

IX. 2. LOS PROCESOS PARA OBTENER LA SEGUNDA OPORTUNIDAD

María Arántzazu Ortiz González

Como la convocatoria plantea una pregunta ¿la segunda oportunidad, lo es realmente? y los dos ponentes somos jueces, el principio de congruencia nos obliga a responder ¿La supone realmente? Ya les adelanto que sí.

Para resolver en derecho hacen falta los hechos y la norma aplicable.

De una parte, tenemos la insolvencia y en este caso lo que la ley llama “el deudor de buena fe” éste debe aportar los hechos: los admitidos, los hechos notorios y si hubiera alguno controvertido qué prueba podríamos practicar sobre ellos...

A la insolvencia de la personas físicas o naturales será aplicable ahora ley 25/2015.

Comparto con ustedes lo que he averiguado sobre la aplicación de la ley que regula el mecanismo de la segunda oportunidad en las Islas Baleares.

Como saben, entró en vigor el año pasado tras su publicación en el Boletín oficial del estado de 28 de julio y desde octubre de 2015 los juzgados de primera instancia tiene competencia para los concursos de persona física que no sean empresarios, en aplicación de la reforma sufrida por ley orgánica 7/2015.

Puesto en contacto con al Registro Mercantil de Mallorca, (www.rmmallorca.com) nos informan de que en este periodo ha habido 2 solicitudes de mediador mercantil, una de las cuales ha concluido con éxito. En los juzgados de lo mercantil, los Letrados de la Administración de Justicia habrían recibido 2 comunicaciones de inicio de acuerdo extrajudicial de pagos (en lo sucesivo AEP) en cada uno.

El Juzgado de Primera Instancia N°4 de Palma: 2 comunicaciones, 1 de las cuales no llegó a acuerdo y se tramitará concurso de liquidación; así como un concurso de persona física sin AEP previo.

Así en conclusión tenemos constancia de 6 comunicaciones de empresarios 2 persona física no comerciante en el último trimestre del año 2015.

En los Juzgados de Primera Instancia de Inca, Manacor, Ibiza y Menorca después de haber indagado en el Decanato no tenemos constancia de que existan acuerdos en trámite. Tampoco tenemos evidencias de que la Cámara de comercio de Mallorca incremente ese dato.

Las comunicaciones recibidas en último trimestre no parecen indicar “el efecto llamada” pero el punto de partida de esta exposición es que la reforma propone un cierto cambio de cultura del pago y eso, necesariamente, necesita un tiempo.

En estos primeros meses de la vigencia de esta ley su aplicación es escasa. Esto no permite todavía concluir que vaya a ser ineficaz porque, como veremos, el objetivo de la reforma es introducir un mecanismo de exoneración de las deudas acorde con las respuestas ofrecen a la insolvencia de la persona física los países de nuestro entorno.

En el desarrollo de esta exposición además de las innovaciones de esta reforma y los antecedentes en otros países, apuntaré brevemente la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos.

Respecto al primer aspecto fijemos cual es propósito de esta reforma la propia exposición de motivos señala que:

Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros para acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados.

Lo cierto es que España presentaba un retraso normativo intolerable y desde estancias internacionales se reclamó reiteradamente una modificación legal que instaurara un régimen de segunda oportunidad real y efectivo de forma que el deudor de buena fe pudiera ver condenado el pasivo pendiente tras la liquidación de su patrimonio para evitar su exclusión social.

Este retraso normativo ha venido precedido de una cierta “anemia” en lo doctrinal mientras que en otros países la insolvencia la persona física era objeto de numerosos estudios, aquí no.

Entre las instancias internacionales que reclamaban una respuesta por citar las más recientes cabe destacar:

-La Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre el nuevo enfoque frente insolvencia el fracaso empresarial.

-El informe del Fondo Monetario Internacional de 20 de julio 2014 que alude a la necesidad de establecer un régimen de segunda oportunidad para empresarios y también lo recomienda para consumidores.

-El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la protección de los consumidores y tratamiento adecuado el sobreendeudamiento para evitar la exclusión social **de abril de 2014** que propugna el régimen de segunda oportunidad para paliar el sufrimiento de los consumidores.

Por supuesto, **UNCITRAL** en la guía sobre la ley de la insolvencia del año 2005.

La ausencia de un efectivo régimen de segunda oportunidad estaba teniendo en España un impacto económico brutal porque desincentiva la iniciativa empresarial ya que el fracaso estaba penalizado y el sistema constituía un estímulo positivo a la economía sumergida.

La persona física, el autónomo, es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa. El trato que recibía el empresario que fracasaba tenía unas consecuencias negativas para el empleo y para las cuentas públicas.

Existen estudios empíricos que evidencian el incremento de iniciativa empresarial tras la implantación del régimen de exoneración de deudas, si bien son en otro país, no quiero dejar de citar a Fossen *Fm theory and evidence of the introduction of a fresh start* (enero 2011).

La doctora Matilde CUENA en su estudio sobre esta reforma recientemente publicado en el anuario de derecho concursal (enero, abril 2016) afirma que el deudor condenado a la exclusión se convierte en acreedor de recursos públicos por lo que el sistema de insolvencia personal en España agrava el déficit público.

Por otro lado, la vigencia indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal abocaba a la liquidación del patrimonio del concursado obstaculizando la salida convencional de la crisis: los acreedores no tenía ningún estímulo para negociar pues queda aparentemente abierta la puerta a la agresión/ejecución de los bienes futuros y sus balances contables no se ven afectados.

Desde este punto de vista, con un régimen de segunda oportunidad se estimula el acuerdo incluso fuera del proceso concursal porque el acreedor tiene “algo que perder” si se procede la liquidación del patrimonio del deudor de buena fe en el proceso concursal.

De ahí la conveniencia del establecimiento de un régimen de liberación de deudas que debe de ir acompañado de un sistema que favorezca la salida extrajudicial de la crisis, cómo puede ser una mediación previa, que evite el colapso judicial por el “efecto llamada” que una medida de esta naturaleza puede generar .

Este es el planteamiento de la nueva regulación que también modifica el régimen del acuerdo extrajudicial de pagos pero además no hay que olvidar que un adecuado régimen de segunda oportunidad juega un papel decisivo en el plano de la prevención del sobreendeudamiento privado en la medida en que estimula la concepción responsable de crédito cuya ausencia es precisamente la causa de esta crisis financiera.

Este aspecto ha sido resaltado por el Banco Mundial en el informe sobre insolvencia natural “los acreedores que saben que sus deudores tiene acceso a la salida de emergencia tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosos en la concesión del crédito” (JM Garrido Adco enero abril 2014)

Según los datos que publica el Instituto Nacional de Estadística, de los 51.917 concursos declarados en España en los últimos 10 años desde el año 2004 hasta el año 2014 inclusive, 44.086 han sido concursos de sociedades y 7.831 de personas físicas y de estos últimos 1.745 correspondían a personas que desarrollaban alguna actividad empresarial.

Siguiendo con la exposición de motivos de la Ley 25/2015: A esta finalidad responde la primera parte de esta Ley, por la que se regulan diversos mecanismos de mejora del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil. Conviene explicar brevemente cuáles son los principios inspiradores de la regulación introducida a este respecto.

El concepto de persona jurídica es una de las creaciones más relevantes del Derecho. Las personas jurídicas, al igual que las naturales, nacen, crecen y mueren. Además, el principio de limitación de responsabilidad inherente a determinadas sociedades de capital hace que éstas puedan liquidarse y disolverse (o morir en sentido metafórico), extinguiéndose las deudas que resultaren impagadas tras la liquidación, y sin que sus promotores o socios tengan que hacer frente a las eventuales deudas pendientes una vez liquidado todo el activo.

Puede afirmarse que el principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital está en buena medida en el origen del desarrollo económico de los tres últimos siglos. En el fondo, este principio de limitación de la responsabilidad se configuró como un incentivo a la actividad empresarial y a la inversión. El legislador incentivaba la puesta en riesgo de determinados capitales garantizando que dichos capitales serían la pérdida máxima del inversor, sin posibilidad de contagio a su patrimonio personal.

La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Si en el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil. Además, muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa

que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace.

Bien, estos son los principios pero ¿Cómo se hace?

1. REGULACIÓN EN DERECHO COMPARADO

Ya aconteció en Estados Unidos y se trasladó al Derecho Continental Europeo, en torno a los años 80/90 del pasado siglo. Se inició con una concepción que lo calificaba como un problema esencialmente contractual en el que habría de partirse, como se ha adelantado, de que las obligaciones han de ser cumplidas, pero evolucionó hacia planteamientos próximos al Derecho Norteamericano, introduciéndose en países como Alemania, Francia e Italia mecanismos concursales de exoneración del pasivo insatisfecho.

En **FRANCIA** el tratamiento del sobreendeudamiento del consumidor se articula en Derecho francés a través de dos piezas fundamentales reguladas en el marco del Derecho del Consumo y que operan escalonadamente, como de otro lado es habitual en el esquema preventivo francés: de un lado se regula, con finalidad esencialmente conservativa, un procedimiento ante la “*Commission de surendettement des particuliers*”, art. L 331-2 del Code de la Consommation, que puede dar lugar en supuestos en que no consiga cumplir su finalidad a un “*procédure de rétablissement personnel*” de naturaleza liquidativa, arts. L 332-5 a L 332-11 del Code de la Consommation francés.

Se introdujeron en la legislación francesa en 1989. El art. L330-1 del C. Consom. define la situación de sobreendeudamiento como aquella que: “se caracteriza por la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y cumplir sus obligaciones, así como al compromiso que ha dado de prestar garantía o de pagar solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad cuando no hubiera asumido, de derecho o de hecho, funciones de dirección de la misma”.

Para estos casos prevé el art. L 330-1 C. Consom que siempre que los recursos o el activo realizable del deudor lo permitieran, se podrán adoptar medidas de tratamiento ante la Comisión de exceso de endeudamiento de los particulares, en las condiciones previstas en los artículos L331-6, L331-7 y L331-7-1. Cuando el deudor se encontrara en una situación irremediamente comprometida, caracterizada por la imposibilidad manifiesta de poner en práctica las medidas de tratamiento contempladas en el segundo apartado,

podrá solicitar la apertura de un procedimiento de saneamiento personal en las condiciones previstas en el presente título. El juez competente para la ejecución conocerá del procedimiento de tratamiento de las situaciones de exceso de endeudamiento ante la Comisión de exceso de endeudamiento de los particulares y del procedimiento de saneamiento personal.

Del procedimiento preventivo ante la “*comisión de surendettement des particuliers*” pueden beneficiarse las personas físicas, franceses residentes en Francia o en el extranjero y extranjeros residentes en Francia, respecto de deudas exigibles o pendientes de vencimiento no profesionales, incluidas las derivadas de la vida corriente, como el alquiler, con inclusión de deudores cuyo pasivo esté constituido por un compromiso de garantía de deuda profesional ajena, pero con exclusión de las personas jurídicas, así como quienes sean comerciantes, artesanos o agricultores (art. L 333-3) que resultarían sometidos a los procedimientos preventivos de “*sauvegarde*”, que se regularon en el marco de la Ley 2005/845 de 26 de julio, pudiendo los profesionales liberales o trabajadores autónomos acogerse al procedimiento siempre que el sobreendeudamiento no proceda de deudas profesionales.

No obstante constituye un presupuesto para poder beneficiarse del procedimiento la buena fe del deudor, no solo en el momento en el que se produjeron los hechos que dieron lugar al sobreendeudamiento, sino también en el momento de la solicitud y a lo largo de la tramitación del procedimiento, lo que se presume correspondiendo a los acreedores o a la comisión rectora del procedimiento la prueba de la mala fe.

En este ámbito es importante destacar que no solo se aprecia este requisito en quienes han incurrido en un sobreendeudamiento pasivo derivado de una incapacidad sobrevenida para hacer frente a las deudas por causas imprevistas como la enfermedad o el paro, sino que también podría verificarse en quienes han incurrido en un sobreendeudamiento activo por asunción excesiva de deudas, si esta situación no fue buscada conscientemente, esto es, si el deudor no fue consciente de agravar o crear su sobreendeudamiento, aspecto éste en el que podría incidir el nivel intelectual y preparación universitaria del deudor.

En **ALEMANIA** la entrada en vigor de la regulación sobre insolvencia de particulares tuvo lugar en día 1 de enero de 1999 ; supuso la incorporación al ordenamiento jurídico alemán de un mecanismo mediante el cual los consumidores y las personas naturales pueden solicitar y, en su caso, obtener, la liberación de las deudas. En su exposición de motivos se recoge como una declaración programática que “los deudores honestos deben tener la oportunidad de liberarse de las deudas pendientes”.

Para ello el legislador alemán utiliza tres mecanismos. Uno aplicable, por lo general, a las personas jurídicas dentro de un “*insolvenzplan*”; otro específico de los consumidores, que pueden acceder al mismo a través de un procedimiento concursal reservado a los mismos denominado “*Restschulddfreierung*”, regulado en los arts. 286 a 303 de la InsO; y un tercer mecanismo, de aplicación general, al que pueden acogerse todas las personas físicas tras liquidar su patrimonio.

La introducción del procedimiento de liberación de deudas en el derecho alemán, se enmarca en el movimiento legislativo de otros muchos países que, siguiendo el modelo norteamericano del *fresh start*, han introducido tal institución en sus ordenamientos. Como ha resaltado un relevante sector de la doctrina alemana *la principal ventaja de esta regulación se basa en el clima sociopolítico que la rodea. Antes de la promulgación de la Ordenanza de Insolvencias existía una discusión en la que se calificaba al procedimiento concursal como la “torre de los deudores” (Schuldturm), calificación que se basaba en que los acreedores seguían teniendo el derecho de exigir la parte impagada de su crédito una vez clausurado el concurso. La opinión pública entendía que la “torre de los deudores” (una prisión para los deudores insolventes) no había sido plenamente abolida, sino que, simplemente, se la había reemplazado con el Derecho concursal. La “liberación” de las deudas, por el contrario, daría a la persona física una auténtica esperanza de volver a la “existencia civil” corriente. Precisamente la introducción de esta institución ha supuesto la proliferación de los procedimientos concursales en los últimos años en Alemania ya que muchos consumidores están acudiendo masivamente a la posibilidad que les proporciona el nuevo Derecho de insolvencias de desprenderse de la carga que suponen las obligaciones que no pueden atender, así como el carácter prácticamente gratuito que, para ellos, tiene este procedimiento.*

El procedimiento ha sido modificado recientemente por la Ley para la reducción de la duración del procedimiento de liberación de deuda y para el fortalecimiento de los derechos de los acreedores de 15 de julio de 2013, (Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte Bundesgesetzblatt Teil I 2013 Nr. 38 18.07.2013 S. 2379) que entró en vigor el 1 de julio de 2014, para solicitudes posteriores a dicha fecha.

El denominado modelo de mercado propio de países anglosajones (**USA, Canadá, Inglaterra, Escocia, Gales, Australia y Nueva Zelanda**), que conceden una exoneración de deudas al deudor de buena fe insolvente, inmediata, sin plan de pagos.

El sistema de insolvencia es fruto del riesgo inherente al mercado crediticio, expandiendo a todos los acreedores los costes del incumplimiento de los deudores por razones de eficiencia del mercado.

Se trata de lograr la rápida rehabilitación del deudor para que inicie una actividad económica productiva y se parte del sobreendeudamiento como un fenómeno económico estructural propio del sistema capitalista.

En el caso de USA se recoge en el CHAPTER 7 y coexiste con otro modelo en el que se logra una exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos pero sin liquidación del patrimonio. En este sistema el cumplimiento del plan de pagos excluye el la liquidación del patrimonio.

En nuestro país, el debate se centra en si se debe “exonerar” al deudor de parte de sus deudas en un escenario concursal y cuál sería el fundamento de ese “perdón” que conculcaría un principio básico contractual y es que las obligaciones deben ser cumplidas ex art. 1.091 CC.

La insolvencia es una situación excepcional, la exoneración del pasivo insatisfecho es a su vez una excepción dentro del proceso de insolvencia porque los principios fundamentales son que las obligaciones deben ser cumplidas y que no se puede hacer de peor condición al deudor que paga respecto del incumplidor. Dicho lo cual, la realidad nos permite conocer situaciones en las que no perpetuar las deudas de las personas físicas en los supuestos de deudor de buena fe y con un estricto control de sus capacidades reales de pago, es beneficioso para la sociedad.

El legislador ha optado por modificar nuevamente la Ley Concursal, asumiendo con ello el poco éxito de reformas anteriores, en especial la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que habilitaba un procedimiento extrajudicial de pagos que permitía en circunstancias extraordinarias la exoneración o remisión de las deudas del concursado insolvente; esta norma ha sido ineficaz desde su entrada en vigor en octubre de 2013, sin embargo ha servido como base para la nueva reforma.

La normativa concursal desde su redacción originaria en 2003 establecía que era el convenio el modo normal en el que el deudor debía solventar sus problemas de insolvencia, por lo tanto el deudor podía obtener quitas de sus acreedores siempre y cuando gozara de su favor expresado a través del convenio concursal, inicialmente el convenio era el instrumento para que el insolvente pudiera disfrutar de quitas o esperas que atemperaran su situación.

El fracaso del concurso para los particulares se intentó paliar con la llamada Ley de Emprendedores que articuló el acuerdo extrajudicial de pagos valiéndose de la mediación concursal, sin embargo era un instrumento vedado a los particulares que no pudieran ser considerados empresarios o emprendedores.

La Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad parte de lo avanzado ya con la Ley de emprendedores, modificando sustancialmente los condicionantes para poder acceder al acuerdo extrajudicial de pagos de modo que puedan acogerse al mismo toda persona física, y facilitando también la remisión de deudas primero disfrutando de una remisión provisional, que se convierte en remisión definitiva una vez se constata la buena fe del deudor y el cumplimiento de un plan de pagos.

2. EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO

La obtención del beneficio de la exoneración definitiva, con carácter general, necesita de varios trámites ante dos autoridades.

El primero fuera del juzgado:

-ante NOTARIO en el caso de personas físicas que no sean empresarios

-ante REGISTRO MERCANTIL o la Cámara oficial de Comercio, Industria y Navegación en el caso del comerciante.

La segunda fase, tras la solicitud de la declaración judicial de insolvencia, una vez tramitado el concurso y realizados todos los bienes o cuando se aprecia la insuficiencia de masa activa ex art 176 bis LC.

El deudor insolvente debe acudir primero al ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS(AEP) desde el 18 de enero de 2016 puede acudir al formulario publicado en el Boe de 29 de diciembre.

Las propuestas de AEP deben ser aceptadas por el deudor, de acuerdo con el art. 236 el plan de pagos se presenta:

.- Por el mediador concursal con el consentimiento del deudor.

.- Frente a esta propuesta pueden los acreedores en los diez días naturales posteriores presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Y

recibida ésta el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor.

Como se observa, en uno u otro caso, se requiere el consentimiento del deudor, y éste puede negarse a cualquier propuesta razonable del acuerdo con la única finalidad que se tenga por intentado. Pero de igual forma, su negativa puede venir motivada por lo irrealizable del convenio. De esta manera, resulta difícil determinar cuando el deudor puede estar actuando de manera simulada, habiendo instado el AEP sin ninguna intención de alcanzar el acuerdo, de cuando lo está haciendo de buena fe. Únicamente en los casos especialmente llamativos podrá revelarse esta simulación y entiendo que cuando así sea, no podrá tampoco considerarse como intentado el AEP a los efectos de la segunda oportunidad.

Si el acuerdo ha fracasado el deudor o el mediador puede solicitar el concurso que en caso de persona física no empresario será siempre de liquidación.

Ya hemos comentado, al hilo de los datos reales de la implantación del mecanismo, que desde el 1 de octubre los concursos de persona física no empresario son competencia de los juzgados de primera instancia si bien los recursos de apelación contra las decisiones derivadas de todos los concursos de acreedores los siguen conociendo las secciones especializadas, en nuestro territorio la sección quinta.

El deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en este artículo 178 bis, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

El deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3LC.

Dicho lo anterior, podríamos definir el acuerdo extrajudicial de pagos como un mecanismo extrajudicial (ya que se desarrolla fuera del Juzgado, sin las rigideces propias de los procedimientos judiciales), que adopta la forma de método conservativo de valor (pretende la continuidad de la actividad del deudor), con un pacto con los acreedores que puede ser impuesto a determinados grupos de entre ellos.

Sin pasar por el juzgado sin estar pendiente de si nos proveen o no la solicitud y con efectos como la suspensión de las ejecuciones en determinadas

condiciones o el cese del devengo de los intereses desde la aceptación del mediador concursal...

Mediante la intervención de un mediador se pretende la solución de la crisis de insolvencia del deudor (el artículo 231.1 de la LC exige este presupuesto para acudir al acuerdo). Para concluir este apunte inicial de la AEP, incidir en que es un acuerdo con parte de los acreedores porque el acuerdo no afectará en ningún caso a los acreedores públicos que tienen un régimen especial de aplazamientos que no se ve sometido al acuerdo extrajudicial y los acreedores con garantía real tampoco tienen porque verse afectados por el acuerdo extrajudicial.

En cuanto a los efectos del acuerdo extrajudicial de pagos aprobado

a) Efectos sobre un posible y futuro concurso de acreedores.

El artículo 238.4 de la LC dispone que **“Los acuerdos extrajudiciales de pago adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este Título no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior”**.

La primera cuestión que plantea este precepto, que sin duda pretende incentivar el recurso de los deudores a los acuerdos extrajudiciales de pago, y que equipara éstos a los acuerdos de refinanciación, no rescindibles conforme al artículo 71 bis a) de la LC, es el de si el término “rescisión concursal” incluye únicamente las acciones de reintegración contenidas en los artículos 71 a 73 de la LC, o, por el contrario, hace referencia también a las otras acciones a las que se refiere el artículo 71.6 de la LC. La propia contraposición que hace el artículo 71.6 de la LC entre “acciones rescisorias” y “acciones de impugnación de actos” nos da la respuesta de que la protección del artículo 238.4 de la LC lo es respecto de las acciones de reintegración. En este sentido, es llamativo que el artículo 73 de la LC hable de los efectos de la rescisión refiriéndose a las acciones de reintegración.

El objeto de protección frente a una acción de reintegración, son los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en los artículos 231 y siguientes de la LC, pero no se protegen los actos de ejecución de dicho acuerdo, por lo que la conclusión 16ª de la Reunión de Jueces Mercantiles de Madrid entendió que los pagos realizados en cumplimiento del acuerdo sí pueden ser objeto de reintegración.

Esta argumentación puede tener el óbice del artículo 242.2.4º de la LC, cuando señala que **“El plazo de dos años para la determinación de los**

actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación". Es decir, el propio legislador concursal introduce una limitación temporal que plantea la duda de si el término "desde la fecha de la solicitud" incluye los actos desde esa fecha en adelante, eliminando de la rescisión los actos anteriores, o hace referencia a los actos anteriores a la fecha de la solicitud. Lo cierto es que la primera opción es sumamente ventajosa para el deudor, ya que acudir al acuerdo extrajudicial de pagos puede convertirse en una vía extraordinaria para blindar de un futuro concurso todos aquellos actos perjudiciales para la masa activa que se realicen antes de la presentación de la solicitud. Pero también constituye un incentivo al acreedor, que puede ver cómo determinados actos de disposición anteriores a la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, verdaderamente perjudiciales para la masa activa, resultan inatacables. Tiene sentido blindar el acuerdo respecto de las acciones de reintegración, precisamente porque el plazo de los 2 años del periodo sospechoso del artículo 71.1 de la LC, se ha de contar desde la fecha de presentación de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos.

b) Efectos sobre los acreedores.

Suspensión definitiva de las ejecuciones.

La petición de alzamiento de los embargos la debe realizar el deudor, la dirigirá contra el juzgado o tribunal que hubiere acordado el embargo no ante el juzgado mercantil.

La novación voluntaria de los créditos afectados por el acuerdo.

La no extensión de los efectos a los avalistas o garantes.

Para que se pueda exonerar será necesario que el deudor lo sea de buena fe:

Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

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

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, 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. Si existiera

un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.

3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. La persona física no comerciante prácticamente en todos los supuestos estará en situación de intentar un AEP, habrá supuestos excepcionales en los que no se podrá (por ejemplo que su pasivo alcance más de 5 millones de euros).

Y a continuación se exponen dos posibilidades:

4.º 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. Debe tenerse en cuenta que respecto de los privilegios especiales se aplicarán las normas sobre valor razonable de las garantías y que la parte no satisfecha con cargo al privilegio especial tendrá la consideración de crédito que por su naturaleza corresponda.

Aquí hay una aparente contradicción, porque en principio nos dice que se tiene que someter a una AEP(art 178 bis 1.3LC) y en el punto siguiente resulta que si no lo hubiera hecho, también se puede exonerar pero pagando el 25% de los créditos ordinarios. Podría solventarse interpretando que, ahora para la 2ª oportunidad, sólo se limita a quien fue condenado pues éste no podrá obtener 2ª oportunidad pero los demás si aunque pagando más.

Si el deudor no puede pagar ni ese umbral mínimo también puede tener derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho

En algunos casos cabe la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos. Ostenta la legitimación activa para instar la impugnación quien no hubiera sido convocado a la reunión o no hubiera votado a favor o hubiera manifestado su oposición al acuerdo con anterioridad

Y la legitimación pasiva el deudor que hace suya la propuesta del mediador.

De los preceptos que regulan esta materia podemos sistematizar que el beneficio de exoneración procede para:

1. El Deudor que no intenta previamente un acuerdo extrajudicial de pagos: solo se le puede reconocer el beneficio si satisface antes de concluir el concurso todo el crédito contra la masa, todo el crédito privilegiado-especial

y general– y un 25% del crédito ordinario. Este era el régimen que ya operaba tras la Ley 14/2013.

Difícilmente podrá acceder a este beneficio el deudor en los supuestos de conclusión por insuficiencia de masa activa previstos en el artículo 176 bis LC, dado que el deudor que no intenta previamente el acuerdo extrajudicial de pagos no puede optar a satisfacer el pasivo concluido el concurso por medio de un plan de pagos.

La exoneración de pasivos es en todo caso provisional, sujeto a un plazo de supervisión de 5 años.

2. El Deudor que intenta previamente un acuerdo extrajudicial de pagos: El intento no exige ni tan siquiera que se designe mediador concursal. Se abren, a su vez, dos posibles vías principales:

2.1 Cumplir con los umbrales de pago previstos dentro del concurso.

Esto supone que ha satisfecho dentro del concurso todo el crédito contra la masa y todo el privilegio especial o general.

La exoneración de pasivos es provisional y queda, por lo tanto, sujeta a la posible revocación en los cinco años siguientes.

2.2. No cumplir con los umbrales de pago mínimos previstos dentro del concurso.

En este caso el deudor tiene que cumplir o asumir una serie de requisitos complementarios entre los que se destaca la proposición y aprobación de un plan de pagos para satisfacer, concluido el concurso, el crédito no exonerable.

En los supuestos en los que el deudor se someta a este plan de pagos el deudor disfrutará mientras cumpla el mismo, de una exoneración provisional, que evitara las ejecuciones singulares de los deudores afectados por el plan.

Concluido el plazo de cumplimiento del plan de liquidación –5 años– el deudor puede encontrarse en una de las siguientes situaciones:

A) Ha cumplido completamente el plan y no se le ha revocado el beneficio.-El juez dicta auto acordando la exoneración definitiva del pasivo no satisfecho. Durante esos 5 años las deudas pendientes no podían devengar interés.

B) El deudor no ha cumplido completamente el plan pero acreditar haber aplicado al cumplimiento del mismo al menos la mitad de sus ingresos no embargables.-

El juez tiene la potestad de acordar la exoneración de todo el pasivo insatisfecho, tanto el exonerable como el no exonerable, de modo definitivo; en estos casos el juez constatando ese esfuerzo patrimonial del deudor, deberá valorar o ponderar los factores o circunstancias que concurran en el deudor para acordar o no la exoneración definitiva.

En un ejemplo sencillo, de una de las posibilidades que ofrece esta compleja tramitación sería:

Una persona que ahora es trabajadora por cuenta ajena y percibe un salario de 1.200 euros pero a la conclusión del concurso tiene deudas por importe de 80.000 euros -se concluye porque no tiene más activo realizable, no podemos vender nada más-, solicita el beneficio de la exoneración y es declarada deudora de buena fe....

... destinando, al menos la mitad de sus ingresos en la parte embargable, al pago de las deudas tras 5 añosel juez- en un proceso contradictorio pero sin necesidad de acuerdo con los acreedores -puede condonar todas las deudas pendientes: las exonerables y las que no.

Esto es, a sus ingresos de 1.200 euros le restamos 648,60 del salario mínimo y quedarían 551,4 euros: debe destinar 275,7 euros cada mes y si no le toca la lotería o hereda una cuantía que permita pagar las deudas pendientes sin detrimento de la obligación de alimentos (art 178 bis 7) supuestos legales de revocación , el auto del juez acordando la exoneración provisional se tornará en definitivo. Y habrá abonado 16.500 euros, viviendo con 924 euros cada mes.

Si se tratara de una persona incluida entre las que la ley ya ha definido como en situación de especial vulnerabilidad en el Real decreto-ley 6/2012 bastará con que destine el 25% de sus ingresos.

Durante ese periodo no podrán devengarse intereses de las deudas provisionalmente condonadas ni iniciarse ejecuciones singulares.

Es cierto que la exoneración no afecta a las obligaciones de alimentos ni al crédito público y en cuanto a la vivienda adquirida con préstamo con garantía hipotecaria la exoneración pasa por la ejecución o dación en pago

de la misma .También quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida.

3. CONCLUSIÓN

A nivel estatal, la experiencia de estos meses desde marzo, fecha en que entró en vigor el Real decreto Ley 1/2105 del que resulta la aprobación de la ley 25/2015, informa sobre el perfil del deudor que acude a estos instrumentos:

En la mayoría de los casos se trata de particulares – personas naturales en la terminología de la Ley – que arrastran deudas de sociedades mercantiles, bien como avalistas o fiadores de las deudas de una empresa, bien como administradores condenados a responder personalmente de las deudas de la compañía que administraban.

Advertir también que en la inmensa mayoría de deudores consideran que el acuerdo extrajudicial de pagos es un trámite formal para obtener la exoneración, lo que ha determinado que las pocas comunicaciones de nombramiento de mediador se vean frustradas sin posibilidad de proponer acuerdo ni de convocar junta; el deudor inicia los trámites de la mediación con el objetivo casi exclusivo de poder disfrutar de los beneficios de la exoneración en sede judicial.

Por otro lado, la reforma no incluye ningún instrumento específico destinado a la tutela de los consumidores frente a prácticas o cláusulas abusivas; de momento el legislador concursal no ha habilitado cauces específicos de tutela en el marco de los procedimientos de insolvencia, el deudor podrá acudir a los procedimientos declarativos que considere oportunos para poder perfilar sus pasivos con exclusión de aquellos créditos que puedan reputarse abusivos, esta falta de referencia no quiere decir que el juez mercantil tenga vedadas en el concurso consecutivo estas funciones de tutela, pero la falta de un trámite o cauce procesal específico generan cierta inseguridad respecto del momento en el que puede desarrollar estas tareas y los trámites que deben establecerse.

A través de este nuevo procedimiento:

El deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% de los créditos concursales ordinarios.

Si no ha podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plan de pagos durante los cinco años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquellos que gocen de privilegio general.

Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá pagar las no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello. Esfuerzo que se limita a destinar la mitad o la cuarta parte al pago de las mismas.

En todo caso, con todos los matices o prevenciones anunciados, bienvenida sea la reforma aunque llegue con retraso.

Como sucede con las leyes nuevas, estamos ante un desafío que iremos resolviendo, como tantas otras veces con la práctica, para prestar el mejor servicio a los ciudadanos.

Gracias por su atención.

Bibliografía

CUENA CASAS, Matilde. -Nuevo régimen de la segunda oportunidad pocas luces y muchas sombras.- Anuario concursal núm 37 enero-abril 2016.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María . -La reestructuración de las deudas en la ley de la segunda oportunidad. ED BOSCH 2015.

SENENT MARTÍNEZ, Santiago. -Exoneración de pasivo insatisfecho y concurso de acreedores. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE 2013.