del que no lo intenta porque no puede violentaría el espíritu y finalidad de la norma»⁴⁴. De acuerdo con esta postura, el requisito general de intentar un AEP es exigible al deudor que puede acudir a tal procedimiento y se excepciona si abona el 25% del pasivo ordinario mediante la primera vía. De esta manera, un deudor que reúne los presupuestos del art. 231 LC puede no intentar un AEP pero tendrá que abonar el 25% del pasivo ordinario y no podrá optar por la vía del plan de pagos. Por su parte, el que no esté legitimado para iniciar un AEP podrá escoger entre abonar el pasivo mínimo durante el concurso (créditos contra la masa y crédito privilegiado) o someterse a un plan de pagos.

De esta forma, no se discrimina a los deudores únicamente por el volumen del pasivo asumido ni tampoco se deja sin contenido el requisito general tercero, puesto que opera siempre en el caso de que el deudor que reúna los requisitos del art. 231 LC se someta a un plan de pagos.

Apoya esta tesis la idea de que el sentido de la norma es constituir un estímulo positivo para lograr acuerdos extrajudiciales sin necesidad de llegar al procedimiento concursal, de forma que se crea un agravante para aquéllos que no lo intentan: limitar su posibilidad de acceder a la vía del plan de pagos y tener que abonar de forma adicional el 25% de los créditos ordinarios para poder acceder a la primera vía. Pero esto no sucede con los deudores que no pueden intentar en ningún caso alcanzar un AEP por no cumplir con los requisitos del art. 231 LC. Limitar sus opciones sólo supondría una penalización injustificada, puesto que no es posible estimularlos para alcanzar un acuerdo al que no se les permite acceder por no cumplir con los presupuestos legalmente establecidos.

⁴⁴ Cuenca Casas, M., “La exoneración de...”, p. 44.

Por último, existen otras dos interpretaciones que no consideran que el intento de AEP sea un requisito general. Así, varios juzgados han entendido que la opción del plan de pagos está abierta en todo caso cuando no se cumple la 4ª condición, esto es, cuando no se ha podido hacer frente tras la liquidación a los créditos contra la masa, los privilegiados y, en su caso, el 25% de los ordinarios⁴⁵. De manera que todo aquél que no ha intentado un AEP, ya sea porque no ha querido o porque no estaba legitimado para ello, puede solicitar el BEPI a través de la vía del plan de pagos.

Una variedad de esta interpretación es la que hace la SJM de Palma de Mallorca de 2 de diciembre de 2015⁴⁶ que considera que la vía del plan de pagos siempre está abierta, aunque no se haya intentado el AEP, pero que en ese caso el plan debe incluir también el pago del 25% de los créditos ordinarios.

Ninguna de estas dos interpretaciones me parece acertada. La primera porque deja vacío de contenido el requisito tercero. ¿Qué sentido tiene introducirlo si luego el requisito 4º lo excepciona y para el 5º no se aplica? Además, da lugar a la incongruencia de que si el deudor no se acoge al plan de pagos tiene que abonar el 25% del pasivo ordinario como requisito para poder acceder al BEPI pero si va por la segunda vía sería exonerado de tener que satisfacer cuota alguna de pasivo ordinario para poder obtener el BEPI. Y la segunda, que corregiría esta incongruencia, creo que es contraria a la literalidad de la norma, puesto que el art. 178 bis 5 claramente establece que en el supuesto del plan de pagos quedan exonerados todos los créditos ordinarios y subordinados (excepto los créditos de derecho público y por alimentos), de manera que es imposible que el plan comprenda el 25% de dichos créditos.

De todas formas, cualquiera de estas interpretaciones puede ser acogida por el tribunal que resuelva sobre el BEPI, puesto que no parece existir ninguna unanimidad respecto a esta cuestión –salvo en los Jueces de Barcelona que, en principio, resuelven de acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el Seminario- encontrándose sentencias que recogen postura totalmente contrarias.

Así, de nuevo, la mala técnica legislativa ha dado lugar a graves consecuencias prácticas al implicar la existencia de una desigualdad de trato entre ciudadanos que se encuentran

⁴⁵ SJM de San Sebastián de 8 de septiembre de 2015 (ECLI: ES:JMSS:2015:3588) y 22 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:JMSS:2015:4239) y SJPI de Logroño de 26 de febrero de 2016 (ECLI: ES:JPI:2016:497)

⁴⁶ SJM de Palma de Mallorca de 2 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:JMIB:2015:3714)

en la misma situación, ocasionando que la segunda oportunidad, en los supuestos en los que no se ha intentado un AEP, se acabe otorgando de forma casi arbitraria.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha podido observar a lo largo del trabajo, la regulación de la segunda oportunidad en España todavía tiene mucho margen de mejora. Desde luego es una buena noticia que por fin el legislador español incorporase esta figura en nuestro ordenamiento jurídico y abriera la puerta a esta posibilidad, pero las incoherentes bases sobre las que se sostiene y los dudosos principios sobre los que se apoya, así como su mala técnica legislativa, piden a gritos una reforma profunda que de verdad eleve este mecanismo a una nueva oportunidad.

Está claro que su rigidez, alto coste, falta de claridad, estrictos requisitos de acceso e inadecuada elección de las deudas no exonerables, no han facilitado su verdadera implantación en España, pues todavía sigue siendo una alternativa desconocida por la mayor parte de la población y, por desgracia, muchos de los que la conocen la descartan por no serles de utilidad al no comprender como exonerable precisamente la deuda que habitualmente grava con mayor rigor al deudor persona física, ocasionándoles por tanto más gastos e inconvenientes que ventajas.

De todas formas, también hay muchos deudores que se encuentran en una situación en la que perfectamente podría tener cabida la concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho, pero que no la solicitan por desconocimiento, falta de información, desconfianza o incluso miedo a aumentar sus gastos y no conseguir finalmente el BEPI.

Estos deudores deben analizar cuidadosamente cada uno de los presupuestos y requisitos necesarios para su obtención y valorar si puede serles de utilidad, puesto que cada caso concreto difiere mucho de los demás.

Una de las primeras cosas que tienen que cuestionarse los deudores es qué calificación merecerían sus deudas en el concurso. Si ninguno de sus créditos pendientes tiene la condición de privilegiado, por ejemplo, porque la mayor parte de su deuda viene de avalar a otra persona o a su sociedad ya extinguida, la obtención del BEPI es casi segura a través de la primera vía, sin implicar necesariamente un alto coste y con la posibilidad de ganar mucho: recuperar el control de sus vidas. Sin embargo, si su principal deuda trae causa de créditos que merezcan la condición de privilegiados en el concurso, como una hipoteca a la que no pueden hacer frente, el intento de solicitar el BEPI solo les generaría numerosos gastos y ningún beneficio.

En segundo lugar, es realmente importante que el deudor intente un AEP por mucho que carezca de bienes –a ser posible ofreciendo algo mejor que el 100% de quita-, puesto que en caso contrario le puede quedar vetado el acceso al plan de pagos o incluso el acceso al BEPI según las interpretaciones más estrictas de lo dispuesto en el art. 178 bis 3 3º LC.

Otra cuestión de gran trascendencia que tienen que valorar quienes pretendan acceder al BEPI es si están dispuestos a liquidar todos sus bienes, incluyendo su vivienda, puesto que aunque existen excepciones jurisprudenciales que permiten conservarla, la regla general es la liquidación de todo el patrimonio, perdiendo todos sus bienes.

Asimismo, es muy relevante que valoren todos los gastos y el tiempo que supone el procedimiento concursal –y también preconcursal ante la necesidad de intento de AEP-.

Por último, si finalmente su caso es uno de los que merece la pena solicitar el BEPI, es muy importante que extremen la precaución durante la tramitación del concurso, sobre todo si van a necesitar acudir a la vía del plan de pagos, en aras de no incurrir en ninguna causa que pueda dar lugar a la declaración del concurso como culpable o pueda suponer una infracción de los deberes de colaboración.

En conclusión, aunque es fácil ser consciente de las limitaciones de este régimen e incluso de las injusticias que pueden ir asociadas a él, se trata de una posibilidad que no puede dejar de ser sopesada y conocida por los deudores, pues en el caso de que su situación encaje, puede convertirse en una verdadera nueva oportunidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

CARDO HERRERO, A. M., “¿Está funcionando la Ley de Segunda Oportunidad?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 922/2016, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

CUENA CASAS, M., “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 125, 2012.

CUENA CASAS, M., “El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 37, 2016.

CUENA CASAS, M. en “La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales”, Ministerio de Economía y Competitividad. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación I+D: Préstamo responsable y ficheros de solvencia, 2016.

Conclusiones del Seminario sobre Segunda Oportunidad del Consejo General del Poder Judicial de Madrid, 25-27 de enero de 2016. Director Santiago Senent Martínez.

Conclusiones del encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016. Directora María Hernández Rodríguez.

GÓMEZ ASENSIO, C., “El concurso de la PYME y el concurso de la persona natural: régimen concursal de la vivienda habitual del deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 36, Civitas, 2015.

GÓMEZ POMAR, F., “La segunda oportunidad del deudor persona individual en Derecho Español y el Real Decreto-Ley 1/2015”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm 40, 2015.

GRASA, D., REOLON L. Y NORIEGA, M., “El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al Auto 138/15, de 15 de abril de 2015, de Juzgado de mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario”, en *Anuario de Derecho Concursal num. 36/2015*, Editorial Civitas, 2015.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. “La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 23, 2015.

LATORRE CHINER, N., “El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 37, Civitas SA, 2016.

MARTÍN FABA, J. M., “El mecanismo de segunda oportunidad: estado de la cuestión en la jurisprudencia”, en *Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*, 2016.

MARTÍN FABA, J.M., “Unificación de criterios sobre la aplicación del mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 18, 2016.

NIÑO ESTÉBANEZ, R., “La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos”, en *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, nº 2, 2018.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., “La inclusión de un mecanismo de segunda oportunidad a favor del deudor persona física no empresario”, en *Monografías. El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*, Civitas SA, 2016.

SENDRA ALBIÑANA, A., “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal”, *CESCO de Derecho de Consumo*, nº 17, 2016.

TOMÁS TOMÁS, S. “El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2016.