

IX.- 1. ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y SEGUNDA OPORTUNIDAD

José M^a Fernández Seijo

En el año 1596 William Shakespeare escribía una de sus comedias más renombradas, El Mercader de Venecia. La trama principal contaba la historia de un comerciante que se ve en la necesidad de solicitar 3000 ducados a un prestamista, Shylock, quien pone como condición que un avalista garantice la devolución de lo prestado, fijando una severa garantía consistente en que el fiador entregue una libra de su propia carne si el deudor principal no puede atender la deuda en el plazo de 3 meses. Transcurre el tiempo marcado y las previsiones del deudor principal y del avalista no se cumplen por lo que Shylock reclama la intervención de la autoridad, el Gran Duque de Venecia, para que se ejecute el contrato en sus propios términos. El Dux exige el cumplimiento íntegro y cabal del contrato, aunque pide al acreedor clemencia, el acreedor en modo alguno está dispuesto a aceptar las propuestas alternativas al contrato, de pago de hasta el triple de lo adeudado en un plazo mayor, sólo la intervención de una mujer disfrazada de abogado evita la ejecución. La comedia sirve para reflexionar si un Estado, concretamente un Estado Democrático de Derecho debe contentarse con ser instrumento para garantizar el pago de las deudas, o si este Estado dispone de mecanismos para mitigar el efecto del pago, incluso condonar en todo o en parte las deudas.

Las culturas jurídicas anglosajonas han sido más pragmáticas, las de raíz latina han tenido más dudas ya que el principio de responsabilidad universal y el respecto a lo pactado por las partes han determinado que, hasta la fecha, la legislación quede en segundo plano y que sólo se articulen paliativos cuando se producen riesgos de exclusión total.

España ha sido uno de los últimos países del ámbito europeo que se ha planteado la necesidad de plantear mecanismos de condonación de deudas a

deudores de buena fe insolventes, sólo queda Malta y Bulgaria por reformar sus normativas. La reforma española ha optado por articular la segunda oportunidad como una conclusión del procedimiento de liquidación del insolvente, se ha apartado de otras fórmulas jurídicas que habilitaban comités administrativos de evaluación de insolvencia (Francia), o que remitían a procedimientos civiles distintos en sus trámites y objetivos de los mercantiles.

El día 27 de febrero de 2015 el Consejo de Ministros aprobó por la vía del Real Decreto Ley el llamado de mecanismo de segunda oportunidad. Al día siguiente se publicó en el Boletín Oficial del Estado ese RDL con el número 1/2015 y el título de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (LSecOp). El día 2 de marzo entraba en vigor la norma con generoso régimen transitorio. El RDL se convierte en Ley 25/2015, de 28 de julio, publicada en el BOE de 29 de julio y con entrada en vigor al día siguiente.

Con la aprobación de este Real Decreto se daba por fin satisfacción a una amplia reivindicación social que reclamaba desde hacía años la necesidad de una legislación protectora de las personas físicas, de los particulares, que paliara de modo efectivo las consecuencias de la crisis económica en millares de familias españolas. Esta reivindicación también se había extendido a diversos sectores académicos y judiciales que consideraban que el ordenamiento jurídico español no disponía de mecanismos homologables a los de otros países de nuestro entorno que disponían desde hacía años de instrumentos jurídicos para la remisión o perdón de deudas de personas insolventes, la llamada segunda oportunidad.

La exposición de motivos del RDL 1/2015 y la de la Ley 25/2015, hacen referencia a la incidencia de la crisis económica: *«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»*.

Una vez convalidado el RDL, el gobierno decidió tramitarlo como proyecto de ley con el fin de poder realizar algunos ajustes o precisiones en el texto

originario. El 29 de julio de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Esta Ley, que supone un nuevo ajuste de la normativa concursal, no supone modificaciones sustanciales en el texto y estructura del RDL 1/2015, se realizan algunas matizaciones y correcciones gramaticales.

Mayor trascendencia práctica tendrá la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial – LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -, que no modifica directamente la Ley Concursal, pero introduce una alteración sustancial en la competencia objetiva ya que se atribuye a los jueces de primera instancia, no a los mercantiles, el conocimiento y tramitación de los concursos de las personas naturales que no tengan la consideración de empresarios. Por lo tanto los juzgados mercantiles conocerán de los concursos de los empresarios – personas físicas o jurídicas – y los juzgados de primera instancia los de las personas físicas no empresarias; el mismo texto normativo, la Ley Concursal, será aplicada por juzgados distintos.

El término «Segunda Oportunidad» tiene una naturaleza más social que jurídica, sin embargo es lo suficientemente expresivo como para que haya sido adoptado por el ordenamiento jurídico español como un término más comprensible, más plástico, que el de remisión de deudas, exoneración o condonación de deudas.

El objetivo de la norma es sencillo, trata de establecer el marco jurídico y económico en el que una persona física insolvente, una persona física que no puede hacer frente a sus obligaciones ordinarias, pueda ver reducidas en todo o en parte sus deudas una vez ha finalizado el proceso de venta de todo su patrimonio. Hasta la entrada en vigor de la LSecOp un particular que no fuera comerciante si solicitaba un concurso voluntario y no conseguía aprobar un convenio se veía abocado a un doloroso proceso de liquidación de su patrimonio que finalizaba sin que se le condonaran o extinguieran las deudas no satisfechas.

El artículo 178.2 de la Ley Concursal (LC) era claro al advertir que el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes, por lo tanto los acreedores que no habían visto satisfecho su crédito en el ámbito del concurso podían iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acordara la reapertura del concurso o no se declara nuevamente. Este precepto no era sino una consecuencia lógica del artículo 1911 del Código civil, que establecía que el deudor respondía de sus obligaciones con

sus bienes presentes y futuros, era el reflejo de la llamada responsabilidad universal del deudor.

Este marco jurídico, enraizado en la tradición jurídica española, chocaba con el marco legal de las personas jurídicas insolventes; en el supuesto de que una sociedad mercantil fuera declarara en concurso y no alcanzara convenio con sus acreedores, la liquidación de la sociedad llevaba aparejada la extinción no sólo de su personalidad jurídica, sino también la extinción de todas sus deudas no satisfechas; solo en casos excepcionales de declaración de culpabilidad del concurso los administradores o liquidadores de la compañía podían ser declarados responsables total o parcialmente de las deudas no pagadas con la liquidación, eran los supuestos legales del artículo 172 bis de la LC. Así la exposición de motivos del RDL 1/2015 – y la de la Ley 25/2015, que reproduce literalmente el texto del RDL - indica que:

«El concepto de persona jurídica es una de las creaciones más relevantes del Derecho. La ficción consistente en equiparar una organización de bienes y personas a la persona natural ha tenido importantes y beneficiosos efectos en la realidad jurídica y económica. Mediante dicha ficción, 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».

Fueron los movimientos sociales generados como consecuencia del impacto de la crisis económica en España los que introdujeron entre sus reivindicaciones la necesidad de que hubiera una normativa de segunda oportunidad, esta reclamación entroncaba con las fórmulas que otros ordenamientos jurídicos habían habilitado para facilitar la recuperación económica de miles de familias que no podían arrastrar durante décadas deudas que en ningún caso podían satisfacer.

Estas situaciones conectaban con una permanente preocupación de la Unión Europea referida al sobreendeudamiento familiar y las circunstancias en las que muchos ciudadanos europeos habían accedido a fórmulas de crédito no siempre responsables; la sociedad europea es una sociedad sobreendeudada hasta extremos insospechados, sobre todo en los países de la cuenca del Mediterráneo, y esa exposición a las deudas no es exclusivamente imputable al deudor, de ahí que fuera necesario articular mecanismos de protección del deudor, sobre todo en el caso de consumidores, que permitieran su rescate

una vez constatada la insuficiencia de su patrimonio y se garantizara su comportamiento responsable¹.

Es opinión común la que considera que sólo podrán disfrutar de una segunda oportunidad aquellos deudores en los que se haya constatado su buena fe, no se deben activar estos instrumentos de protección excepcional a quien haya cometido determinados delitos –normalmente de carácter económico–, ni a quienes puedan ser declarados culpables de su propia insolvencia.

Por otra parte las autoridades de la Unión Europea también habían considerado necesario habilitar estos instrumentos de exoneración de deuda a pequeños empresarios individuales, así lo expresaba la recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, una recomendación que ha sido tenida en cuenta a la hora de abordar la presente reforma. La exposición de motivos del RDL 1/2015 hace referencia al desincentivo que supone para el mercado que el deudor empresario no pueda exonerar los pasivos insatisfechos:

«La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a 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. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida

1.- En el RDL 1/2015 no se buscan antecedentes o referencias legislativas europeas, prefiere acudir a la tradición normativa española, concretamente a las Partidas; así la exposición de motivos indica que:» *la Ley de Partidas ya previó la liberación del deudor tras un proceso de liquidación de sus bienes (que no necesariamente de convenio con los acreedores) y además, en cierto modo, estableció una modulación de la mejor fortuna al no permitir que ésta pudiera jugar en perjuicio del deudor salvo cuando éste pudiese pagar todas sus deudas (o, en expresión ciertamente algo confusa, parte de ellas) sin perjuicio de sus propias condiciones de vida, todo ello relacionado con «tan gran ganancia» que en principio debiera considerarse atípica.*

Se cumplen en el 2015 exactamente 750 años desde que terminó la redacción de la gran obra legislativa de Alfonso X el Sabio, que ha inspirado durante varios siglos los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos, pero sorprende ver cómo en esta materia habían llegado en algunos aspectos a unos preceptos más avanzados que la codificación decimonónica.

La segunda oportunidad que recoge este real decreto-ley responde obviamente a una técnica legislativa más moderna pero se inspira de unos principios ya presentes, como se acaba de demostrar, en nuestro derecho histórico. Siempre debe constituir un motivo de confianza en las normas legales el que sus principios inspiradores no obedezcan a una improvisación, sino antes bien al resultado de muchos años o incluso siglos de reflexión sobre la materia. Es preciso que el legislador huya siempre de toda tentación demagógica que a la larga pueda volverse en contra de aquellos a quienes pretende beneficiar. Para que la economía crezca es preciso que fluya el crédito y que el marco jurídico aplicable dé confianza a los deudores; pero sin minar la de los acreedores, pues en tal caso se produciría precisamente el efecto contrario al pretendido: el retraimiento del crédito o, al menos, su encarecimiento». En idéntico sentido se expresa la Ley 25/2015 en su exposición de motivos.

y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo».

Sin duda concurrían razones de urgencia que justificaran que el legislador acudiera a la técnica del Real Decreto para regular esta novedosa institución, razones de urgencia que tenían mucho que ver con el fracaso que hasta la fecha habían tenido otras iniciativas legislativas ensayadas durante la crisis económica referidas tanto a la implantación de códigos de buenas prácticas en materia bancaria y financiera, la adopción de medidas extraordinarias para deudores con riesgo de exclusión social, enfocadas básicamente a sofocar algunas situaciones de desasosiego generadas como consecuencia de la ejecución de garantías reales en préstamos hipotecarios; también asumía implícitamente el RDL 1/2015 el fracaso de la Ley Concursal para solventar de modo efectivo las insolvencias de los particulares, el fracaso de las distintas reformas de la normativa concursal para afrontar estos problemas, era especialmente llamativa la falta de operatividad de la Ley 14/2013 –de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización–, que ya habilitaba un procedimiento extrajudicial de pagos que permitía en circunstancias extraordinarias la exoneración o remisión de las deudas del concursado insolvente.

A nadie le debe escapar que al acudir al Real Decreto para regular estas materias hay cierto oportunismo por parte de quien ha impulsado la reforma ya que se aprueba en puertas del inicio de un ciclo electoral en el que muchos ciudadanos no tienen la percepción de que España haya salido de la crisis económica. Durante los últimos años la mayoría parlamentaria que sustenta al gobierno ha rechazado iniciativas similares, había proclamado que los españoles no necesitaban una normativa de segunda oportunidad; de hecho en el parlamento a través de los proyectos de ley generados como consecuencia de las reformas concursales llevada a efecto por los Reales Decretos 4/2014 y 11/2011, la mayoría de los partidos políticos de la oposición habían intentado introducir enmiendas que profundizaran en aspectos sociales de la normativa concursal; muchas de las aportaciones de estas iniciativas legislativas frustradas se han incorporado al texto del RDL 1/2015 y cristalizan en la Ley 25/2015, que reproduce de modo casi literal el texto del RDL.

A la hora de establecer un régimen jurídico que permitiera la segunda oportunidad se planteaban distintas posibilidades que pasaban desde la atribución de competencias a las autoridades administrativas –modelo francés–, hasta la redacción de una normativa específica e independiente que regulara los mecanismos de segunda oportunidad al margen del procedimiento ya consolidado de insolvencia, el procedimiento concursal.

Finalmente la opción del legislador ha sido la de aprovechar los mimbres de la Ley Concursal y de las sucesivas reformas que ha sufrido esta normativa desde su entrada en vigor en septiembre de 2004; a partir de la reforma de septiembre de 2013 se habían introducido ya las primeras fórmulas de exoneración o remisión de pagos en supuestos excepcionales, también se habían ensayado las experiencias de un proceso previo de mediación gestionado extramuros del juzgado, el acuerdo extrajudicial de pago. El sistema finalmente diseñado puede considerarse un tanto tortuoso porque primeramente exige un intento de acuerdo extrajudicial y solo en caso de fracaso obliga al deudor a iniciar un procedimiento judicial en el que verá liquidado todo su patrimonio; este modelo definido como tortuoso tiene su justificación en la necesidad de evitar que el beneficio de segunda oportunidad pueda usarse de modo fraudulento, así lo refiere la exposición de motivos de la Ley:

«El mecanismo de segunda oportunidad diseñado por este real decreto-ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por las razones de justicia hacia los acreedores que tan acertadamente expusieron autores como Manresa.

Con ello se alcanza el debido equilibrio y la necesaria justicia que debe inspirar cualquier norma jurídica».

Con estas bases el RDL ha hecho descansar el peso principal de la reforma en la normativa concursal, de hecho la remisión de deudas sólo se produce en el marco del proceso judicial de insolvencia como consecuencia de la conclusión de la sección de liquidación o como consecuencia de una manifiesta falta de patrimonio del deudor.

Pese a que el peso fundamental de la reforma recae sobre el procedimiento concursal, sin embargo el legislador parece que no quiere que la tramitación de los concursos de no empresarios sea competencia de los juzgados mercantiles, sólo así se entiende que con el proyecto de reforma de Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que aprobó el gobierno el mismo día que aprobaba el RDL 1/2015 se proponga que el conocimiento de los concursos sucesivos que afecten a particulares no comerciantes que hayan visto fracasar el acuerdo extrajudicial de pagos sea competencia de los juzgados de primera instancia

y no de los juzgados mercantiles. La LO 7/2015 consolida esta decisión legislativa, por lo que a partir del 1 de octubre de 2015 – fecha de entrada en vigor de la reforma – la competencia para el conocimiento de todos los procedimientos de insolvencia de personas naturales no empresarios será asumida por los juzgados de primera instancia.

Se dará la paradoja de que los juzgados mercantiles habrán de tramitar desde el 2 de marzo de 2015 todas las solicitudes de remisión de deudas generadas tras la inmediata entrada en vigor del RDL 1/2015 y, conseguido este rodaje inicial, si se aprueba finalmente la reforma de la LOPJ se asumirán las competencias por los juzgados de primera instancia, juzgados completamente ajenos a la aplicación de la normativa concursal que deberán asumir la concreta aplicación de las normas sobre concurso consecutivo y remisión de deudas teniendo en cuenta las reglas de aplicación general del concurso; debe tenerse en cuenta que en los concursos consecutivos habrán de aplicarse todas las normas referidas a la calificación del concurso, las normas referidas a los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor, sobre los contratos, sobre el patrimonio del deudor, las especialidades de la legislación concursal en materia de ejecución universal frente a las normas procesales de la ejecución singular... En definitiva la decisión del gobierno de atribuir estos concursos a los juzgados de instancia aunque nazca de la intención de descargar a los juzgados mercantiles de una importante carga de trabajo, sin embargo puede generar serias disfunciones que distorsionen los efectos que busca conseguir la nueva normativa.

Enlazando con lo referido en el párrafo anterior debe advertirse en el RDL 1/2015 no se hace mención alguna a la previsión de aplicación de la nueva normativa, no hay ni siquiera una primera aproximación que permita determinar el número de particulares que buscarán acogerse a estas nuevas y excepcionales medidas. Debe advertirse que la mayoría de los juzgados mercantiles se encuentran en una situación precaria, que asumen cargas de trabajo muy superiores al volumen de asuntos máximo para garantizar una correcta y efectiva aplicación de los términos y plazos procesales; en esta situación de colapso de la justicia mercantil, situación que no es ajena a otras jurisdicciones como la social o la civil ordinaria que han visto exponencialmente incrementados el número de procedimientos judiciales como consecuencia de la crisis, la inmediata entrada en vigor del RDL 1/2015 no se efectúa con un plan para incrementar el número de juzgados mercantiles o con un plan que permita un refuerzo efectivo de los medios materiales y profesionales de estos juzgados. Sirvan como referencia un dato sencillo en el año más duro de la crisis económica, en 2012, el número de concursos totales en toda España no superó los 12.000, en el año 2014 el número total de concursos es de poco

más de 6.800, de ellos 849 procedimientos fueron de personas físicas; 203 personas realizaban una actividad empresarial, 646 no realizaban actividades empresariales o comerciales. Como puede constatarse de este número total de concursos apenas un 14% se corresponde a concursos de particulares. Si se produjera un incremento sustancial de los procedimientos de insolvencia de particulares –hay más de 30.000 familias que podrían acogerse a estas medidas– las consecuencias para los juzgados que hubieran de tramitar los procedimientos serían irresolubles.

Sin embargo la aplicación de la norma en sus primeros meses de vigencia no es muy elevada, en ciudades como Barcelona apenas se han recibido 8 comunicaciones notariales de designa de mediador concursal en los 6 primeros meses de vigencia, aunque las comunicaciones de inicio genérico de negociaciones amparadas en el artículo 5 bis de la Ley Concursal si se han incrementado en el caso de personas naturales ya que se han recibido 42 comunicaciones en estos seis meses. Estos datos permiten concluir que el tráfico jurídico y económico ha recibido con cierta cautela la reforma, que se suscitan algunas dudas e inseguridades que hacen que pocas personas naturales se atrevan a activar estos mecanismos. Los datos de particulares que se sometieron a procedimientos concursales antes de la reforma y que ahora buscan la aplicación de la nueva normativa tampoco es significativa.

La experiencia de estos meses también permite sacar alguna conclusión 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. Dentro del apartado de conclusiones provisionales 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.

Con referencia a los mecanismos de segunda oportunidad a los que pueden optar las personas naturales no empresarias debe advertirse que la reforma no incluye ningún instrumento específico destinado a la tutela de los consumidores frente a prácticas o cláusulas abusivas; ni en la regulación del acuerdo

extrajudicial de pagos ni en el concurso consecutivo se prevén mecanismos procesales a tal efecto. Resulta obvio que el consumidor ha de disfrutar en los procedimientos universales de instrumentos de protección equivalentes a los que pudiera articular en los procedimientos singulares, es una pena que el legislador concursal no haya 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, no se prevé, sin embargo, ningún papel específico en esta tutela ni al mediador concursal ni al notario que conoce del expediente extrajudicial. En el marco del concurso consecutivo no hay referencia alguna a las facultades que, de oficio, debe articular el juez para anular condiciones generales de la contratación abusivas²; 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 desarrollarse estas tareas y los trámites que deben establecerse.

Es especialmente complejo encajar dentro de las nuevas instituciones concursales y preconcursales los instrumentos de protección del consumidor ante las ejecuciones de garantías reales que afectan a la vivienda del deudor, estos instrumentos de protección se han incluido básicamente en la ejecución singular, quedan al margen de las peculiaridades de la realización de garantías en la LC, donde por medio de la dación en pago, dación para pago o la cesión de bienes pueden eludirse los mecanismos de depuración de los créditos y préstamos con garantía hipotecaria constituida sobre la vivienda habitual del deudor.

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

El legislador ha optado por modificar nuevamente la Ley Concursal, asumiendo con ello el fracaso de reformas anteriores, 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.

2.- Esta actuación de oficio del juez ha sido configurada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir de la sentencia dictada en el caso Océano Sentencia de 27 de junio de 2000– y reiterada en sentencias posteriores que han dado lugar a que la normativa española haya tenido que dar cabida a estas exigencias comunitarias en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

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; sin embargo desde antes del inicio de la crisis económica se evidenció que pocos deudores podían alcanzar un convenio y que un porcentaje abrumador de concursos se veía abocado a la liquidación, en muchas ocasiones sin abrirse la fase de convenio.

Por otra parte los costes del procedimiento concursal, la complejidad del procedimiento y el mantenimiento del principio de responsabilidad universal tanto en el concurso (artículo 178 LC), como fuera de él (artículo 1911 Código civil), hacía que el concurso fuera muy poco atractivo para los particulares, de ahí que durante estos años el número de concursos de personas físicas ha estado en el umbral del 10% del total de los concursos declarados.

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, que era un instrumento vedado a los particulares que no pudieran ser considerados empresarios o emprendedores; también se modificaba el artículo 178.2 LC, que permitía la remisión de deudas siempre y cuando se satisficieran determinados pasivos o porcentajes de pasivo (créditos contra la masa, crédito privilegiado tanto especial como general y un 25% del crédito ordinario) y se constatará que el deudor no podía ser calificado de mala fe; era remisión era más sencilla de obtener si se seguía la vía del acuerdo extrajudicial de pagos ya que era menor umbral de créditos a satisfacer (sólo los gastos del acuerdo extrajudicial de pagos y del concurso, el crédito público y el que gozara de garantías reales).

La Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad parte de lo avanzado ya con la Ley de emprendedores³, modificando sustancialmente los condicio-

3.- En la llamada Ley de emprendedores ya se modificó el artículo 178.2 LC, modificación que puede considerarse un antecedente directo de la actual regulación del artículo 178 bis. Este artículo 178.2 establecía:

«La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados».

nantes 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.

La vía del convenio sigue estando abierta para cualquier deudor, un convenio cuyos límites han sido ampliamente modificados por el RDL 11/2014, de 7 de septiembre, que ha mejorado las posibilidades de quita y espera, que además permitirá la extensión de los efectos a los acreedores privilegiados siempre y cuando se obtengan mayorías cualificadas de cada una de las categorías de acreedores privilegiados (públicos, laborales, financieros o resto de ellos).

Debe tenerse en cuenta que la segunda oportunidad es una excepción a la regla general, que sigue siendo la responsabilidad universal. El artículo 178.2 LC sigue siendo contundente:

«Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme».

La remisión de deudas funciona, por lo tanto, como una excepción que deberá cumplir los condicionantes que prevé el nuevo artículo 178 bis LC.

El redactado que la Ley SecOp da a la Ley Concursal establece un solo itinerario para la exoneración de pasivo concursal tanto para personas jurídicas como para personas físicas, empresarios o no ese itinerario le obliga a instar previamente un acuerdo extrajudicial de pagos que, si fracasa, determinará la apertura del concurso –el llamado concurso consecutivo– en el que, concluidas las operaciones de liquidación, permitirán al deudor pedir la remisión de las deudas concursales pendientes. El artículo 178 bis.3 sólo permite el beneficio de exoneración del pasivo *«a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 3º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos»*. Sin embargo en la regla 4ª de este mismo artículo se reconoce la posibilidad de optar al beneficio sin haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos si en la liquidación concursal se han satisfechos determinados

umbrales de pasivo –crédito contra la masa y crédito privilegiado especial y general–, este régimen ya se preveía en la Ley 14/2013 como complemento a la exoneración alcanzada tras el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos.

La exoneración debe solicitarla el deudor, no es una consecuencia automática de la liquidación concursal, y se habilita un régimen contradictorio de oposición en el que será necesario el informe de la administración concursal y en el que podrán intervenir los acreedores. Ese incidente contradictorio da lugar a que se dicte un auto de exoneración provisional durante el que el deudor podrá ver comprometida la exoneración si no cumple con el plan de pagos, actúa de mala fe, viene a mejor fortuna o incurre en alguno de los supuestos para ver rechazada la exoneración.

En conclusión la llamada segunda oportunidad, es decir, la posible aplicación de los mecanismos de exoneración de deuda, sólo puede darse en circunstancias excepcionales, los primeros remedios que habilita el legislador para el particular son los del convenio con sus acreedores y, si fracasa el convenio, la liquidación como norma general no lleva aparejada la remisión de deudas.

Por otra parte para acceder a los beneficios de remisión de deudas previstos en los artículos 178 bis y 176 bis de la LC como norma general será necesario haber intentado previamente un procedimiento extrajudicial de pagos en el que se habrán activado instrumentos de mediación con sus acreedores; sin este trámite previo del acuerdo extrajudicial de pagos no será posible acceder al concurso consecutivo en el que, tras la liquidación del patrimonio del deudor, se constatará si cumple con los requisitos para que se exonere el pasivo insatisfecho. Esa regla general es matizada por la propia norma en el artículo 178 bis 3.4º, incluso en el 178.bis.5º, que permitiría disfrutar del beneficio a quien no hubiera intentado el acuerdo extrajudicial y accediera directamente al concurso.

El exposición de motivos del RDL 1/2015 – reproducido en la Ley 25/2015 - hace implícitamente mención a las razones por las que España ha demorado la introducción de estos mecanismos, razones vinculadas al hecho de que nuestro sistema financiero no hubiera podido soportar las consecuencias de este beneficio sin haberse producido previamente un saneamiento de las entidades financieras. La exposición de motivos se inicia haciendo referencia a que:

«La economía española lleva ya algunos meses dando signos esperanzadores de recuperación y consolidando un crecimiento económico que, merced a las reformas estructurales llevadas a cabo en los últimos años, está teniendo un

efecto beneficioso en el empleo y en la percepción general de la situación que tienen los ciudadanos, las empresas y las diferentes instituciones.

Pero ello no debe llevar a olvidar dos cosas: la primera es que la salida de la crisis es ante todo y sobre todo un éxito de la sociedad española en su conjunto, la cual ha dado una vez más muestras de su sobrada capacidad para sobreponerse a situaciones difíciles. La segunda es que todavía existen muchos españoles que siguen padeciendo los efectos de la recesión».

El objetivo de la reforma es, en palabras de la exposición de motivos:

«no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el 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».