

CAPÍTULO 5

La segunda oportunidad del consumidor insolvente: primeros «bosquejos judiciales» sobre el concepto de buena fe¹

VÍCTOR BASTANTE GRANELL

Profesor Ayudante Doctor
(Acreditado a Profesor Contratado Doctor por la DEVA y ANECA)
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. De la insolvencia a la segunda oportunidad. 2. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: cauces procesales. 3. La buena fe en materia de segunda oportunidad. 3.1. La «buena fe» como presupuesto para la concesión provisional de la liberación de deudas. 3.1.1. Requisitos comunes. 3.1.1.1. Que el concurso no haya sido declarado culpable. a) El criterio general de calificación culpable del concurso. b) Las presunciones de culpabilidad aplicables al consumidor insolvente. c) Momentos y forma de apreciación de la culpabilidad del deudor. 3.1.1.2. Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por ciertos delitos. 3.1.1.3. Que haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. 3.1.2. Requisitos específicos. 3.1.2.1. Requisitos específicos del cauce genérico. 3.1.2.2. Requisitos específicos del cauce alternativo. a) Aceptar someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.2. b) No haber incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42. c) No haber obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años. d) No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad. e) Aceptar de forma expresa que la obtención del beneficio de exoneración se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años. 3.2. La buena fe en la concesión provisional de deudas: ¿Concepto abierto o cerrado? 3.3. Control y prueba de la buena fe: Su presunción a debate. 3.4. La «mala fe» como causa para la revocación de la liberación de deudas. 4. El «premio» por la «buena fe»: La liberación de deudas. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1 Trabajo realizado dentro del grupo de investigación «Estudios de Derecho privado y comparado» (SEJ-560) de la Universidad de Almería y la Red Temática de «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER2016-81752-REDT), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España).

1. De la insolvencia a la segunda oportunidad

En ciertas ocasiones, los mecanismos de prevención no son suficientes para evitar la llegada de una situación de insolvencia o sobreendeudamiento (examen de la solvencia patrimonial², préstamo y consumo responsable, seguros para situaciones de desempleo, etc.). De hecho, sería ilusorio pensar que tales mecanismos constituyen una barrera infranqueable capaz de evitar la caída económica de los particulares, con o sin actividad empresarial. Al contrario, el advenimiento de contingencias inesperadas, de infortunios de la vida o, en su caso, una irresponsable gestión de la economía –personal, doméstica, familiar o empresarial–, pueden desembocar –ya sea de forma celeré o atemperada– en una crítica situación de insolvencia, impidiendo que las personas físicas puedan pagar sus deudas.

Ante tal situación, el particular entra en una «zona de peligro», comenzando a saltar las «alarmas financieras» (impago de créditos de consumo, facturas de suministros de luz y agua, cuotas del préstamo hipotecario, etc.). Centrándonos en el consumidor particular no empresario, deberá adoptar las medidas oportunas para aliviar su situación financiera. La primera consistirá en negociar con sus acreedores para la búsqueda de soluciones que le permitan afrontar el pago de las diferentes deudas (negociación de deudas *inter partes*). No obstante, ante la falta de acuerdo o la desidia de los acreedores, lo razonable sería recomendar al consumidor insolvente que acuda al «camino de la segunda oportunidad». Dicho camino, que se articula –con sus ventajas y deficiencias, tras diversas reformas legales– a través de diferentes preceptos dentro de la Ley Concursal –en adelante, LC–, permitirá al deudor, si concluye con éxito, disfrutar de la liberación de ciertas deudas.

Con carácter general, salvo excepciones, el deudor particular debe superar tres fases para alcanzar la segunda oportunidad, la tan ansiada liberación de deudas (art. 178 bis LC). Para comenzar, debe acudir –de cumplir los requisitos de acceso³– al acuerdo extrajudicial de pagos, un instituto preconcursal recogido

2 Vid. COLLADO-RODRÍGUEZ, N. *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

3 Señala el art. 231 LC: «1. El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance. [...] 3. No podrán formular solicitud para alcan-

CAPÍTULO 5 LA SEGUNDA OPORTUNIDAD DEL CONSUMIDOR INSOLVENTE: PRIMEROS «BOSQUEJOS JUDICIALES»

en los arts. 231 y ss. LC⁴. Se trata de una fase de arreglo extrajudicial de deudas, desarrollada con la intervención de un tercero –notario o mediador concursal–, que tiene como finalidad básica que el deudor y los acreedores puedan alcanzar un plan de pagos de forma voluntaria⁵, aunque algunos de éstos últimos puedan quedar vinculados por el llamado «efecto de arrastre» de los arts. 238 y 238 bis LC. Sin embargo, no siempre es posible confeccionar un acuerdo. En caso de imposibilidad, incumplimiento o anulación del mismo, se debe acudir al proceso concursal (de cumplirse el requisito objetivo de la insolvencia y la pluralidad de acreedores⁶).

zar un acuerdo extrajudicial de pagos: 1.ª Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. 2.ª Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores».

- 4 Véase RIVAS RUIZ, A. «El acuerdo extrajudicial de pagos», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 28, 2018, 175-199; ORRICO SÁNCHEZ, I. «El acuerdo extrajudicial de pagos como requisito para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho. Una incógnita todavía sin resolver», *Actualidad civil*, 3, 2018; DIESTE COBO, J. M. «El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley concursal», *Revista de derecho mercantil*, 307, 2018, 281-311; CABRERA MERCADO, R. «Acuerdo extrajudicial de pagos, mediación concursal y mecanismo de segunda oportunidad» en *La mediación civil, mercantil y concursal*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2018, 111-140; GÓMEZ AMIGO, L. *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos*, Editorial Reus, Madrid, 2016; etc.
- 5 La propuesta de acuerdo extrajudicial únicamente puede contener las siguientes medidas (art. 242 bis. 7.º LC), establecidas en el art. 236.1 LC, cuando se trata de un consumidor insolvente: a) Esperas por un plazo no superior a diez años; b) Quitas; c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos. Una vez confeccionado el plan de pagos, deberá fijar los recursos previstos para su cumplimiento, un plan de viabilidad y una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, sin olvidar la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia.
- 6 «En definitiva, estimamos, con carácter general, que no cabe la declaración de concurso con un único acreedor. En este sentido, la obligación legal de instar el concurso por parte del mediador concursal, si el acuerdo extrajudicial de pagos no es aceptado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 236 de la Ley Concursal, no conlleva un correlativo deber judicial de declararlo. Ahora bien, 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

En particular, dada las especialidades del concurso de personas físicas no empresarias, por concurso consecutivo se abrirá directamente la fase de liquidación (art. 242 bis. 10º LC)⁷. De ser así, nos adentramos en la segunda fase, eminentemente concursal. Tras la observancia del informe del art. 75 LC y el plan de liquidación, dos cauces procesales son posibles. Si el deudor dispone de patrimonio, se procederá a la liquidación de sus bienes embargables, distribuyéndose el valor obtenido para satisfacer a los acreedores, según las reglas de la Ley concursal (arts. 142 y ss. LC). En cambio, si el patrimonio del concursado no resulta presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos, se decretará la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa (art. 176 bis LC)⁸. Haya habido, o no, liquidación de los bienes del deudor, el concurso consecutivo puede concluir sin que el deudor haya satisfecho el pasivo pendiente –ya se trate de créditos contra la masa, privilegiados, ordinarios o subordinados–.

Ante tal circunstancia, tras la reforma de la Ley Concursal –por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas 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. Por otro lado, en el recurso se añade una deuda con Hacienda que es preciso que la administración concursal verifique (AAP de Barcelona, Sección 15ª, nº. 122/2018 de 28 septiembre).

- 7 En cuanto a la legitimación para su apertura, indica el art. 242.1 LC que «tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento». Al tratarse de un concurso de persona física no empresaria, «los Juzgados de Primera Instancia serán competentes para conocer de los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora» (art. 85.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), como señala también el artículo 45.2 b) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al declarar que los Juzgados de Primera Instancia conocerán «de los concursos de persona natural que no sea empresario».
- 8 Sobre la tramitación del proceso concursal de la persona física, véase FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2015; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.; ADAN, F.; BATLLORI, M.; COROMINAS, J.; PAVÍA, Y.; RAEL, X. F. *La segunda oportunidad de las personas físicas: su aplicación práctica*, Vlex, 2018; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª DEL M. *La Segunda Oportunidad: La superación de las crisis de insolvencia*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015; MUNAR BERNAT, P. A.; CUENA CASAS, M.; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.; VALLS RIUS, A.; PRATS ALBENTOSA, L. *Comentarios a la Ley de mecanismo de segunda oportunidad*, Aranzadi, Pamplona, 2016; etc.

orden social–, el consumidor insolvente puede solicitar el denominado beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, regulado en el art. 178 bis LC, que le permite obtener –de cumplir ciertos requisitos– la liberación de ciertas deudas, disfrutando de un *fresh start*. En comparación con la situación anterior, el deudor no se ve abocado a padecer una espiral de endeudamiento y un continuo devenir de ejecuciones posteriores por créditos insatisfechos dentro del proceso concursal, concediéndosele un respiro para reactivar su economía personal o familiar. Llegamos, pues, a la tercera y última fase, el mecanismo de segunda oportunidad.

2. La obtención del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: cauces procesales

Como indica el art. 178 bis.1 LC, «una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa», el consumidor insolvente podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho siguiendo lo establecido en dicho precepto⁹. Tal beneficio debe solicitarse al juez competente por el deudor¹⁰ dentro del plazo legalmente establecido para formular oposición a la conclusión del concurso (arts. 178 bis.2 y 152.3 LC). Lo que ocurre, es que tal artículo recoge un trámite procesal específico, con diversos cauces procesales en su interior, para poder beneficiarse de la segunda oportunidad. La elección del cauce dependerá principalmente de la cuantía satisfecha de ciertos créditos por el deudor y de haber intentado –o no– un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP). Tomando palabras del Tribunal Supremo¹¹, podemos distinguir varias vías de exoneración:

- 9 Como manifiesta el Tribunal Supremo, tal precepto exige como primer presupuesto «para la concesión de este beneficio», que el concursado sea «una persona natural» y «haya concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa» (STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio).
- 10 No obstante, como pone de manifiesto Martín Faba, «del examen de la casuística judicial, se desprende que en bastantes procedimientos concursales el beneficio de exoneración también es solicitado por la AC cuando insta la conclusión del concurso por liquidación del activo o por insuficiencia para hacer frente a los créditos contra la masa [v.gr: AJMerc nº 10 de Barcelona núm. 139/2015 de 15 abril (JUR\2015\128116); AJMerc de Palma de Mallorca de 23 diciembre 2015 (JUR\2016\11881) y AJMerc nº 3 de Barcelona de 1 octubre 2015 (JUR\2015\241635), entre otras resoluciones]. MARTÍN FABÁ, J.M. «El mecanismo de segunda oportunidad: Estado de la cuestión en la jurisprudencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 17, 2016, p. 145.
- 11 STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio.

- ⊙ *Cauce genérico o de exoneración inmediata* (art. 178 bis.3.4^a LC): Dicho cauce permite la exoneración inmediata de las deudas, siempre que el deudor consiga la satisfacción de ciertos créditos, tras concluir el concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa. Por lo tanto, se reserva generalmente a deudores que han podido satisfacer determinadas cuantías y clases de créditos concursales con la liquidación de sus bienes. En concreto, obtendrán dicho beneficio quienes hayan pagado la totalidad de los créditos contra la masa y de los créditos privilegiados. No obstante, si el deudor no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos de forma previa, deberá satisfacer –además de los créditos anteriores– el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios¹². Esta exigencia parece obedecer a un intento legislativo de fomentar el deber de renegociación del deudor, sancionando con su incumplimiento al deudor que pretenda obtener el beneficio de la segunda oportunidad sin haber intentado previamente un AEP. Es decir, se establece para deudores que podrían haber accedido al instituto preconcursal y, aun así, no mostraron una conducta tendente a lograr un acuerdo¹³. A pesar de tal interpretación –seguramente la acogida por la mayoría de los tribunales–, hay jueces que consideran lo siguiente:

12. «En este sentido, y al margen de la polémica anterior, si el deudor ha celebrado un acuerdo extrajudicial de pagos, sólo deberá haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, mientras que si no lo hubiera intentado, además del resarcimiento de los créditos anteriores, también deberá haber pagado, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Lo que sí es cierto es que, al margen del acuerdo extrajudicial de pagos, si el deudor ha conseguido el cumplimiento de los citados créditos, podrá ser perfectamente considerado como un deudor de buena fe, lo que le permitirá acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho». MOLINA HERNÁNDEZ, C. «Las propuestas de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», *Anuario de derecho concursal*, 46, 2019, [BIB 2018\14642]. Vid. CUENA CASAS, M., «El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», *Anuario de derecho concursal*, 37, 2016, p. 39.
13. «Parece que la Ley se inclina por entender que hay dos opciones para optar el beneficio de exoneración de pasivo, o bien, intentar previamente un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, o bien, pagar un 25% del pasivo ordinario. Esta parece ser la interpretación que ha acogido el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 150/2019, de 13 de marzo, que resuelve un caso en el que, aun cuando formalmente se había seguido un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial con los acreedores, no ha habido un intento efectivo de acuerdo, supuesto similar al presente. En dicho supuesto, el Tribunal Supremo se inclina no por rechazar la posibilidad de beneficio de exoneración, sino por exigir el pago del 25% de los créditos ordinarios, es decir, la opción prevista en el apartado cuarto citado» (SAP de Barcelona, Sección 15^a, n.º. 680/2019 de 9 abril).

«Cuando se añade la posibilidad de que el deudor no haya intentado el AEP, –en cuyo caso deberá también haber satisfecho el 25% del pasivo ordinario– puede interpretarse en el sentido de que la norma se está refiriendo a los deudores que no cumplan los requisitos del art. 231» (AAP de Pontevedra, Sección 1ª, nº. 15/2016 de 25 enero).

La aplicación de este último criterio supondría que dicha vía, dentro del cauce genérico, solo se reservaría a los deudores que no cumplieran los requisitos para acceder al AEP. Si el deudor reunía los presupuestos para celebrar, o intentar celebrar, un acuerdo extrajudicial de pagos, y finalmente no lo hizo, no debería obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, al ser un requisito obligatorio (apartado 3º del art. 178 bis.3 LC). En dicha sentencia se habla de «carga procesal imperativa» para tales deudores, incluso «en los casos en los que no exista en apariencia posibilidad alguna» de obtención de la exoneración de deudas.

- ⊙ *Cauce alternativo o de exoneración diferida* (art. 178 bis.3.5º LC): Si el deudor no ha podido pagar la cuantía y las diferentes clases de créditos exigidos para el cauce genérico –lo que ocurrirá normalmente cuando el deudor haya concluido el concurso por insuficiencia de masa activa–, podrá someterse a un plan de pagos de cinco años, con la finalidad de satisfacer de forma diferida el umbral mínimo exigido en el cauce genérico¹⁴. Sobre dicho cauce, señala el Tribunal Supremo:

«El ordinal 5.º prevé una exoneración diferida en el tiempo, transcurridos cinco años, y exige otros requisitos propios [...]. La ley, al articular la vía alternativa del ordinal 5.º, bajo la ratio de facilitar al máximo la concesión del beneficio, pretende facilitar el cumplimiento de este requisito del pago de los créditos contra la masa y privilegiados, y para ello le concede un plazo de

14 A pesar de tal exigencia, la Ley Concursal permite que el deudor quede exonerado aunque, al finalizar el plazo de cinco años, no haya pagado finalmente el umbral mínimo exigido: «Trascurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad» (art. 178 bis.8 LC).

cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento. Bajo la lógica de esta institución y de la finalidad que guía la norma que es facilitar al máximo la «plena exoneración de deudas», debemos entender que también en la alternativa del ordinal 5.º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. Este plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados. (STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio).

Lo habitual, al solicitar la exoneración de deudas, es que el consumidor insolvente elija el cauce procesal pertinente. Ahora bien, si el deudor hubiera escogido un cauce concreto, nada impide que durante la tramitación procesal del mecanismo de la segunda oportunidad pueda optarse por el otro cauce, si se cumplen los requisitos demandados y se permite su contradicción¹⁵. Ante tal posibilidad, podría ser recomendable presentar la solicitud postulando como petición principal un cauce determinado y, en su defecto, el otro. De esta forma, el cumplimiento de los requisitos de ambos se podría dirimir por el juez, así como en el trámite procesal de oposición, tanto por la administración concursal como por los acreedores. Debe señalarse que dicha solicitud pretende la concesión provisional del beneficio legal, pues se haya optado por el cauce genérico o alternativo, el deudor estará sometido a un periodo de buena conducta, pudiendo revocarse tal beneficio por determinadas causas. Sin embargo, se haya optado por uno u otro cauce, el deudor deberá superar el «test de la buena fe» si pretende beneficiarse de la liberación de deudas. El mecanismo de segunda oportunidad es un área restringida al «deudor honesto y desafortunado».

3. La buena fe en materia de segunda oportunidad

Tras estas breves notas en torno al «camino de la segunda oportunidad» y los cauces procesales para obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insa-

15 «En un caso como el presente, en que la solicitud inicial del deudor optaba por la exoneración del ordinal 4.º del apartado 3 del art. 178 bis LC, frente a la demanda de oposición de la AEAT que niega se cumplan los requisitos propios de esta alternativa, no existe inconveniente en que el deudor opte formalmente por la alternativa del ordinal 5.º, siempre y cuando se cumplan las garantías legales que permitan la contradicción sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la alternativa del ordinal 5.º. Garantías que no consta se hayan vulnerado, porque la AEAT ha podido contradecir el cumplimiento de los requisitos que justifican la exoneración por el cauce del ordinal 5.º. Y de hecho lo hace al oponer que se extiende el plan de pagos al crédito público, cuando a su juicio no es posible si no se solicita conforme a la normativa específica administrativa» (STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio).

tisfecho, se observa cómo dicha medida legal únicamente será aplicable cuando concurren ciertas circunstancias, que se deducen del apartado 1º del art. 178 bis LC: 1) Que se trate de un «deudor persona natural», realice o no una actividad empresarial; 2) que el concurso haya concluido por liquidación o por insuficiencia de la masa activa; 3) y que, tras la conclusión del concurso consecutivo, existan todavía créditos no satisfechos, a sufragar a los acreedores. Si bien, existe otro presupuesto de carácter esencial e ineludible: debemos encontrarnos ante un «deudor de buena fe», por exigencia expresa del apartado tercero del art. 178 bis LC.

La limitación –o desactivación– de la responsabilidad del deudor parece obedecer a un fundamento ético-social, que se plasma en el preámbulo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero:

«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» (Preámbulo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social)¹⁶.

Si bien, la norma no nace con un fin humanitario de carácter prioritario. Es decir, no pretende salvar a todo deudor de la exclusión social. Al contrario, el art. 178 bis LC busca conceder una segunda oportunidad, pero únicamente –como indica el apartado 3º– a un tipo de sujeto: al «deudor de buena fe». La salvación jurídico-social se encuentra, pues, vetada al deudor de mala fe. Por tal motivo, el preámbulo del Real Decreto-Ley citado señala que el mecanismo de segunda oportunidad «se basa en la necesidad de aliviar la precaria situación financiera que soportan algunos deudores que, a pesar de su buena fe y su esfuerzo, no al-

16 Aunque el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se introdujo de forma tardía en nuestro sistema jurídico –pues otros países, como Alemania, Francia o Portugal la reconocían desde hace años o décadas–, ya puede decirse que nuestro Derecho concede a todo particular –sea empresario o consumidor– la posibilidad, en caso de insolvencia, de beneficiarse de una liberación de deudas, si concurren ciertos requisitos legales. Dicho con otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico, a través de diversas reformas legales de la Ley Concursal, acogió la «filosofía de la segunda oportunidad», un beneficio aclamado por el movimiento *pro consumatore* desde sus inicios y cuya inclusión era demandada por distintos partidos políticos, doctrina, asociaciones e instituciones internacionales. Dicho beneficio permite que, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, el deudor particular pueda quedar liberado de ciertas deudas pendientes no satisfechas.

canzan a satisfacer sus deudas pendientes aún después de la liquidación de su patrimonio»¹⁷. Ello significa que el fin humanitario queda relegado a un segundo plano, por decisión del propio legislador español. El fin prioritario es, por tanto, el auxilio del deudor de buena fe, aunque, de forma subsidiaria, se consiga también aminorar la exclusión social. De hecho, el legislador lo califica como el «pilar fundamental» del régimen de exoneración de deudas (Preámbulo de la Ley 25/2015, de 28 de julio). Respecto a la finalidad de la norma, manifiesta el Tribunal Supremo:

«No hacemos esta referencia al preámbulo del RDL 1/2015, de 27 de febrero, a la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 y a la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, para extraer de ellas una norma jurídica, sino para constatar cuál es la finalidad perseguida por la institución y los principios que deberían tomarse en consideración para realizar una interpretación teleológica del art. 178 bis LC. La finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad, mediante la condonación plena de las deudas. Esta condonación puede ser inmediata o en cinco años. En ambos casos, se supedita a unas exigencias que justifiquen la condición de buena fe del deudor y a un reembolso parcial de la deuda». (STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio).

En este mismo sentido, se señala:

«Por tanto, queda reducido el ámbito de este incidente a determinar si concurren los requisitos para calificar al concursado solicitante de la exoneración como «deudor de buena fe», que es el único merecedor de este beneficio (art 178bis 3), que como

17. Obviamente, como en cualquier sistema de nuestro entorno, este mecanismo no debe amparar abusos ni fraudes, lo que justifica los límites a la exoneración: «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 coexistir 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 [...]. Por ello, el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por esta 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 [...]» (Preámbulo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social).

ha puesto de relieve la doctrina, se trata de un concepto central en un régimen de segunda oportunidad, a fin de evitar situaciones de abuso y la quiebra de la cultura de la responsabilidad y consiguientemente del pago, y con ello, la estabilidad del mercado crediticio. [...]» (SAP de Murcia, Sección 4ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2016)¹⁸.

Para cumplir dicho objetivo, el legislador tuvo que diseñar el concepto de «buena fe» en materia de segunda oportunidad. Tenía que establecer qué requisitos debía cumplir el deudor para poder ser considerado honesto y merecedor. Y ello lo hizo confeccionando los apartados 3º, 7º y 8º del art. 178 bis LC, relativos a la buena fe como requisito para la concesión provisional de la liberación de deudas y a las causas de revocación. Tales apartados enumeran los requisitos necesarios para que un deudor pueda calificarse de buena fe y, por consiguiente, pueda beneficiarse de la segunda oportunidad.

Aunque tal concepto fue examinado tras la publicación del art. 178 bis LC¹⁹, el presente trabajo pretende ser una breve actualización, resaltando y exponiendo los primeros «bosquejos judiciales» judiciales, así como «dimes y diretes», en torno al concepto de la buena fe en materia de segunda oportunidad. No olvidemos, como ha ocurrido en otros países, que será la jurisprudencia quien, con el paso de los años y los conflictos venideros, profile la buena fe del consumidor insolvente, aclarando los requisitos exigidos y otros aspectos relevantes (control de oficio de la buena fe, presunción, etc.).

3.1. La «buena fe» como presupuesto para la concesión provisional de la liberación de deudas

La buena fe se valora, primeramente, en la concesión provisional del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Así lo establece expresamente el art. 178 bis.3 LC, al señalar que «solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo

18 «La exigencia de ser deudor de «buena fe», como requisito ineludible para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho siempre ha estado presente en la aplicación concursal, tanto en la inicial redacción del art 178 LC, como en la actual redacción del art 178 bis LC (Ley 25/2015), lo cual es de elemental lógica dado que exonerar al deudor de créditos derivados de su pasivo y en perjuicio de legítimos acreedores solo puede plantearse desde la buena fe del deudor» (AAP de Palencia Sección 1ª, nº. 73/2017 de 23 noviembre).

19 BASTANTE GRANELL, V. *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad*, Comares, Granada, 2016.

insatisfecho a los deudores de buena fe». Más adelante, dicho precepto especifica que debe entenderse por buena fe, enumerando distintos requisitos de ineludible observancia para que el deudor pueda obtener tal calificación jurídica. Ahora bien, el «test de buena fe» difiere según el cauce escogido por el deudor. Ello se debe a que el apartado 3º del art. 178 LC establece unos requisitos comunes en torno a la buena fe y, después, según el cauce seleccionado, unos requisitos específicos²⁰. Por tal razón, algunos autores consideran que existe una «dualidad de deudores» (HERNÁNDEZ, 2015, p. 81). La buena fe exigida es, entonces, distinta en los cauces existentes.

3.1.1. Requisitos comunes

Haya elegido el cauce genérico o alternativo, el deudor debe cumplir tres exigencias comunes en torno a la buena fe: 1) Que el concurso no haya sido declarado culpable; 2) que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por ciertos delitos; y 3) que, reuniendo los requisitos establecidos en el art 231 LC, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos²¹. Según el Tribunal Supremo, «los dos primeros guardan una relación más directa con las exigencias de la buena fe»²². No obstante, discrepo con tal apreciación, como comentaré a continuación, pues el tercer requisito también deriva de la buena fe. Resulta inevitable analizarlos de forma autónoma.

3.1.1.1. Que el concurso no haya sido declarado culpable

El primer requisito exigido para obtener la concesión provisional de la exoneración de deudas aparece en el ordinal 1º del apartado tercero del art. 178 bis LC:

20 MARTÍN FABA los clasifica como condiciones de primer y segundo grado. *Vid.* MARTÍN FABA, J.M. «¿Existe un mecanismo de segunda oportunidad verdaderamente eficaz en España para consumidores insolventes?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 16, 2015, pp. 16 y ss.

21 Señala el Tribunal Supremo: «De este modo, para que se pueda reconocer la exoneración del pasivo es necesario en primer lugar que, con carácter general y al margen de la alternativa que se tome, el deudor cumpla con las exigencias contenidas en los ordinales 1.º, 2.º y 3.º del apartado 3 del art. 178 bis LC: el concurso no haya sido calificado culpable; el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales; y se haya acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso». [...] «los dos primeros guardan una relación más directa con las exigencias de la buena fe» (STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio).

22 STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio.

«Que el concurso no haya sido declarado culpable». Ello implica observar si el concurso se ha declarado culpable dentro del proceso concursal, generalmente dentro de la sección de calificación (arts. 167 y ss. LC) –trámite concursal que recobra importancia en el concurso de la persona física–. Dicho requisito funciona como una «muñeca rusa» pues, al apreciar la culpabilidad en el concurso con base a los arts. 163 y ss. LC, recoge en su interior diversas conductas y comportamientos que denotarían la mala fe del consumidor insolvente. En concreto, se valora la culpabilidad atendiendo al criterio general de calificación del concurso como culpable (art. 164.1 LC) y a las presunciones *iuris et de iure e iuris tantum* de culpabilidad, recogidas respectivamente en los arts. 164.2 y 165 LC. Aunque ciertas conductas solo resultan de aplicación a personas jurídicas o empresarios, las restantes pueden ser objeto de valoración en las insolvencias de consumidores.

a) El criterio general de calificación culpable del concurso

En primer lugar, se debe valorar si la situación de insolvencia se originó por dolo o culpa grave del consumidor. Para ello, se atiende al «criterio general de calificación» establecido en el art. 164.1 LC: «El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor» (art. 164.1 LC). Se trata de una «cláusula general» que permite apreciar la culpabilidad sin atender a un *numerus clausus* de comportamientos relacionados con la insolvencia²³. Ello obliga a que deba concurrir un presupuesto fáctico (comportamiento activo u omisivo del deudor), subjetivo (conurrencia de dolo o culpa grave en dicho comportamiento²⁴), objetivo (generación o agravación de la insolvencia) y causal (existencia de nexo causal entre la conducta del deudor y la situación de la insolvencia). Debe apreciarse, pues, la ausencia de responsabilidad en relación con el endeudamiento. Es decir, la actitud del deudor al suscribir préstamos y cumplir sus obligaciones. Trasladado al so-

23 SJM nº. 1 de Palma de Mallorca, de 10 enero de 2008.

24 Se requiere, como se señala «o bien la existencia de dolo, o lo que es igual, intención y voluntariedad en el deudor en la producción o en el agravamiento de la insolvencia, o de culpa grave, próxima al dolo, pero sin la malicia, voluntariedad e intención de éste, pero por negligencia o descuido, con falta de cuidado, pero con una medida de diligencia exigible en la conducta y que se equipara a la actuación dolosa en sus efectos», MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. «La calificación del concurso», *Diario La Ley*, nº 6060, Sección Doctrina, 13 Jul. 2004, Año XXV, Ref. D-155 [LA LEY 1642/2004]. De este modo, la simple negligencia, falta de gestión, de cuidado o culpa leve, no determinarían la calificación culpable del concurso.

breendeudamiento de los particulares, ello implica que podrá ser declarado como culpable aquel consumidor que, a través de un acto u omisión, en el que medie dolo o culpa grave, haya generado o agravado su situación de insolvencia. Dicha definición se encuentra muy ligada a la definición de «sobreendeudamiento activo o culpable», siendo acogida por los tribunales:

«En esencia, la fundamentación del Auto apelado pivota sobre dos extremos distintos: (i). no puede haber exoneración de pasivo cuando hay ausencia total de patrimonio que pudiera ser objeto de liquidación, ya que ello late en el espíritu de la institución de la exoneración de pasivo, esto es, que previa la obtención de dicho beneficio, el deudor se haya desprendido de todos sus bienes y derechos a favor de sus acreedores; y (ii). no puede reputarse a Florinda como deudora de buena fe, exigencia legal para la aplicación de este beneficio, porque su situación se debe a un sobreendeudamiento voluntario, por el exceso de uso de tarjetas de crédito para bienes de consumo, de manera desmedida» (AAP de Madrid, Sección 28ª, Auto nº. 15/2019 de 1 febrero).

Diferentes conductas podrían denotar la culpabilidad del consumidor endeudado conforme al criterio general de calificación. A modo de ejemplo, podrían mencionarse las siguientes:

Insolvencias estratégicas, intencionadas, voluntarias y oportunistas para beneficiarse de la liberación de deudas (emisión de cheques sin fondo, etc.); 2) Engaño intencionado en la información aportada a una entidad financiera con la finalidad de obtener préstamos; 3) Endeudamiento por gastos suntuosos o de lujo, pudiendo vivir decentemente con los ingresos propios; 4) Suscripción de préstamos antes de obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, aumentando significativamente su tren de vida; 5) Acumulación de deudas como consecuencia de una actitud pasiva, despreocupada, interesada o defraudadora por parte del deudor (ausencia de búsqueda de empleo u otras fuentes de ingresos); 6) Deudas originadas por fraude a organismos públicos o de carácter ilícito; 7) Deudas derivadas de la comisión de un delito; 8) Suscripción de nuevos préstamos para financiar nuevos gastos cuando no se han pagado préstamos anteriores, estando el deudor endeudado al contratar los nuevos (salvo que existe motivo legítimo); 9) Impago de acreedores, aumentando las deudas, cuando se dispone de ingresos o bienes suficientes para el pago; etc.

Esbozado el concepto de concurso culpable, el concurso será declarado fortuito cuando la situación de insolvencia se haya producido de forma inevitable, por azar o desventura; por un suceso inesperado, debido al infortunio o a circunstancias coyunturales o cuando solo medie imprudencia o falta de negligencia. En definitiva, la concurrencia del concurso fortuito se supedita a la existencia de eventos imprevisibles, ajenos a la voluntad del deudor, y a la ausencia de dolo o cul-

pa grave, respecto a la causación o agravación de la situación de insolvencia. Por consiguiente, se relaciona perfectamente con el sobreendeudamiento pasivo, al requerir la existencia de «causas imprevistas»²⁵, de «contingencias inesperadas»²⁶ o de «causas fortuitas»²⁷, «ajenas a la voluntad»²⁸ del deudor, lo que implica la ausencia de culpa o responsabilidad²⁹. Así lo manifiesta nuestra jurisprudencia:

25. TRUJILLO DÍEZ, I. I. *El Sobreendeudamiento de Los Consumidores: Estudio Jurídico en el Marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios de Consumo de La Universidad de Castilla-La Mancha*, Granada, Comares, 2003, p. 3 y ss.
26. PULGAR EZQUERRA, J. «Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 9, sección Estudios, 2007, p. 43 [LA LEY 39511/2008].
27. MORILLAS JARILLO, M. J. «Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores», *Derecho de los negocios*, 225, junio 2009, sección Artículos [LALEY 12412/2009].
28. COLINO MEDIAVILLA, J. L. «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al Auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 3, Segundo semestre 2005, sección Comentarios de jurisprudencia [LA LEY 4731/2005].
29. En la Proposición de Ley de Segunda Oportunidad, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, el 2 de febrero de 2018, se pretende modificar el art. 178 bis LC, recogiendo una definición del denominado sobreendeudamiento pasivo: «2. Solo se admitirá a trámite la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores que hubieran actuado de buena fe frente a sus acreedores. A estos efectos, el juez deberá valorar las circunstancias concurrentes al deudor que pudiesen contribuir a esclarecer su actuación de buena fe tanto en el momento de adquirir sus deudas como a la hora de atender al pago de las mismas, entre ellas: a) Las cargas familiares del deudor y si el endeudamiento se hubiera producido con el objetivo o como consecuencia de atender adecuadamente las necesidades básicas de las personas que conviviesen con él o que estuviesen a su cargo. b) El origen de la situación de insolvencia en que se encuentra el deudor y si la misma se debe a causas sobrevenidas o previsibles y evitables por el mismo. En todo caso, se entenderán como causas sobrevenidas las provocadas por desgracias familiares, desempleo, accidentes de trabajo, larga enfermedad, ejecución de un aval con garantía real o personal u otras situaciones sobrevenidas de similar naturaleza que hubieran impedido al deudor hacer frente a sus deudas pendientes. c) En el caso de deudas derivadas por préstamos o créditos, si el deudor tenía conocimiento de las condiciones de los mismos; o si el acreedor actuó de manera responsable en la concesión de dichos préstamos o créditos, informando adecuadamente al deudor sobre sus condiciones y efectos y resolviendo sobre la concesión de los mismos en coherencia con la solvencia evaluada del deudor».

«En todo caso, la administración concursal pone de manifiesto que se han liquidado todos los bienes del concursado, que se han pagado los créditos contra la masa, los privilegiados y el 28% de los ordinarios, que la conducta del concursado ha sido intachable, cumpliendo estrictamente los requerimientos de la administración concursal, que no existen acciones de reintegración viables ni acciones de responsabilidad de terceros y que el concurso ha sido calificado como fortuito, todo ello de acuerdo a lo que ordenan los Artículos 176 bis y 178bis.3 de la Ley Concursal para la obtención del beneficio de exoneración. El propio concursado ha solicitado igualmente el beneficio de exoneración, siendo así que, como ya se indicó por la administración concursal en sus informes, la principal causa de insolvencia del concursado ha sido el sobreendeudamiento producido por causas ajenas a la voluntad del propio concursado. El pasivo del concurso, de naturaleza mayoritariamente financiera, tiene su origen en los reducidos ingresos del concursado y de su esposa, los cuales no podían hacer frente al pago de las deudas generadas por ese sobreendeudamiento. Como consecuencia del procedimiento, el concursado y su esposa, con su patrimonio comprometido, han perdido el mismo, quedándoles únicamente como ingresos sus pensiones de jubilación. Adicionalmente, como ya se ha dicho, la sección de calificación se ha finalizado con la declaración como fortuito del concurso. Nos encontramos, en definitiva, ante una situación que la doctrina viene a llamar de «sobreendeudamiento pasivo», en la cual el consumidor actúa responsablemente, pero se ve desbordado por contingencias inesperadas e imprevisibles, habiendo actuado siempre con buena fe, por lo que el ordenamiento jurídico no puede penalizar a los que han solicitado su amparo a través, en este caso, del mecanismo del concurso de acreedores» (Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Auto de 14 abril 2015, [JUR\2015\127196]).

b) Las presunciones de culpabilidad aplicables al consumidor insolvente

A pesar de la cláusula general, la Ley Concursal precisa que se calificará como concurso culpable, con independencia de la existencia de dolo o culpa grave, cuando concurren ciertas situaciones, que constituyen auténticas presunciones *iuris et de iure* (el art. 164.2 LC). Se trata de supuestos que comportan la calificación *ex lege* de culpabilidad del concurso y, lo que es más importante, a diferencia de las presunciones del art. 165 LC no admiten prueba en contrario, encontrándonos ante presunciones absolutas de culpabilidad. Es decir, no se requiere la prueba del elemento intencional y tampoco del nexo causal³⁰, su simple concurrencia

30 MIGUEL BERENGUER, J. DE. *La pieza de calificación en el concurso de acreedores*, Bosch, D.L. Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012, p. 80.

permite la calificación culpable del concurso³¹. Estaríamos ante supuestos que «no conllevan necesariamente una contribución causal en la generación o agravación de la insolvencia concursal, pero que el legislador ha querido sancionar *de iure* por la especial tutela que merece el bien jurídico protegido»³². Ante esta actuación legal, se señala que la verdadera intención del legislador ha sido sancionar «conductas jurídicamente reprochables», que no pueden admitirse a nivel concursal³³ (MIGUEL BERENGUER, 2012, p. 81) y que por su intrínseca naturaleza merecen la calificación de culpable. Se trata, en definitiva, de una forma de reprender al deudor que ha actuado «con falta de ética mercantil al vulnerar determinados deberes que se relacionan con la probidad, lealtad y buena fe»³⁴.

En particular, tratándose de un consumidor insolvente, deben observarse ciertas situaciones que constituyen auténticas presunciones *iuris et de iure* de la culpabilidad del concurso (art. 164.2 LC)³⁵:

- 1) *La inexactitud grave en la documentación del concurso* (inexactitud grave y falsedad documental): El precepto sanciona a aquel deudor que haya cometido «inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación» del proceso, e igualmente a aquel que haya «acompañado o presentado documentos falsos». No son suficientes, entonces, meros errores excusables o de escasa cuantía o la omisión de datos poco relevantes. Se sancionaría, así, la omisión u ocultación de un pasivo o activo de cuantía relevante, la inclusión en el activo de bienes pertenecientes a terceros, la inclusión de activos inexistentes, la sobrevaloración de activos, etc. El concurso también

31 «[...] los supuestos del apartado 2 del art. 164LC no lo son de «presunción» de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso [...]. Por consiguiente, cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del art. 164 determina irremediabilmente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación» (ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 27 marzo 2012).

32 PRENDES CARRIL, P.; PONS ALBENTOSA, L. (DIR.). *Practicum concursal*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2014, p. 721.

33 MIGUEL BERENGUER, J. *La pieza de calificación en el concurso de acreedores*, cit., p. 81.

34 FRAU I GAIA, S. *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 [TIRANT: Documento TOLA.368.924].

35 No resultaría aplicable la primera presunción, destinada a personas con actividad empresarial: «La ausencia o irregularidad relevante en la contabilidad».

puede ser declarado culpable si tal conducta se desarrolla al presentar la solicitud para acceder al instituto preconcursal del AEP (art. 232.2 LC). No obstante, habría que dilucidar si tal conducta podría sancionarse de producirse durante el desarrollo del AEP. La sanción de dicha conducta refleja la exigencia de un deber de transparencia y de certeza documental, propia de la buena fe.

- 2) *El incumplimiento del convenio.* Debe producirse el incumplimiento del «convenio» por causa imputable al deudor, no habiendo actuado de forma ordenada y diligente. El precepto se refiere, en principio, al convenio existente en sede concursal. Al tratarse de un consumidor insolvente, generalmente se hará uso del AEP y, de fracasar, por concurso consecutivo, se abrirá la fase de liquidación. Por tanto, no se produciría la apertura de la fase de convenio. Siendo así, debemos preguntarnos si dicha presunción debe aplicarse cuando el acuerdo extrajudicial de pagos se haya incumplido por causa imputable al deudor. Pongamos por caso, un comportamiento financiero poco diligente, el desarrollo de compras de lujo o el abandono voluntario del puesto de trabajo durante el AEP. Lo razonable sería que dicha conducta pudiera encajar dentro de tal presunción para poder calificar el concurso como culpable. No obstante, también podría tener cabida dentro del criterio general de calificación, por culpa en la agravación de la insolvencia.
- 3) *Conductas de vaciamiento o simulación patrimonial.* Además de las anteriores conductas, el art. 164.2 LC sanciona con la declaración culpable del concurso diferentes comportamientos que provocan el «vaciamiento patrimonial» del deudor, en detrimento de los intereses de los acreedores. Concretamente, hace referencia al alzamiento de bienes; la salida patrimonial fraudulenta de bienes o derechos; y la simulación de una situación patrimonial ficticia. Constituyen conductas reprochables, pues el deudor debe cumplir con un deber de lealtad, intrínseco en las relaciones contractuales, debiendo anteponer sus intereses al de sus acreedores; y un deber de colaboración, debiendo esforzarse en cumplir sus obligaciones. Y, desde luego, tales deberes no se manifiestan con los siguientes comportamientos:

La venta de activos por un precio irrisorio o inferior a su valor³⁶; el traspaso de patrimonio de una sociedad a otra, u a otra persona relacionada con el concursado

36 SAP de Barcelona, Sección 15ª, nº. 541/2007 de 29 noviembre.

(perteneciendo esta otra a los propios concursados)³⁷; la volatilización de bienes del concursado³⁸; la enajenación de un bien inmueble, quedando reducido el patrimonio del deudor al derecho de usufructo sobre el mismo³⁹; el pago preferente a favor de algún acreedor, sin respetar el principio de la *par conditio creditorum*; la cancelación anticipada de un crédito a favor del deudor⁴⁰; la transmisión gratuita de propiedades⁴¹; actos de gravamen o renuncia siempre que se hayan producido en fraude de acreedores⁴²; la realización de actos que comporten un aumento ficticio del activo (por ejemplo, mediante la simulación de créditos ficticios⁴³, la inclusión de activos inexistentes⁴⁴, el aumento del valor de los bienes); actos que conlleven una disminución del patrimonio (simulaciones de ventas o enajenaciones⁴⁵) o, bien, una reducción de su valor.

Además del criterio general de calificación y las presunciones *iuris et de iure* del art. 164 LC, se establecen diferentes presunciones *iuris tantum* (art. 165 LC). Señala tal precepto: «el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor» haya realizado ciertos comportamientos enumerados por la norma. De concurrir alguno, el deudor puede rebatir dicha presunción legal, probando no solo la inexistencia de dolo o culpa, sino también la falta de incidencia de tal comportamiento en la causación o agravación de su insolvencia. Respecto al consumidor insolvente⁴⁶, se presume culpable el concurso por:

37. SAP de Pontevedra, Sección 1ª, n.º. 300/2011 de 2 junio; SIM n.º. 1 de Murcia, de 11 enero 2013.
38. SAP de Madrid, Sección 28ª, n.º. 120/2009 de 8 mayo.
39. SAP de Alicante, Sección 8ª, n.º. 156/2012 de 30 marzo.
40. SAP de Álava, Sección 1ª, n.º. 602/2012 de 26 noviembre.
41. SAP de Murcia, Sección 4ª, n.º. 606/2013 de 17 octubre.
42. SAP de Navarra, Sección 3ª, n.º. 30/2010 de 8 febrero.
43. SAP de Barcelona, Sección 15ª, n.º. 258/2011 de 14 junio.
44. SIM n.º. 2 de Oviedo (Provincia de Asturias), de 31 enero 2013.
45. SAP de León, Sección 1ª, n.º. 121/2012, de 22 marzo.
46. No resultarían de aplicación, como presunciones, el incumplimiento del deber de formulación de las cuentas anuales, de sometimiento de las mismas a auditor o de depósito en el Registro Mercantil; y tampoco, la negación sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación. Tales presunciones solo resultan de aplicación a personas jurídicas y personas físicas con actividad empresarial (art. 165.1.3ª LC).

- 1) *Incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso*: Conforme al art. 5 LC, el «deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia». De haberse iniciado negociaciones, transcurridos tres meses desde su comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia (art. 5 bis.5 LC). No obstante, como dispone el art. 178 bis.3.1º LC, aunque el concurso hubiera sido declarado culpable, si lo hubiera sido por incumplir el deber de solicitar el concurso, se podrá conceder provisionalmente la liberación de deudas atendiendo a las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave en el endeudamiento. Al sancionar dicho incumplimiento, se pretende incentivar que el deudor acuda, como muestra de diligencia, al proceso concursal con la finalidad de aliviar y tratar su situación de insolvencia.
- 2) *Incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal*. Con tal supuesto se pueden valorar diversos deberes que surgen desde el inicio del proceso hasta su conclusión⁴⁷, así se deduce de los arts. 112, 133 y 147 LC). Dado su momento de exigibilidad, se les denomina deberes «postconcursoales». Su exigencia, respecto al consumidor insolvente, es determinante actualmente tras la instauración del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, puesto que un «deudor no colaborador» no merece una segunda oportunidad. Entre los deberes de colaboración, exigibles al consumidor endeudado, destacan:

El deber de puesta a disposición de la información pertinente en el escrito de solicitud de declaración del concurso (art. 6 LC) (deber de transparencia); b) deber de información desde el inicio hasta la conclusión del procedimiento concursal (el deudor obligado a informar *ipso facto* de cuantos datos sean necesarios en el concurso); c) deber de comparecencia (El art. 42 LC también preceptúa que el deudor debe «comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido»); d) deber de asistencia a la junta de acreedores (en caso de utilizar la fase de convenio); y e) un deber genérico de colaboración, pues el deudor debe «colaborar [...] en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso». Tal deber agrupa los deberes recogidos en la Ley concursal, pero también

47 MARCO ALCALÁ, L. A. «El deber de colaboración en el concurso», en *Enciclopedia de derecho concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 995.

debe recoger obligaciones inherentes y sustraíbles del deber genérico de colaboración, no recogidas por la normativa concursal, propias de un arquetipo de deudor concursado diligente, leal y cooperativo con el interés del concurso.

La jurisprudencia relaciona el cumplimiento de tales deberes con las «reglas de la buena fe», llegándose a afirmar que el deudor debe «colaborar con la administración concursal de buena fe»⁴⁸. Por consiguiente, determinados autores consideran que se trata de obligaciones que «implican de alguna forma la conculcación del principio de la buena fe procesal (art. 247 LEC), la fidelidad y lealtad debida en orden al buen fin del proceso concursal» (PRENDES CARRIL, 2014, p. 721). Otros tribunales van más allá, esbozando una definición del deber de colaboración, manifestando que dicho deber «es de lealtad y predisposición, es de buena fe y de asistencia, de auxilio y alianza a la consecución de los fines propios del concurso»⁴⁹. En definitiva, son deberes «que exigen del deudor una determinada conducta global o actitud de conjunto de buena fe, consistente en la disposición más favorable posible para contribuir al buen desarrollo del concurso de principio a fin» (MARCO ALCALÁ, 2012, p. 995):

Son innumerables las obligaciones que debe respetar todo deudor con base a ese deber de colaboración⁵⁰. De ahí que se sancione la omisión de información relevante al inicio del proceso, su ocultación; la ausencia de información de activos o ingresos tanto al inicio como durante el desarrollo del proceso; la falta de comparecencia; la falta de ejercicio de acciones en reclamación de deudas pendientes a favor del deudor; la ocultación de una herencia⁵¹; la falta de colaboración en la identificación de factu-

48 AAP de Tarragona, Sección 1ª, de 22 marzo 2010.

49 SAP de Alicante, Sección 8ª, nº. 12/2009, de 13 enero; SAP de Alicante, Sección 8ª, nº. 358/2013, de 11 septiembre.

50 Señala MARCO ALCALÁ que «los deberes de colaboración abarcarán todas aquellas conductas del deudor concursado necesarias o convenientes para el interés del concurso y de ahí que se incluyan entre estos deberes actuaciones con una lógica incidencia en el buen desarrollo del concurso [...]». MARCO ALCALÁ, L. A. «El deber de colaboración en el concurso», cit., p. 996.

51 «Asimismo, resulta acreditado que incumplió el deber de colaboración con la Administración Concursal, por lo que concurre el supuesto previsto en el artículo 165.2ª LC, ya que de los propios escritos dirigidos al juzgado en noviembre de 2009 y en mayo de 2011, se desprende las dificultades e insuficiencias que se produjeron en relación con el deber de colaboración, no obstante la falta de colaboración se pone ya de manifiesto, de manera clara y terminante, con la ocultación por parte del Sr. Edemiro de la recepción de los bienes de la herencia procedente de sus padres, hecho este en modo alguno desvirtuado. Se considera,

ras⁵²; la disposición de dinero o bienes sin permiso de la administración concursal; la falta de información sobre el uso de una determinada cantidad de dinero⁵³; etc. Sería debatible si dentro del deber genérico de colaboración puede valorarse la actitud activa en el arreglo y gestión de su insolvencia durante el proceso concursal, es decir, si el deudor debe esforzarse en sacar adelante su situación financiera, por ejemplo, mostrando una búsqueda activa de empleo, aumentando su jornada laboral, la realización de horas extraordinarias, buscando un segundo empleo, etc. Si un concurso deviene culpable por la dejación de funciones de los administradores de una empresa, por la falta de diligencia y pasividad en la gestión de la misma, igualmente se debería deducir la culpabilidad de aquel deudor que, antes y durante el procedimiento, no adopta una actitud activa en la mejora de su situación económica. No obstante, deberían valorarse las circunstancias personales del deudor, tales como la edad, capacidad para trabajar, formación, etc. Una conducta diligente y cooperativa obligaría al deudor a buscar fuentes de ingresos para poder sufragar sus deudas, atendiendo a su capacidad formativa y experiencia profesional.

El problema de tal presunción, respecto al concurso del consumidor insolvente, es que únicamente opera respecto al deber de colaboración en sede concursal, no respecto a la colaboración dentro del AEP. Puesto que el particular endeudado hará uso generalmente de tal instituto preconcursal, debemos preguntarnos si tal presunción debe extenderse al incumplimiento de los deberes de colaboración que puedan exigirse o demandarse dentro del AEP. Lo coherente y razonable es que fuera así, pues dentro de

pues, que también existió dolo y culpa grave por la ocultación del hecho referido, con trascendencia en el interés del concurso» (SAP de Murcia, Sección 4ª, Sentencia nº. 518/2013, de 5 septiembre).

- 52 «La lectura del escrito de calificación de la AC evidencia que el incumplimiento del deber de colaboración que denunciaba se integra no sólo por la omisión de las actuaciones conducentes ante la Hacienda Pública para recuperar el IVA ingresado por las facturas correspondientes a la venta de productos defectuosos (que no hay derecho a cobrar, según está admitido por todas las partes), sino que comprende también la falta de colaboración en la identificación de dichas facturas, respecto de aquellas otras que se corresponden con clientes morosos» (SAP de Barcelona, Sección 15ª, nº. 234/2011, de 25 mayo).
- 53 «En quinto lugar, se considera por los demandantes la concurrencia de un nuevo supuesto incardinable en la cláusula general del artículo 164.1LC o, subsidiariamente, la concurrencia de la presunción *iuris tantum* del artículo 165.2LC por el hecho de que el concursado no haya dado respuesta a los requerimientos de información concretamente en relación a la suma de 50.000 euros, que en su mayor parte retiró en efectivo, y en relación al destino dado a la financiación para la compra del vehículo anteriormente referido. Considera este juzgador que el incumplimiento del deber de colaboración que se denuncia debe incardinarse en el artículo 165.2LC que expresamente prevé esta circunstancia como una presunción *iuris tantum* de fraude» (SJM nº. 1 de Murcia, de 11 enero 2013).

tales negociaciones el deudor debe cumplir ciertos deberes: el deber de informar sobre su situación económica y financiera al notario, así como de sus acreedores (art. 232.2 LC), el deber de efectuar una gestión normal de su patrimonio una vez iniciado el expediente (art. 235.1 LC) y el deber de cumplir el plan de pagos (art. 238 bis.1 LC). Pero, además, al deudor se le debe exigir colaborar con el notario o el mediador concursal (efectuar notificaciones, informar sobre cambio de domicilio, asistir a la reunión con los acreedores, etc.). No obstante, la naturaleza extrajudicial de tal trámite inhibe la aplicación de tal presunción, si el comportamiento se desarrolla en sede extraconcursal.

Las conductas descritas para precisar la culpabilidad del concurso permiten valorar tanto la buena fe contractual del consumidor insolvente –su conducta durante la suscripción de créditos– como la buena fe procesal –su comportamiento durante el proceso concursal–. Ello permite examinar si el endeudamiento se debe a causas de sobreendeudamiento activo o, en su caso, de sobreendeudamiento pasivo, pudiéndose equiparar el primero al concurso culpable y el segundo al concurso fortuito. Además, en comparación con otras legislaciones extranjeras, al consumidor insolvente le resulta de aplicación una serie de presunciones de culpabilidad (arts. 164.2 y 165 LC). Si bien, bajo mi consideración, puede que sea necesaria una armonización legislativa o una interpretación extensiva para trasladar las presunciones de culpabilidad en caso de incumplimiento de ciertos deberes dentro del AEP, pues este viene a sustituir la fase de convenio.

c) Momentos y forma de apreciación de la culpabilidad del deudor

El requisito legal relativo a «que el concurso no haya sido declarado culpable» para obtener la concesión provisional de la exoneración de deudas, permite valorar una multitud de comportamientos que describen, en gran medida, el *standard* de consumidor responsable y de buena fe. De concurrir alguna de tales conductas, el deudor no podrá disfrutar de tal beneficio legal. Si bien, el problema de la legislación actual estriba en el momento y forma de valoración de la culpabilidad dentro del proceso concursal, cuando estamos ante un consumidor insolvente.

Con carácter general, la cuestión en torno a la culpabilidad del concurso se ventila en la sección de calificación (arts. 167 y ss. LC) –un trámite procesal previo a la conclusión del concurso e, igualmente, a la concesión provisional de la exoneración de deudas–, que se abre en todo concurso liquidativo de forma automática, concretamente al aprobarse el plan de liquidación (art. 142 LC). De esta forma, serán la administración concursal y el Ministerio Fiscal, con base a los

arts. 163 y ss. LC, quienes valoren y determinen la culpabilidad del consumidor insolvente dentro del concurso –si bien, el Ministerio Fiscal no tiene el deber de pronunciarse. De no hacerlo, se entiende que no hay oposición a la calificación del administrador concursal– (art. 169 LC)⁵⁴. Además, «cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable» (art. 168 LC)⁵⁵. Junto a la apertura de oficio, el art. 242.2.8º LC –si fuera aplicable al consumidor insolvente– permite que, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, los acreedores también puedan solicitar, mediante escrito razonado, la apertura de la sección de calificación. De este modo, cabe una apertura a instancia de parte –aunque parece innecesario si su apertura debe ser automática en caso de abrirse la fase de liquidación–. Lo importante, ya se abra de oficio o a instancia de parte, es que la sección de calificación recobra relevancia en el concurso de la persona física no empresaria, pues de su resultado –la sentencia de calificación– dependerá la liberación de deudas y, además, supone la participación del juez, el administrador concursal, el Ministerio Fiscal y los acreedores en torno al carácter culpable del concurso.

A pesar de tal garantía *pro creditoris* –pues tal trámite sirve para apreciar la mala fe del deudor e inhibir la exoneración de deudas–, puede suceder que la sección de calificación no se inicie en el concurso del consumidor insolvente por la posible mala praxis del mediador o administrador concursal. Debe advertirse que la fase de liquidación no se abre en todo concurso, pues es posible que concluya por insuficiencia de masa activa. Tanto el mediador concursal –al finalizar el AEP

54 La Ley Concursal señala que «si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno» (art. 170.1 LC).

55 El Tribunal Supremo ha manifestado que dichas alegaciones no determinan el objeto de la sección de calificación, pues ésta viene determinada por «las proposiciones que formulen la administración concursal y el ministerio público», que «serán tenidas en cuenta por el juez para conformar, en su caso, el objeto de incidente de calificación». La justificación se encuentra en razones de interés general: «se pretende evitar una acumulación de acciones particulares, encomendando a la administración concursal y al ministerio fiscal el ejercicio de esta acción, que muy bien puede calificarse, por lo que respecta a la reclamación del pago del déficit concursal frente a los administradores, de colectiva. La administración concursal representa los intereses generales del concurso, dentro de los cuales se encuentran los de los acreedores concursales de obtener la íntegra satisfacción de sus créditos, y el ministerio fiscal el interés público. Ambos tienen la llave de la calificación, pues a ellos les corresponde formular la petición concreta y las consecuencias de esta calificación» (STS, Sala 1ª, Sección 1ª, nº. 10/2015, de 3 febrero de 2015).

(art. 242.2.1ª.b LC)– como el administrador concursal –de valorarse la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176 bis.3 LC)– tienen el deber de presentar un informe relacionado con el carácter culpable del concurso. En particular, el primero debe pronunciarse sobre la procedencia de la apertura de la sección de calificación y, el segundo, debe confirmar que el concurso no será calificado como culpable. Si ninguno se pronuncia de forma desfavorable respecto deudor, es posible que el concurso concluya sin abrir formalmente la sección de calificación⁵⁶. Ante tal situación, debemos preguntarnos hasta qué punto, a pesar de la posible oposición de los acreedores, la calificación culpable del concurso debe quedar supeditada únicamente al informe de tales profesionales –dada una posible falta de diligencia profesional– y, además, valorar la oportunidad de proceder a la apertura de la sección de calificación de forma previa y automática a toda solicitud de exoneración de deudas, haya habido o no liquidación de los bienes. De lo contrario, se puede correr el riesgo de permitir la entrada a deudores de mala fe, pues el juez no puede, en principio, entrar a evaluar la culpabilidad del concurso durante el trámite de la exoneración:

«Ya hemos visto que el mediador concursal, al tiempo de solicitar el concurso consecutivo, deberá pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos previstos en el artículo 178 bis o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación (art. 242.2.b) LC). La norma prevé dos opciones alternativas, o se pronuncia sobre la concurrencia de los requisitos del art. 178 bis o interesa la apertura de la pieza de calificación, puesto que uno de los requisitos del art. 178 bis LC para que el deudor tenga la consideración de deudor de buena fe es que el concurso no sea declarado culpable, por lo que si considera que cabe esa posibilidad ya no solicitará la concesión del beneficio de pasivo insatisfecho. 29. En el caso que nos ocupa, la resolución recurrida deniega la exoneración por entender que el concurso es culpable, lo que supone una clara infracción del art. 178 bis, 242 y 170 LC. Como hemos visto, si en la solicitud de concurso consecutivo presentada por mediador concursal se pronuncia sobre la concurrencia de los requisitos del art. 178 bis, para la exoneración, será porque entiende que la calificación del concurso es fortuita. Solo en el caso contrario, cuando el mediador concursal prevea que el concurso puede ser calificado culpable, solicitará la apertura de la fase de calificación y el juez procederá a su apertura, para tramitarse con la presencia del Ministerio Fiscal, del administrador concursal, deudor y demás interesados, en cuyo caso no podría acordarse el archivo en el mismo auto de conclusión como realiza el juez a quo, siendo uno de los presupuestos la inexistencia de acciones de

56 Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, cit., p. 209.

responsabilidad para terceros. 30. Por ello, si en el auto de declaración y archivo se argumentó que no había responsabilidad de terceros, y si el mediador al solicitar el concurso no solicitó la apertura de la fase de liquidación, no puede el juez concursal al tiempo de resolver sobre la solicitud de exoneración de pasivo analizar si el concurso es o no culpable, cuando nada se ha alegado ni se ha tramitado la fase concursal correspondiente» (SAP de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia num. 475/2018 de 29 junio).

Dada la importancia y el sacrificio de los acreedores ante una posible exoneración del pasivo insatisfecho, lo más adecuado sería proceder a la apertura automática de la sección de calificación antes de decretar la conclusión del concurso, ya sea por finalizar la fase de liquidación o por insuficiencia de masa activa. De este modo, el administrador concursal, el Ministerio Fiscal y los acreedores podrían hacer uso de un trámite procesal que avale una correcta valoración de la culpabilidad del deudor. Se garantizaría, de tal forma, la apertura de esta sección antes del comienzo del régimen de exoneración del pasivo restante, permitiéndose valorar todo el comportamiento del deudor consumidor hasta dicho momento. Se necesita un sistema más garantista en defensa de los intereses de los acreedores.

3.1.1.2. Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por ciertos delitos

El apartado segundo del art. 178 bis.3 LC restringe el beneficio de la exoneración a aquellos deudores que no hayan sido condenados «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». Si el proceso penal sigue pendiente, el juez del concurso debe suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme. Atendiendo a su contenido, y por lo que comentaré a continuación, no sería temerario afirmar que tal requisito es bastante restrictivo e, incluso, desproporcional.

Ciertamente, tales delitos son reprobables, pero no se entiende que se excluyan otros delitos (de lesiones, homicidio, etc.), pudiendo darse la paradoja de que un deudor cometa lesiones o asesinato frente a un acreedor y, tras ello, aquel pueda beneficiarse de la segunda oportunidad (por mucho que la indemnización por daños y perjuicios quede excluida en caso de exoneración). El legislador ha considerado conveniente castigar delitos económicos y, al mismo tiempo, excluir a tales

deudores, con independencia de que sus delitos guarden –o no– relación con la situación de insolvencia. Se observará, para ello, el delito cometido y la fecha de su comisión. Advertir, como ha señalado cierta jurisprudencia, que, aunque el certificado de antecedentes penales sea un documento que pruebe tal circunstancia, basta conocer que exista una sentencia judicial firme⁵⁷. Otro aspecto llamativo, es que dicho precepto no distinga entre delitos leves y graves. Ante ello, puede suceder que se excluya a un deudor por el hurto de un objeto con valor inferior a 50 euros, que haya sido condenado por un delito leve. La cuestión es: ¿Y si el hurto se produjo por necesidad o fin social?⁵⁸ No importará, siendo tal deudor excluido en

- 57 «La circunstancia de que esta condena no conste en el certificado de antecedentes penales que aporta la concursada escapa a este juzgador, y puede ser debida perfectamente a defectos en la comunicación de información, siendo que además el requisito legalmente previsto se refiere a condenas en sentencia firme y no a constancia de estas condenas en certificados de antecedentes penales.» (Juzgado de lo Mercantil de Murcia, Sección 2ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2018, nº de Resolución: 216/2018).
- 58 En la siguiente sentencia, una deudora es excluida por haber cometido un delito de hurto: «En base a lo anterior, debe tenerse por acreditado que la concursada fue condenada en sentencia firme por un delito de hurto, regulado en el Código Penal dentro de los delitos contra el patrimonio, en virtud de sentencia de 17 de septiembre de 2014 del juzgado de lo Penal nº4 de Murcia recaída en procedimiento 348/2007. Y si bien es cierto que el concurso se declaró con anterioridad, debe admitirse la tesis de SANTANDER CONSUMER FINANCE SA de que en aplicación del segundo párrafo transcrito, deberán tenerse en cuenta a efectos de la buena fe las sentencias firmes que se dicten con posterioridad a la declaración de concurso, pues en caso contrario el citado párrafo carecería de sentido. La circunstancia de que esta condena no conste en el certificado de antecedentes penales que aporta la concursada escapa a este juzgador, y puede ser debida perfectamente a defectos en la comunicación de información, siendo que además el requisito legalmente previsto se refiere a condenas en sentencia firme y no a constancia de estas condenas en certificados de antecedentes penales. Concurriendo pues la citada condena por sentencia firme en un delito contra el patrimonio, no cabe apreciar el requisito de la buena fe requerido, según el precepto transcrito en el fundamento anterior, para acceder a la exoneración, por lo que estimando la oposición formulada, procede desestimar la petición de exoneración del pasivo» (Juzgado de lo Mercantil de Murcia, Sección 2ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2018, nº de Resolución: 216/2018). Destaca, asimismo, otra resolución: «A tal efecto, con la documentación acompañada con la solicitud de declaración de Concurso se aportó un certificado emitido por la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia en Oviedo que acredita que el Concurrido fue condenado como autor de un delito de daños, esto es, de un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, mediante Sentencia que alcanzó firmeza el 4 de Febrero de 2014, siendo declarado el Concurso mediante Auto de fecha 30 de Mayo de 2017. Por tanto, no se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 178 bis 3.2ª, razón por la que no puede admitirse la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho pues no concurre la pretendida buena fe en el deudor, resultando improcedente, por tanto, en atención a lo expuesto, la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfe-

las mismas condiciones que un deudor que haya defraudado a la Seguridad Social más de 50.000 euros, en detrimento de las arcas públicas. El requisito, que parece buscar una reprobación social, permite una aplicación desproporcional e injusta sin valorar cada caso concreto. A modo de ejemplo, cabe destacar un caso donde el deudor es excluido por una riña vecinal en la que causó daños valorados en una cuantía de 1.496,36 euros:

«Hemos de tener presente que el nuevo enunciado de la norma otorgado por el Real Decreto-ley 1/2015 no solo ha mejorado la técnica de su redacción al eliminar la inseguridad del texto precedente mediante la introducción de un catálogo cerrado de delitos, sino que además ha elevado el listón de los comportamientos ilícitos que impedirán al deudor persona natural acceder al beneficio de la segunda oportunidad. El mecanismo del discharge nació con la finalidad de ofrecer a los deudores «honestos pero desafortunados» la posibilidad de una segunda oportunidad, y en este sentido la reforma introducida en el sistema por el Real Decreto-ley 1/2015 trae causa de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 marzo 2014 sobre un nuevo enfoque a la insolvencia y al fracaso empresarial, cuyo considerando 1^o señala que «La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión». Pues bien, cuando el legislador dispone ahora que el deudor no haya sido condenado por Sentencia firme por delitos, entre otros, contra el patrimonio está configurando con ello un determinado estándar de honestidad exigible para acceder al beneficio de exoneración del pasivo, superior al vigente hasta ese momento, resultando por tanto irrelevante que la conducta delictiva por la que fue condenado Don Alexis lo fuera por una riña vecinal que no tenía nada que ver con la gestión de su patrimonio, tal y como éste sostiene en su recurso. [...] A partir de aquí encontramos que el certificado expedido por el Registro Central de Penados expresa que la fecha de extinción de la pena lo fue el 17 noviembre 2015, por lo que los antecedentes penales se deberán entender cancelados a partir del 17 noviembre 2017. De ello se desprende que cuando Don Alexis es declarado en concurso mediante Auto de Auto de 30 mayo 2017 todavía no había transcurrido el señalado plazo para la cancelación de los antecedentes penales, lo que en definitiva conduce a excluir que reuniera en ese momento los requisitos para ser considerado como deudor de buena fe a los efectos dispuesto en el art. 178 bis L.C.» (SAP de Asturias, Sección 1^a, nº. 4/2019 de 17 enero).

Lo correcto hubiera sido excluir de la exoneración aquellas deudas derivadas de la comisión de delitos, cualquiera que fuera su naturaleza, permitiendo el acceso al deudor al beneficio de la segunda oportunidad. Ello, siempre y cuando

cho» (Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias), Sentencia nº. 17/2018 de 26 enero, [JUR\2018\198781]).

su pasivo total –o una proporción considerable del mismo– no se derive de la comisión de delitos –con independencia de cuál sea su naturaleza–, pues, de ser así, la insolvencia del deudor debería calificarse como culpable.

3.1.1.3. Que haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos

Como tercer y último requisito común –exigido tanto para el cauce genérico, salvo excepciones, como para el cauce alternativo–, es necesario que, reuniendo los requisitos del artículo 231 LC, el deudor «haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos» (art. 178 bis.3.3º LC)⁵⁹. Con tal exigencia, se busca fomentar que exista una negociación extrajudicial de deudas de forma previa al proceso concursal entre el deudor y sus acreedores. El Tribunal Supremo no es muy acertado cuando indica que los primeros requisitos –concurso no culpable y no comisión de ciertos delitos– «guardan una relación más directa con las exigencias de la buena fe»⁶⁰. Al contrario, el deber de renegociación es una de las facetas intrínsecas que debería irradiar de la buena fe en materia de contratos. Además, tal conducta manifiesta que estamos ante un deudor responsable y colaborador:

«Por tanto, en interpretación literal de la norma, el intento de AEP es condición ineludible para que el deudor pueda ser considerado de buena fe a efectos de la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo. La redacción dada al 178.2 por la Ley 14/2013 no lo exigía. La nueva norma precisa un intento previo de AEP que en la lógica de las cosas habrá resultado frustrado, pues en otro caso el AEP, perfeccionado y cumplido, habrá logrado su finalidad de liberar al deudor de las deudas o de la parte insatisfecha de las deudas que no gocen de garantía real o por la parte que exceda del valor de la garantía. El intento de obtención del acuerdo se concibe como una manifestación de que el beneficio lo solicita un deudor responsable y colaborador, predispuesto a pagar sus deudas. Se impone así al deudor la carga de solicitar previamente el AEP para solicitar la remisión del pasivo» (AAP de Pontevedra, Sección 1ª, nº. 15/2016 de 25 enero).

59 Para que se cumpla con el requisito del intento de acuerdo extrajudicial de pagos, recogido en el art. 178 bis LC, el mencionado intento de acuerdo debe efectuarse con la totalidad de los acreedores, no solo con uno de ellos. *Vid.* Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Segovia, Sección 2ª, 9 de mayo de 2018, Nº de Resolución: 42/2018, Id Cendoj: 40194410022018100004.

60 STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio.

La problemática aparece al interpretar que significa «haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos»⁶¹. Sobre este punto, se han producido una situación de «dimes y diretes» en sede judicial. Aun así, se pueden extraer diferentes puntos en común. Para comenzar, ciertos jueces consideran necesario efectuar una interpretación flexible y amplia de tal requisito, considerando que puede entenderse por «intento» que la propuesta de plan de pagos haya sido rechazada por los acreedores de forma expresa o tácita (no acudiendo a la reunión), que el mediador concursal haya decidido conveniente no presentar propuesta de pagos y solicitar el concurso; que la solicitud de AEP haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor⁶²; y, además, «cualquier supuesto en que se ponga fin al procedimiento extrajudicial, incluso en los casos de incumplimiento del acuerdo alcanzado o casos de anulación del mismo»⁶³. Se llega a afirmar, en este sentido, que «es unánime la postura de que la interpretación del citado requisito debe ser flexible y amplia considerando cualquier supuesto en el que se ponga fin al procedimiento de AEP»⁶⁴. No

61 Vid. ATIENZA LÓPEZ, J. I. «Concurso de acreedores de persona natural. ¿Qué es intentar el acuerdo extrajudicial de pagos?», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 196, 2017.

62 En dicha interpretación se incluye, pues, el supuesto que la solicitud de AEP haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor, que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de autos, tal y como se desprende del acta notarial de designación de mediador concursal de fecha 12 de abril de 2018 aportada junto a la solicitud. Consta en dicha acta notarial que los esposos Sres. Lorenzo solicitaron la designación de mediador concursal a los efectos de llegar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, realizando la notaría el control de legalidad notarial vistos los Arts. 231 y 232 LC, declarando cumplidas las prescripciones legales por concurrir en el solicitante los requisitos exigidos, pasando a continuación a la designación de mediador. Accedió la notaría hasta en tres ocasiones al portal del Boletín Oficial del Estado el que consta de forma secuencial el listado de mediadores concursales correspondientes a la provincia de Lleida y tras notificar a los mediadores su designación ninguno de ellos aceptó el cargo, procediendo al cierre del acta al no haber sido posible la aceptación de mediador concursal. Este cierre del acta y la finalización del AEP no son en ningún caso imputables a los deudores, los cuales de forma diligente presentaron la solicitud de AEP con la documentación correspondiente. La interpretación amplia y flexible del citado requisito en el sentido que debe ser considerando cualquier supuesto en el que se ponga fin al procedimiento de AEP ha sido acogida por los Juzgados y Tribunales y en tal sentido SAP Barcelona, sec., 15, de 26 de mayo de 2017; SAP Baleares de 10 de noviembre de 2017 y S. del Juzgado de lo Mercantil nº 7, Barcelona, S. 03-11-2016, nº autos 775/2016 (AAP de Lleida, de 11 de enero de 2019, nº de Resolución: 31/2019).

63 Vid. Conclusiones Encuentro Magistrados de lo Mercantil de 2016.

64 AAP de Lleida, de 11 de enero de 2019, cit.

obstante, como afirma cierta jurisprudencia, será necesario que el «intento» se haya frustrado por causas ajenas a la voluntad del deudor. De lo contrario, debería ser calificado de mala fe:

«Pues bien, en relación con el presupuesto contemplado en el apartado 3º del art. 178 bis 3 LC, se plantea la duda si el mismo debe ser exigido de forma estricta en el supuesto que nos ocupa por cuanto la intención de acudir a la vía extrajudicial por la deudora se vio bruscamente truncada por la presentación de una solicitud de concurso necesario por parte de uno de sus acreedores. Se propugna una interpretación flexible de este requisito, de tal manera que su rígida exigencia no impida a la concursada acogerse al beneficio de exoneración previsto por la norma. [...] Así las cosas, procede realizar una interpretación flexible del requisito consistente en «haber intentado celebrar» el AEP, de tal manera que podrá incluirse dentro del supuesto de hecho previsto por la norma cualquier intento del deudor dirigido a realizar el acuerdo extrajudicial, por más que el mismo no haya fructificado, siempre y cuando se hubiera frustrado por causas ajenas a su voluntad. En estos términos resulta acreditado que la deudora llevó a cabo actos tendentes a iniciar el acuerdo extrajudicial, solo así se entiende que hubiera remitido distintas misivas a sus acreedores informando de su intención de realizar una «programación de pagos» o que, junto con su marido, el también deudor Don Landelino, hubiera acudido «a principios del mes de abril» a la Notaría de Don Javier Gómez Martínez, y entregado la documentación relativa al inicio del acta del expediente para el acuerdo extrajudicial de pagos junto con el de su marido (doc. 1 de oposición, hecho SEGUNDO). Únicamente la presentación de la solicitud de concurso necesario impidió que la deudora pudiera iniciar el acta notarial del acuerdo, a diferencia de su marido, lo que estuvo precisamente motivado por la comunicación extrajudicial dirigida por la Sra. Marina a la empresa matriz de la sociedad instante del concurso necesario. En definitiva, existe prueba suficiente para aseverar que la deudora «intentó celebrar» el acuerdo extrajudicial, poniendo medios útiles para ello, incluyendo entrevistas con Notario competente y entrega de documentación (doc. 1), así como comunicaciones con sus acreedores informándoles de su intención de realizar un plan o programación de pagos, sin perjuicio de que tales intenciones se vieran finalmente truncadas por el inicio repentino del proceso concursal instado por uno de sus acreedores el cual, alertado por la comunicación extrajudicial recibida el 25.3.2017 (doc. 2), no dudo en presentar a los pocos días la solicitud de concurso (10.4.2017)» (SAP de Valladolid, Sección 3ª, nº. 14/2019 de 17 enero).

Asimismo, la jurisprudencia viene exigiendo que se presenten propuestas de pago reales, no formales –como presentar un plan de pagos con una quita del 95% o 100% de la deuda–⁶⁵, pues sería una conducta falta de ética u honradez, sa-

65 «En cuanto al AEP a que se refiere el recurrente y que consta documentado en acta notarial aportada a las actuaciones, más que un acuerdo serio de cara a solventar las deudas con los

biendo que se producirá su posterior rechazo, con la finalidad de poder alegar que «ha intentado» un AEP:

«Por ello, no puede modificarse el criterio del Juzgador de instancia que acertadamente ha resuelto, en el sentido que lo hace en su resolución, por cuanto que la única oferta que se hace por el deudor fue la de quita del 100% de sus deudas sin haber ofertado y ni siquiera un mínimo porcentaje de ese 25% del importe de los créditos ordinarios, de modo que resulta acertado el criterio del juzgador a quo expuesto en el segundo fundamento de derecho de su resolución y así ha de entenderse que no se ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, como se concluye en ese fundamento de derecho. Por último, y al haberse hecho referencia a la buena fe la relación con el acuerdo extrajudicial y la posibilidad de su intento, así como la carencia de activo alguno para pagar a los acreedores, incluso, en ese 25% de los créditos concursales ordinarios, debe indicarse que el principio de la buena fe, introducido en la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974, art. 7, no puede considerarse sólo como un elemento retórico del sistema jurídico, sino como elemento corrector del automatismo, de modo que en el ejercicio de los derechos antes los tribunales, los hechos han de ser valorados no sólo y únicamente desde el ajuste formal a la norma en que se amparan, sino también desde criterios que se muevan en el ámbito de la ética o la conciencia social, desde lo cual cabe definir la buena fe a que se refiere el citado art. 7 del Código Civil como norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a

acreedores que es su verdadera finalidad, parece un intento de cubrir el expediente de cara a obtener el beneficio, pues más parece una quita del 98.5% de las deudas, con una propuesta del pago del resto a diez años, que fue rechazado por todos los acreedores, sin ni siquiera intentar propuestas por ellos para modificarlo, ni estar interesados por asistir a la reunión propuesta por el mediador, en definitiva no se acreditan ni negociaciones serias con carácter previo al formular el acuerdo. Por lo tanto el haber tramitado de manera formal un AEP, no equivale a haber intentado el mismo como exige el art. 178.4 y por ello debe exigirse además de los requisitos que recoge el citado número, el abono del 25% de los créditos ordinarios, o bien cumplir con la vía alternativa del número siguiente del indicado precepto, por lo que al haber asumido que no se ha intentado de manera efectiva el AEP, debería haber abonado el porcentaje que se ha dicho de los créditos ordinarios, además de haber previsto la presentación de un plan conforme al párrafo 5 del mismo artículo, por ello y como reconoce la sentencia recurrida no se cumplen en este supuestos los requisitos para acceder el recurrente al beneficio que solicita» (SAP de Huelva, Sección 2ª, nº. 283/2017 de 15 mayo). «El diccionario de la RAE establece como acuerdo el «Convenio entre dos o más partes.», lo que de por sí ya significa que ambas han cedido en sus pretensiones, en contraposición con la imposición de una de ellas a la otra de las que pretende, como ocurre en el presente caso. Obviamente en el presente caso, por lo ya manifestado, no podemos llegar a otra conclusión que no se ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, pues la petición de que se le perdona el 100% de la deuda mal casa con intento serio alguno en tal sentido» (SJM de Logroño, nº. 40/2016, de 26 febrero).

las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena, en el precedente sentido STS de 21-9-1987, o como indica la de 11-5-1988 consiste la buena fe en que la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halla en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exige; siendo conveniente precisar con la STS de 27 de noviembre de 2006 que la buena fe forma parte de la normalidad de las cosas, que envuelve una situación de hecho, pero es también un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos (Sentencias de 5 de junio de 1999 , 17 de enero , 10 de julio y 18 de diciembre de 2001 , 28 de junio de 2002 , 6 de febrero de 2003). En este sentido SAP Madrid, Civil sección 19 del 14 de septiembre de 2012, nº 414/2012, Recurso nº 342/2012». (SAP de La Rioja, Sección 1ª, Sentencia nº. 188/2016, de 29 julio)⁶⁶.

Como señalan los jueces, debe efectuarse un intento serio, no meramente virtual o retórico, no encajando en ese «intento» meras conversaciones, amagos de reunión inespecíficos o tratos genéricos sin contenido⁶⁷. Llama la atención un

66 No obstante, debe analizarse el plan presentado con base a las circunstancias del deudor. De lo contrario, el acuerdo sería ficticio: «En el caso, resulta que la deudora sí realizó un ofrecimiento material de acuerdo, al menos comprensivo del 1% del importe de los créditos ordinarios y subordinados. Los actores incidentales no comparecieron a la reunión, siquiera para rechazar formalmente la propuesta. A partir de aquí, ese «algo más que la condonación total de sus créditos» como contenido mínimo de la propuesta de acuerdo extrajudicial al que alude la doctrina de la Sala Primera no solo debe ponerse en relación con el importe de los créditos vencidos, que es lo que hacen aquí los actores, sino también con la capacidad económica de la oferente y ahora concursada. Aquí cobra relevancia considerar que, al tiempo de celebración del acuerdo –y durante la tramitación del concurso–, la deudora únicamente disponía de un salario muy modesto y de un activo inmobiliario sujeto a privilegio especial, según resulta de la documentación acompañada a la solicitud de concurso y del informe del administrador concursal. Por eso su propuesta era suficiente y el acuerdo debe tenerse por efectivamente intentado, incluso según el riguroso criterio de análisis de la Sala Primera» (SJM de Valencia, Sección 3ª, de 5 de septiembre de 2019).

67 «Ahora bien, el «AEP» no ha de confundirse con conversaciones, tratos genéricos o intentos de acercamiento inespecíficos. Los arts. 234 y 236 recogen las pautas exigibles para que se inicie el proceso negociador. Ha de haber una propuesta de pagos y una convocatoria de reunión, previo traslado de esa propuesta del deudor y con citación que deje fehaciencia de la misma (asegure su recepción). Considera este tribunal que las cartas remitidas a las entidades bancarias en septiembre de 2015, invitando a ponerse en contacto con el abogado del deudor, no es suficiente para presentar la solicitud de exoneración en enero de 2017. No consta que el deudor haya realizado el esfuerzo mínimo exigible para concluir que el fracaso de dicho «AEP» no obedeció a su comportamiento. De hecho la citada S.A.P.B. 227/17 recoge la existencia de propuesta de acuerdo remitida a los acreedores por vía notarial, convocando a una reunión a la que no acudieron. SEPTIMO. En esta línea interpretativa la mayoría de la jurisprudencia. Así, S.s. A.P. Huelva, secc 2ª, 283/17, 15-5, Valencia secc 9ª 418/17, 5-7, AAAP. Baleares secc 5ª, 53/17, 30-3 , Santander, secc 4ª, 63/17, 12-5. Alguna de estas reso-

caso en el que la administración concursal señalaba que hubo intento de celebrar un AEP, pero los acreedores probaron que no era cierto, pues no existió tal intento—un posible ejemplo de mala praxis por parte de algunos profesionales—:

«En nuestro caso, no se aporta acuerdo alguno extrajudicial de pagos, ni plan de pagos, ni siquiera concurre la circunstancia de un intento serio y fundado de realizar los pagos; pues no constan intentos: ni de aplazamientos, ni de fraccionamientos, ni de daciones en pago, ni de cesiones de créditos, ni de posibles quitas o esperas de ningún tipo. La administración concursal hace en su escrito (f 869) una indeterminada e inespecífica referencia a «que se haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos a través de la mediación concursal». Ahora bien, ninguna constatación concurre de esa afirmación; dado que es negada por la parte acreedora recurrida y dado que con la parte acreedora no se constata, ni acuerdo, ni intento alguno de acuerdo de pagos (AAP de Palencia, Sección 1ª, nº. 73/2017 de 23 noviembre).

Cabe preguntarse si dicho requisito únicamente implica intentar negociar un acuerdo extrajudicial de pagos, dentro del marco establecido en los arts. 231 y ss. LC; o, también, se permiten intentos de negociación fuera del contexto pre-concursal —a través de la mediación hipotecaria, mediación de deudas, etc.—. Al parecer, ello podría intuirse —junto a la interpretación amplia y flexible postulada por diversos jueces— por las siguientes palabras:

«Como ya ha dicho este Juzgador en alguna ocasión fijando criterio para el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho del art. 178 bis, la exigencia principal se basa en la existencia de buena fe, que se logra [...] también en aquellos casos en los que, sin haber celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, se acredita la existencia de negociaciones previas serias con los acreedores y tendentes a llegar a un acuerdo con estos para, de algún modo, liquidar su deuda ya sea con aplazamientos, fraccionamientos o reducciones de deuda o de algún otro modo (daciones en pago, cesiones de créditos.....)». (Juzgado de Primera Instancia de Logroño (Provincia de La Rioja), Sentencia nº. 40/2016, de 26 febrero, [JUR\2016\230723]).

La buena fe exige a todo deudor y a los acreedores intentar renegociar el contrato incumplido o a punto de incumplirse. Impone a las partes contratantes

luciones señalan firmemente que el AEP ha de ser el del Art. 231 LC y otras, como mínimo exigen que se trate de un intento serio, no meramente virtual o retórico. El A.A.P. Baleares niega ese carácter el menor cruce de correos electrónicos. La flexibilidad se suele predicar en aquellos supuestos que por mor del tiempo no permitió al concursado acudir a dicho AEP (S.A.P.B. secc 15, 32/17, 13-2) (SAP de Zaragoza, Sección 5ª, 18 de julio de 2018, N° de Resolución: 559/2018).

esforzarse en modificar el contenido del contrato para permitir su viabilidad económica y la obtención del fin perseguido. En este caso, el art. 178 bis LC atribuye al deudor un claro deber de renegociación, cuyo incumplimiento –o falta de intento– provocará la denegación de la exoneración del pasivo insatisfecho, salvo que –como veremos a continuación– el deudor satisfaga un mayor número de deudas para poder beneficiarse del cauce de exoneración inmediata.

3.1.2. Requisitos específicos

Como indica el Tribunal Supremo, «en función de la alternativa que se tome, la exoneración inmediata del ordinal 4º o la exoneración en cinco años del ordinal 5º, se han de cumplir otras exigencias propias de esa alternativa. [...] El cuarto y el quinto, al regular dos vías o formas alternativas de exoneración del pasivo insatisfecho, contienen cada uno de ellos unos requisitos propios»⁶⁸. Dicho con otras palabras, el art. 178 bis LC establece un «test de buena fe» diferente, con requisitos propios, según el deudor escoja el cauce general o el cauce alternativo⁶⁹.

3.1.2.1. Requisitos específicos del cauce genérico

Si un deudor pretende obtener la segunda oportunidad a través del cauce general –o de exoneración inmediata–, además de cumplir con los requisitos comunes, deberá satisfacer el umbral mínimo exigido por la Ley Concursal (art. 178 bis.3.4º LC). En concreto, debe haber pagado la totalidad de los créditos privilegiados y contra la masa. No obstante, de no haber celebrado –o intentado celebrar– un acuerdo extrajudicial de pagos, deberá incluir, junto a tales créditos, la cuantía necesaria para sufragar el 25% de los créditos ordinarios⁷⁰. Se observa como la nor-

68 STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio.

69 «Para considerar al deudor de buena fe han de concurrir los requisitos que recoge el art. 178 bis 3, números 1º, 2º, 3º y 4º. Si no cumple con los requisitos del número 4º, también puede considerarse deudor de buena fe si cumple con los requisitos del número 5º y presenta el plan de pagos a que se refiere el art. 178 bis 6º» (SJM de Barcelona, de 31 enero 2018).

70 «El deudor instante del beneficio ha optado por la alternativa del ordinal 4º. Conforme a esta alternativa, es preciso «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». Esto es, para obtener la inmediata remisión de deudas es preciso que antes se hayan pagado todos los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, así como el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. Pero se elude esta exigencia del previo pago

ma pretende sancionar el incumplimiento del deber de renegociación, mediante un incremento del porcentaje de créditos a satisfacer por el deudor, si pretende acceder a la exoneración inmediata⁷¹. Así lo dispone el Tribunal Supremo:

«Esta referencia genera lógicas dudas de interpretación, pues conforme al ordinal 3º, ya se prevé que en todo caso el deudor haya instado el acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo al concurso consecutivo. El que en el ordinal 4º el alcance de los pagos que en todo caso deben haber sido satisfechos dependa de si se había intentado o no el acuerdo extrajudicial de pagos parece un contrasentido, pues se supone que si no hubiera sido así no se cumpliría el requisito anterior del ordinal 3º. 5. Ante estas dudas, la interpretación que sostiene la Audiencia resulta muy razonable. El requisito del ordinal 3º se refiere a que se hubiera instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, que al verse frustrado, dio paso al concurso consecutivo, a cuya conclusión por insuficiencia de activo el deudor interesa el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De modo que, a los efectos del ordinal 3º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos. Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores or-

del 25% del pasivo concursal ordinario, si previamente se «hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos» (STS, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 2019, N.º de Resolución: 150/2019).

- 71 «Parece que la Ley se inclina por entender que hay dos opciones para optar el beneficio de exoneración de pasivo, o bien, intentar previamente un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, o bien, pagar un 25% del pasivo ordinario. Esta parece ser la interpretación que ha acogido el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 150/2019, de 13 de marzo». (SAP de Barcelona, Sección 15ª, n.º. 680/2019, de 9 abril). Señala MARTÍN FABA: «pero por esta razón el art. 178 bis.1.4º penaliza al deudor no diligente con el pago del 25% de los créditos ordinarios, al contrario que al deudor que ha tratado de realizar el AEP que no deberá satisfacer ningún porcentaje de estos. Por tanto, la omisión por parte del deudor del intento de realización del AEP no puede conllevar por sí sola la desestimación de la solicitud del beneficio de exoneración, sino el aumento de la cuantía de créditos ordinarios a pagar, y no sólo por una interpretación literal del precepto, en tanto también por una interpretación lógica del mismo, a saber, que el deudor menos diligente deba satisfacer un mayor rango de pasivo insatisfecho que el concursado que ha intentado llegar a un acuerdo para solucionar su insolvencia». MARTÍN FABA, J.M. «El mecanismo de segunda oportunidad: Estado de la cuestión en la jurisprudencia», *op. cit.*, p. 141.

dinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4.º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos. Si, como ocurre en el presente caso, en la práctica no se ofrece nada, pues la propuesta era la extinción o quita del 100% de los créditos, hemos de concluir, como hizo la Audiencia, que no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Por esta razón, el Sr. Hipólito no podía obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por la alternativa del ordinal 4.º del art. 178 bis 3 LC, sin que previamente hubiera acreditado haber pagado el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios» (STS, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 2019).

Con tal requisito, generalmente podrán acceder al cauce genérico los deudores que, tras la liquidación de sus bienes y el valor obtenido, hayan podido satisfacer los créditos mencionados. Difícilmente un deudor cuyo concurso haya concluido por insuficiencia de masa activa pueda beneficiarse de dicho cauce procesal, salvo que el pago de tales deudas se produzca por terceros. Al parecer la buena fe también implica que el deudor pague, en el porcentaje fijado por el legislador, una parte de los créditos debidos. Tal exigencia u obligación de pago viene impuesta por la ejecución correcta del contrato (principio de obligatoriedad del contrato, según el art. 1258 CC). Si bien, aunque se ve atenuada por la filosofía de la segunda oportunidad, la norma muestra el deseo de que el deudor intente cumplir con la palabra dada y los compromisos asumidos, exigiendo para ello un pago parcial de las deudas –satisfacer el umbral mínimo–.

3.1.2.2. Requisitos específicos del cauce alternativo

Si el deudor opta por el cauce alternativo –al no poder satisfacer el umbral mínimo exigido de forma inmediata–, deberá cumplir los requisitos comunes y una serie de requisitos específicos previstos en el art. 178 bis.3.5º LC:

«Conforme a lo previsto en el ordinal 5.º del art. 178 bis LC, para la exoneración en cinco años, son necesarios una serie de requisitos propios. Al hacer mención a ellos empezaremos por los que no son cuestionados en este momento: es preciso que el deudor no haya incumplido las obligaciones de colaboración del art. 42 LC, lo que ordinariamente habrá podido quedar reflejado en la calificación culpable del concurso, pues constituye una presunción de concurso culpable (art. 165.1.2.º LC); que no haya obtenido este beneficio dentro de los diez años anteriores; que en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso no haya rechazado una oferta de empleo adecuada a su capacidad; y que acepte de forma expresa que la obtención de este beneficio se haga constar en el Registro Público Concursal. Además de estos requisitos,

se exige que el deudor acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6 del art. 178 bis LC» (STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio).

Como manifiesta el Tribunal Supremo, la norma «al articular la vía alternativa del ordinal 5º, bajo la ratio de facilitar al máximo la concesión del beneficio, pretende facilitar el cumplimiento de este requisito del pago de los créditos contra la masa y privilegiados, y para ello le concede un plazo de cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento». La intención del legislador ha sido crear un cauce alternativo a favor de aquellos deudores que no hayan podido acceder al cauce general, un cauce que les brinda la posibilidad de satisfacer el umbral mínimo exigido a través de un plan de pagos diferido en cinco años. Por lo tanto, será utilizado por deudores cuyo concurso haya concluido por insuficiencia de masa activa. Si bien, a diferencia de los deudores del cauce general –que tienen opción de intentar o no un AEP, variando el porcentaje de créditos a satisfacer–, los deudores del cauce alternativo deben haber celebrado –o intentado celebrar– tal acuerdo si pretenden acceder a tal cauce procesal. De hecho, la jurisprudencia lo señala como un requisito obligatorio ineludible, a tenor de lo dispuesto en la norma. La cuestión es: ¿Por qué no permitir a tales deudores un plan de pagos que pueda incluir, además de los créditos contra la masa y privilegiados, el 25% de los créditos ordinarios? La discriminación jurídica está servida. Señala la jurisprudencia:

«En consecuencia, será necesario haber celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos de manera ineludible solamente en el caso del párrafo 5º del art. 178 bis 3. En este sentido, el art.178 bis 3º establece que la celebración o el intento de celebración del Acuerdo Extrajudicial de Pagos es obligatorio para la exoneración para quienes pueden acudir a él (aquellos deudores personas naturales con pasivo inferior a 5 millones de euros, ex artículo 231). Los Autos de la AP Pontevedra, sección primera, de 25-1-16 y de la AP Murcia, sección 4ª, de 12-11-15, plantean esta cuestión y ambos tribunales concluyen que es un requisito obligatorio. El concursado don Carlos Alberto fue declarado en situación de concurso de acreedores por auto de 16 de septiembre de 2014 cuando ya estaba en vigor el Título X de la Ley Concursal relativo al Acuerdo Extrajudicial de Pagos, por lo que antes de pedir la exoneración del pasivo debería, al menos, haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos para que se le pueda aplicar el régimen de exoneración parcial del apartado 5º del art. 178 bis. 3 LC. El propio concursado en su solicitud de exoneración reconoce que no ha acudido al acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la interposición del concurso porque no estaba obligado a ello. Al no haberse celebrado ni intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el concursado no puede acudir a la vía del apartado 5º del art. 178 bis.3 LC, sino que tiene que utilizar la del apartado 4º. Conforme a esta vía (apartado 4º), no se le puede reconocer la exoneración del pasivo al concursado al no haber satisfecho, entre otros, los créditos con privilegio, en este caso el crédito de IFC con privilegio general. Por lo que procede estimar el presente incidente y de-

negar la exoneración solicitada» (SJM de Barcelona, nº. 54/2016, de 7 marzo de 2016; SJM de Barcelona, nº. 36/2016, de 2 marzo de 2016)⁷².

a) Aceptar someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6

En consecuencia, el primer requisito específico para optar a la concesión provisional por el cauce alternativo es aceptar el sometimiento al plan de pagos previsto en el art. 178 bis.6 LC. En cuanto a tal exigencia, el problema en sede judicial aparece a la hora de determinar si el plan de pagos debe presentarse en el momento de la solicitud o, bien, puede facilitarse en un momento posterior. Repárese en que la norma no exige presentar el plan de pagos, sino más bien aceptarlo. Por «aceptar someterse al plan de pagos» debe entenderse que el deudor, de forma previa a la sentencia que resuelva la exoneración, debe haber presentado –así como aceptado– un plan de pagos, ya sea en la solicitud de la exoneración o durante su tramitación. Aun así, podría interpretarse que sería suficiente la firma de un compromiso de aceptar el plan de pagos que se apruebe en un momento posterior. Y es que, por razones de lógica, la «aceptación» que exige el art. 178 bis.3.5º solo podría ser posterior a la presentación de un plan de pagos, ya sea aprobado por el juez en los términos presentados o con las modificaciones que estime oportunas más adelante. Sobre tal asunto, se manifiesta:

«Nótese que la letra no exige expresamente la aportación a la solicitud de tal plan de pagos, sino solo que el deudor «acepte someterse» a él. Lo que nos lleva a la siguiente cuestión: ¿Se trata de una aceptación genérica a un plan aún no elaborado? ¿O se exige que la aceptación sea a un concreto plan de pagos que ha de proponerse para

72 «Por otro lado, una segunda modalidad de exoneración –aplicable al caso que nos ocupa– sería aquella prevista para los concursos que concluyen por insuficiencia de masa activa o mediante liquidación sin haber satisfecho la totalidad de los créditos privilegiados, y en los que el deudor acepta someterse a un plan de pagos sin necesidad de haber satisfecho el mencionado umbral de pasivo mínimo. En este segundo caso será absolutamente imprescindible «haber celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos» (art. 178 bis 3.3º LC), de tal manera que si no se intentó el acuerdo extrajudicial de pagos y no se satisface el umbral de pasivo mínimo del art. 178 bis 3.4º de la LC (25% del crédito ordinario), el deudor quedaría fuera del ámbito de aplicación de la exoneración concursal» (SAP de Valladolid, Sección 3ª, nº. 14/2019, de 17 enero). «En la interpretación que mantenemos, el deudor que reúne las condiciones del artículo 231 de la LC y no ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos previo no puede utilizar la vía del plan de pagos, la del nº. 5º del artículo 178 bis 3; solo puede acceder al régimen de segunda oportunidad tras haber pagado en liquidación los créditos contra la masa, los privilegiados y el 25% de los ordinarios» (AAP de A Coruña, Sección 4ª, nº. 94/2017, de 11 julio).

que la administración concursal pueda informar al mismo tiempo sobre la exoneración pretendida y sobre la viabilidad del plan? [...]. La lógica de la economía procesal, nos indica que lo ideal sería que, escogida esta vía de satisfacción por el deudor en su solicitud, acompañase tal propuesta desde el inicio (solicitud) de manera que se sustancie su aprobación y aceptación dentro del mismo incidente concursal, resolviendo en la sentencia sobre la solicitud de exoneración y el plan de pagos. Por otro lado, dado el tenor literal del precepto, la aceptación que se exige sólo puede ser posterior a la aprobación del plan que puede diferir mucho del que el deudor haya podido proponer, y tal aceptación exige necesariamente la consecución del trámite previo del apartado 6. Este hecho y la ubicación del apartado y refiriéndose al pago de las «deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior (5)», más bien sugiere que la proposición del plan concreto, su contradicción y aprobación debe ser posterior a la solicitud de exoneración, pero anterior a la sentencia que resuelva la exoneración (esta tramitación coetánea se deduce también de la Sentencia de AP Baleares, sección 5ª de 21 de septiembre de 2016; Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, en Sentencia de 2 de enero de 2018. Si la sentencia debe evaluar la buena fe del solicitante sobre la base de su aceptación de un concreto plan de liquidación, ese concreto plan debe estar aprobado y aceptado con anterioridad al dictado de la sentencia en el incidente que resuelva la solicitud de exoneración. Ello no exige necesariamente que el plan se proponga con la solicitud (aunque sería lo deseable), pero sí durante la tramitación del expediente (en especial al contestar a la demanda). Así las cosas, ha de criticarse del deudor que, tras las oposiciones planteadas, no tomara la iniciativa en el incidente abierto y aprovechara el trámite de contestación para presentar el plan previsto en art. 178 bis 6 LC» (SAP de Valencia, Sección 9ª, nº. 986/2018 de 16 octubre)⁷³.

Confiriéndose tal plazo de presentación, la falta de aportación del plan de pagos supondrá el incumplimiento de tal requisito, no pudiendo obtenerse la exoneración por el cauce alternativo. Pero claro, surge la controversia en torno a que se entiende por «plan de pagos». Señala la jurisprudencia que será «aquel instrumento que prevé con detalle un calendario de pagos de una deuda (en este caso, la totalidad del pasivo no exonerado)⁷⁴. En concreto, como establece el Tribunal Supremo, atendiendo a que el «plan de pagos afecta a los créditos que no se verán

73 «Debemos dejar claro que la oposición a la que se refiere el art. 178 bis.4 es a la concesión del beneficio, que debe formularse con claridad y en forma de demanda para poder instar el correspondiente incidente concursal, y en la que se cuestione la concurrencia de los requisitos del deudor de buena fe, donde no es imprescindible la aportación del plan de pagos sino que la ley indica que «acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6», cuyo contenido se discute en un segundo momento» (SAP de Barcelona, Sección 15ª, 29 de junio de 2018, Nº de Resolución: 475/2018). Vid. SAP de Valladolid, Sección 3ª, nº. 14/2019, de 17 enero.

74 SAP de Valladolid, Sección 3ª, nº. 14/2019, de 17 enero.

afectados por la exoneración», habrá «que precisar cuáles serán estos créditos, en contraposición a los que sí serán objeto de exoneración»⁷⁵. Algunos jueces consideran necesario que deben establecerse los ingresos previstos o previsibles⁷⁶ y otros, no lo estiman necesario⁷⁷. En cuanto a lo anterior, si la jurisprudencia exige un «intento serio» de AEP, lo coherente sería demandar, del mismo modo, un plan de pagos real, no ficticio, donde aparezcan los ingresos presente y futuros –a obtener por el compromiso de buscar empleo, etc.– y, de ser posible, fijar garantías de pago. Tal es así, que los jueces –con mayor o menor acierto– ya han denegado la concesión provisional de la exoneración por presentar planes de pagos que no reúnen los «requisitos mínimos»⁷⁸. Lo que no se puede, bajo la filosofía del cauce

75 STS, Sala de lo Civil, n.º 381/2019 de 2 julio, cit.

76 «Al hilo de lo anterior y lamentando lo mucho, lo propuesto no es un verdadero Plan de Pagos al que se refiere la ley, que mínimamente pueda dar satisfacción a los acreedores. Sin ingresos previstos ni previsibles y con tan solo un «compromiso», de buena fe sin duda, de dedicar la parte «realizable» (sin contar «lo inembargable») al pago, ello nos lleva indefectiblemente a desestimar la pretensión, sin que haya lugar a imponer costas de este incidente» (JM de Valladolid, Sección 1ª, 23 de marzo de 2018, N.º de Resolución: 42/2018).

77 «No tendría, por tanto, que incluirse necesariamente en el plan para su aprobación la financiación o recursos necesarios para hacer frente a los plazos propuestos en el plan, de la misma manera que tampoco es exigido expresamente el ofrecimiento de garantías por el deudor en beneficio de sus acreedores» (SAP de Valladolid, Sección 3ª, n.º 14/2019 de 17 enero).

78 Resulta cuestionable la siguiente resolución: «Lo que propone es: «1. Que con referencia a los ingresos que en estos momentos percibe mi mandante, absolutamente irregulares y, mientras no devengan a mejor posición de ingresos, se obligan a destinar, al menos, la mitad de los percibidos durante el plazo de cinco años a contar desde la firmeza de la resolución que conceda la exoneración provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables, en los términos de esfuerzo que señala el art. 178.bis 8º LC, para el pago de los créditos no exonerados. Al finalizar el plazo establecido se ofrecerá la oportuna y justificada rendición de cuentas. «Lo que manifiesta la concursada sobre ellos es que no cabe realizar otro. No puede aportar ninguna garantía pues como ha quedado evidenciado en el procedimiento carece de bienes, salvo un vehículo de más de diez años. En estos momentos no tiene una actividad laboral que le permita generar ingresos. El único compromiso que dice puede realizar en congruencia con la Ley Concursal en el art. 178 bis.6 LC, en los términos de esfuerzo que determina, es el destinar para su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional de beneficio que no tuviese la consideración de inembargables. Al hilo de lo anterior y lamentando lo mucho, lo propuesto no es un verdadero Plan de Pagos al que se refiere la ley, que mínimamente pueda dar satisfacción a los acreedores. Sin ingresos previstos ni previsibles y con tan solo un «compromiso», de buena fe sin duda, de dedicar la parte «realizables» (sin contar «lo inembargable») al pago, ello nos lleva indefectiblemente a desestimar la pretensión, sin que haya lugar a imponer costas de este incidente» (Juzgado de lo Mercantil de Valladolid, Sección 1ª, 23 de marzo de 2018, cit.). En otro proceso judicial, se rechaza el plan de pagos por contener una

alternativo, es exigir que el deudor tenga ingresos presentes para pagar el pasivo no exonerable. Ante la posible disparidad de criterios, se necesita cierta armonización.

b) No haber incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42

A los deudores del cauce alternativo se les exige que no hayan incumplido las obligaciones de colaboración del art. 42 LC (deber de información, de comparecencia, de asistencia, etc.). Es cierto, como señala el Tribunal Supremo, que tal incumplimiento «habrá podido quedar reflejado en la calificación culpable del concurso, pues constituye una presunción de concurso culpable»⁷⁹. En consecuencia, puede parecer un requisito redundante, pues tales conductas se habrán valorado en un momento anterior para observar la culpabilidad del concurso. Sin embargo, esta exigencia está generando diversas dudas de interpretación⁸⁰. Puede

mera cesión de bienes: «La acomodación de la solicitud del Sr. Gervasio tendría que haber pasado por la presentación por éste de un plan de pagos conforme a los requisitos que están expuestos en el apartado 6 del artículo 178 bis de la LC, lo cual no fue cumplido por aquél. El plan de pagos exige la plasmación en un soporte documental del compromiso de efectuar el pago de los créditos concernidos en un plazo máximo de cinco años, según un calendario o relación de fechas concretas para efectuar cada pago que debe quedar establecido en él. Ésta exigencia legal no la cumplió, sin embargo, el Sr. Gervasio en el escrito que aportó ante el juzgado, sino que, por el contrario, trató, claramente, de soslayarlo con una mera apariencia de cumplimiento de la ley, cuando, en realidad, se trataba de todo lo contrario. Porque lo que hizo fue limitarse a mencionar en el texto de su escrito que su propuesta de plan de pagos era, simplemente, proceder a la entrega del vehículo a la financiera (y no señalar un calendario sobre la cadencia temporal de los pagos a efectuar a ésta). Pero eso no constituye plan de pago alguno, sino una propuesta de convenio o acuerdo para la extinción de un crédito privilegiado, cuando una solución de ese tipo sólo podría ser admisible en otra clase de escenario concursal (el convenio, el acuerdo extrajudicial, etc), que aquí no cabría reproducir. El plan de pagos no existía en este caso, no sólo porque materialmente el concursado no se molestó en elaborarlo como tal, sino porque la mera alusión que al mismo se efectuó en el seno de su escrito no estaba dotada del contenido suficiente para permitir equipararlo a tal» (AP de Madrid, 1 de enero de 2019, Nº de Resolución: 47/2019).

79 STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio, cit.

80 «[...] la quiebra de las obligaciones de colaboración que prevé el art. 42 LC solo es relevante aquí en términos determinantes de una calificación culpable, lo que en el caso no sucede habiendo sido el concurso calificado como fortuito. Esa interpretación puede verse en los razonamientos de la STS, 1ª, de Pleno, de 2 de julio de 2019, Ponente Ignacio Sancho Gargallo, sobre el concepto normativo de buena fe, frente al criterio de alguna jurisprudencia menor

considerarse «que mientras en el ámbito del art 165 LC se ubican los incumplimientos más graves y de mayor entidad del deber de cooperación, con una reproche culpabilístico agravado (dolo o culpa grave), en la esfera de la exoneración de deudas, se comprenden incumplimientos más livianos o sin tanta entidad, en el caso concreto en el que se pretenda este beneficio»⁸¹. De modo que, estaríamos ante una divergencia de trato respecto a los deudores del cauce alternativo, cuyo *standard* de buena fe sería más exigente. En este sentido, se manifiestan ciertos Tribunales:

«Otros argumentos a considerar, desde el punto de vista sistemático, es que el art. 178 bis LC hace remisión al art. 42 LC y no al art. 165 LC. Si el legislador hubiera querido equiparar el deber de colaboración exigible en sede de calificación – aunque hubiera sido reiterativo como expresa la sentencia citada – se hubiera remitido al art. 165 LC y no al art. 42 LC. Ello tiene trascendencia porque se desliga este deber de colaboración de la generación o agravación de la insolvencia del deudor o de su incidencia en el estado del concurso, bastando que el incumplimiento se refiere a cuestiones «necesarias o convenientes para el interés del concurso» (SAP de Valencia, Sección 9ª, nº. 1133/2018, de 21 noviembre)⁸².

De seguirse tal línea de interpretación, mientras a los deudores del cauce general se les exige que la falta de colaboración haya sido detonante de la generación o agravación de la situación de insolvencia, a los deudores del cauce alter-

que considera que ese deber de colaboración relevante para la aplicación del art. 178 bis LC es distinto de la causa de culpabilidad del concurso prevista en el art. 165.1.2ª LC, así la SAP Murcia, 4ª, núm. 27/19, de 10 de enero» (SIM de Valencia, Sección 3ª, de 5 de septiembre de 2019).

81 SAP de Murcia, Sección 4ª, de 8 de septiembre de 2016.

82 En dicha sentencia se excluye a una deudora por falta de colaboración que se exteriorizó de la siguiente forma: «No es de recibo que, solicitado y declarado el concurso de acreedores, la deudora actúe al margen del mismo y sin relación con el AC. Precisamente por ello en la primera reunión con el AC ésta facilitó las instrucciones a la deudora y su Letrado para actuar conforme a la Ley Concursal y en interés del concurso. Sin embargo, la deudora dejó de atender las peticiones de información del AC, dejó de acudir a las reuniones y omitió cualquier relación con el AC. Ha realizado pagos al margen del concurso, ya fuera mediante la cuenta bancaria de su hija o personalmente a través de ventanilla; ha decidido recibir pagos de la AEAT fuera de la cuenta intervenida del concurso, por la razón que fuera; ha omitido información al AC de los gastos o pagos llevados a cabo y desconocemos actualmente cuáles son los créditos pendientes; no se sabe si actualmente trabaja o está buscando empleo; etc. Es más ni siquiera sabemos qué gastos y por qué cuantías se habrían abonado, aun tomando por cierta la versión de la deudora».

nativo se les podría sancionar con la denegación de la concesión provisional de la exoneración de deudas por el simple hecho, pongamos por caso, de haber omitido información, a pesar de que se trate de un incumplimiento leve del deber de colaboración. Siendo así, la Ley Concursal elevaría el *standard* de buena fe. Será la jurisprudencia la que nos muestre si la culpa leve o la mera negligencia en el cumplimiento del deber de colaboración será capaz de excluir a tales deudores.

c) No haber obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años

El legislador consideró conveniente poner un límite temporal para poder disfrutar nuevamente del cauce alternativo. En concreto, ha establecido la necesidad de no haber obtenido el beneficio de la exoneración de deudas en los diez últimos años –aunque existen dudas interpretativas en torno al comienzo del cómputo, si desde la concesión provisional o definitiva–. De este modo, puede ocurrir que un deudor del cauce general pueda usar al año siguiente nuevamente tal cauce para beneficiarse de una liberación de deudas. O bien, de haber utilizado el cauce alternativo, nada impedirá que acuda al cauce general. En cambio, un deudor que haya utilizado cualquiera de los cauces –general o alternativo–, de no poder acceder al primero ante una nueva situación de insolvencia –por no poder satisfacer el umbral mínimo exigido–, no podrá acogerse al cauce alternativo, si hubiera obtenido tal beneficio en los últimos diez años. Esta limitación no resulta comprensible.

Aunque el legislador pretende establecer un límite temporal que impida, al parecer, el uso abusivo de la exoneración de deudas, no se entiende que dicha restricción solo opere en el cauce alternativo. Considero que su inclusión es innecesaria, no solamente por el trato discriminatorio a nivel jurídico –se discrimina al que no tiene recursos suficientes para una exoneración inmediata–, sino debido a que la buena fe constituye un límite más que «suficiente», al ser un elemento que, con carácter general, ya impide la entrada a deudores culpables y responsables de su endeudamiento. Si un deudor cae en situación de insolvencia de nuevo, se valorará su culpabilidad y, si fuera responsable, no tendrá derecho a la liberación de deudas. La buena fe es un elemento de control óptimo para evitar abusos futuros, sin necesidad de prever plazo alguno. Es posible que un deudor caiga perfectamente en una fatídica situación económica dos veces en un plazo de diez años y que se deba a causas imprevistas o inevitables. ¿Acaso es coherente negarles una segunda oportunidad si realmente lo merecen por su buena fe?, ¿No va esta negación en contra de los postulados básicos de este tipo de normas? Fijar un plazo mínimo para su nuevo disfrute resulta una medida desproporcional, capaz incluso de permitir resultados injustos. Piénsese que nada impide que un deudor, al que se le haya denegado la exoneración en el cauce general por incumplir los

deberes de colaboración, pueda iniciar un nuevo proceso. En el nuevo proceso no podría valorarse la buena fe procesal del consumidor insolvente y, a pesar de su mala fe anterior, podrá solicitar otra vez la segunda oportunidad⁸³. En cambio, a un deudor de buena fe, que haya caído nuevamente en situación de insolvencia, que solo pueda optar al cauce alternativo, ¿se le debe limitar el acceso a la segunda oportunidad? El laberinto jurídico puede amparar a deudores deshonestos.

Dicho lo anterior, este requisito no conecta de ningún modo con la buena fe, pues imponer un límite temporal para impedir un «abuso procesal» cuando estamos ante un deudor honesto y merecedor, denegándole una nueva exoneración de deudas, supone un atentado contra la filosofía de la segunda oportunidad. Más todavía si, en cambio, de estar ante nuevas situaciones de insolvencia, se permite su uso reiterado (sin limitación de tiempo) a deudores, siempre que hagan uso de forma exclusiva del cauce general o exoneración inmediata. La situación sería diferente si tal plazo se aplicara a cualquier deudor, con independencia del cauce que vaya a utilizar nuevamente, justificándose en evitar el uso abusivo del beneficio⁸⁴. Sería una forma de obligar a ser diligente tras la concesión de la exoneración de deudas. Aun así, consideraría contraria tal limitación a los postulados del *fresh start*⁸⁵.

d) No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad

La norma impone, al deudor que pretenda exonerarse con un plan de pagos, que no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración

83 Se invita a los deudores a incumplir el deber de colaboración. Si, a pesar de ello, obtienen el beneficio de la exoneración de deudas, consiguen la segunda oportunidad. Pero si tales deudores son «cazados», sin superar el «test de buena fe», podría darse la paradoja de que la buena fe procesal no pueda valorarse en un nuevo proceso concursal, salvo que el juez entienda que la falta de colaboración en el anterior proceso denota la culpabilidad o responsabilidad de su situación de insolvencia. Sería una forma de evitar tales abusos procesales.

84 Por tal motivo, en la Proposición de Ley de Segunda Oportunidad, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, el 2 de febrero de 2018, se pretende introducir un art. 178 ter, recogiendo un límite temporal común a todos los deudores: «No podrán solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el supuesto previsto en este artículo: [...] Quienes hubieran obtenido el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los últimos cinco años anteriores a la fecha de la solicitud».

85 Lo importante es, como señala CUENA CASAS, mejorar la educación financiera del consumidor para evitar una nueva situación de insolvencia. Vid. CUENA CASAS, M. «El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», *op. cit.*, pp. 41 y ss.

del concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad. Ello resulta razonable, pues como se indica «el deudor tiene que hacer todo lo posible por obtener ingresos y satisfacer los intereses de los acreedores» (CUENA CASAS, M., 2016, pp. 43 y ss.). La fijación legal de tal requisito resulta innecesaria y redundante, además de ser impreciso e incompleto. Para comenzar, tal conducta se puede –y debe– valorar en la calificación del concurso como culpable o fortuito. Y es que, con base al criterio general de calificación, se podría considerar culpable la acumulación de deudas por una actitud pasiva, despreocupada, interesada o defraudadora por parte del deudor (como la ausencia de búsqueda de empleo u otras fuentes de ingresos). No puede considerarse de buena fe un deudor cuya actitud evidencia la falta de interés o desidia en la búsqueda de un empleo adecuado para cumplir sus deudas⁸⁶. Por lo tanto, tal conducta sería valorable tanto en el cauce general como alternativo, en la calificación del concurso. Aquí será la jurisprudencia la que deba delimitar cuando concurriría tal supuesto y las circunstancias a valorar (edad, situación familiar, formación académica, etc.). Hecha tal consideración, y centrándonos en el requisito perfilado por el legislador, su formulación no es la más correcta, siendo necesario efectuar una serie de aclaraciones y críticas.

Aquí el legislador pretende que se valore negativamente una conducta pasiva del deudor (no haber rechazado una oferta de empleo). Pero claro, una persona puede estar perfectamente en su hogar y no recibir ninguna oferta de empleo. Debería valorarse, además, la existencia de una conducta activa en la búsqueda activa de empleo, como ocurre expresamente en otros países (Portugal, Alemania, etc.). No obstante, como señalé anteriormente, tal actitud debería valorarse dentro de la sección de calificación (conducta omisiva que ha permitido la agravación del endeudamiento). Asimismo, la aplicación de tal precepto plantea ciertos interrogantes. Hay que preguntarse qué significa tener «una adecuada capacidad» e interpretar convenientemente si se refiere a cualificación profesional, a capacidades personales, a tener títulos o formación para ese trabajo, etc. Piénsese que un abogado en paro puede ser apto o tener capacidad física para trabajar en la agricultura, pero no ser un trabajo apto por su formación académica. Además, habría que plantearse si la aplicación de tal precepto puede atentar contra el derecho a

86. Si un deudor, pudiendo trabajar, no se esfuerza en buscar trabajo, no acepta ofertas de trabajos aptas con su capacidad como profesional, este deudor estaría adoptando una actitud pasiva en detrimento del contrato y del interés de su acreedor, pues no intenta acceder o hacer uso de una fuente de ingresos que le permita pagar el préstamo concedido. Incluso con esta conducta estaría creando o agravando su situación de insolvencia.

escoger un empleo⁸⁷. Con tales interrogantes, este requisito está llamado a suscitar gran controversia judicial. El tiempo nos permitirá apreciar cómo se perfila por los tribunales.

e) Aceptar de forma expresa que la obtención del beneficio de exoneración se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años

Finalmente, como último requisito exigido a los deudores que opten por el cauce alternativo, es necesario que se acepte de forma expresa, no tácita, que la obtención provisional de la liberación de deudas conste en la sección especial del Registro Público Concursal durante un plazo de cinco años. Esta aceptación muestra buenas intenciones por parte del deudor, pues otorga su consentimiento para constar en un registro que va a permitir a los acreedores poder controlar y garantizar la posible concesión de nuevos préstamos a su favor, teniendo en cuenta la existencia de un plan de pagos para satisfacer los créditos no exonerables. Este mecanismo de control es coherente, pues no debemos olvidar que durante un plazo de cinco años el deudor debe hacer el esfuerzo de pagar tales deudas. Dicho plan podría verse mermado si el deudor solicita préstamos, aumentando su endeudamiento. Ello no significa que tenga vedado el acceso al crédito, aunque es cierto que los acreedores no serán proclives a darle financiación. Sin embargo, resulta oportuno que el acreedor conozca que el deudor se está sometiendo a un plan de pagos, porque así es consciente de la parte de sus ingresos que están siendo destinados a dicho plan.

3.2. La buena fe en la concesión provisional de deudas: ¿Concepto abierto o cerrado?

Una de las cuestiones que se planteó la doctrina en torno al concepto de buena fe recogido en el apartado tercero del art. 178 bis LC, fue su carácter abierto o cerrado. Se trata de una cuestión fundamental, pues, según la interpretación seguida, los tribunales podrán –o no– valorar la conducta del deudor atendiendo

87 Art. 35 CE: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

a otros hechos o actos no previstos en la norma. La doctrina mayoritaria defiende la existencia de un concepto cerrado, pues el precepto recoge de forma enumerada y tasada las circunstancias que denotan la buena fe del deudor. En este sentido, se manifiesta Pulgar Ezquerro, al hablar de un «concepto legal y no valorativo»⁸⁸; y Carrasco Perera, al señalar que se trata de un «concepto normativo»⁸⁹. Tal pensamiento ha sido acogido por diversa jurisprudencia, que afirma que no estamos ante un «concepto jurídico genérico y valorativo»⁹⁰, sino un «concepto normativo»⁹¹, señalando algunos tribunales que «la buena fe no se valora en cada caso, desde un prisma subjetivo sino objetivo»⁹². Tal es así, que manifiesta el Tribunal Supremo lo siguiente:

- 88 PULGAR EZQUERRA, J. «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley*, 8538, 2015. [LA LEY 3249/2015].
- 89 CARRASCO PERERA, A. F. «El mecanismo de segunda oportunidad para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: Realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 2015, p. 4.
- 90 «Antes de nada debe indicarse que a juicio de la Sala en este incidente no estamos enjuiciando la existencia de la buena fe como un concepto jurídico genérico o abierto sino que el art. 178 bis LC establece unas presunciones, iuris et de iure, de la concurrencia de dicha circunstancia. Así el art. 178 bis LC, en lo que a este punto interesa, expresa: «3. Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: [...]» (SAP de Segovia, Sección 1ª, nº. 273/2017 de 27 diciembre).
- 91 «El objetivo principal perseguido con este instituto jurídico es modular el rigor de la aplicación del art.1911 CC, equiparando el principio de limitación de responsabilidad en las personas jurídicas a favor de personas físicas con la finalidad de permitir la recuperación económica del deudor. La determinación de la concurrencia de esta última condición, que es la discutida por las partes, no es una facultad discrecional del juez, sino que es un concepto jurídico normativo, constituye una presunción iuris tantum condicionada al cumplimiento de cinco requisitos, tres de ellos comunes y dos alternativos que conforman dos modelos distintos de segunda oportunidad» (SJM Murcia, Mercantil sección 1ª, del 10 de marzo de 2016).
- 92 «Por el contrario, hoy en día, gozamos de uno de las regulaciones más liberales sobre este particular, en comparación con otros países de nuestro entorno. En concreto, el mecanismo de la segunda oportunidad o «fresh start» está regulado en el art. 178 bis LC y a diferencia de otras legislaciones, pueden optar a él todas las personas físicas, sean comerciantes o no comerciantes, siempre que sean de buena fe. Ahora bien, a diferencia de otros países, la buena fe no se valora en cada caso, desde un prisma subjetivo sino objetivo, debiendo el deudor cumplir los tres primeros requisitos que prevé el artículo 178 bis número 1ª, 2ª y 3ª y posteriormente, accederá a la exoneración siempre que haya pagado una parte de la deuda o haya destinado gran parte de sus ingresos, a intentar pagarla dentro de un plazo determinado. En concreto. El artículo 178 bis de la LC prevé la posibilidad de que el juez del concurso acuerde

«Sobre la base de este presupuesto, la ley exige una serie de requisitos en el apartado 3 del art. 178 LC, bajo una dicción un tanto equívoca. El precepto afirma que «sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe». Y a continuación explica qué se entiende por buena fe, al ligar esta condición al cumplimiento de unos requisitos que enumera a continuación. La referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del art. 7.1 CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC. La naturaleza de estos requisitos es heterogénea». [...] Por lo tanto, la denuncia de la inexistencia de buena fe exigida por el art. 178 bis 3 LC se debe ceñir al cumplimiento de estos requisitos (STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio).

Al parecer, la intención del legislador es no dejar la apreciación de la buena fe bajo la discrecionalidad judicial. Por tal razón, algunos autores, como Tomás Tomás, ven oportuno suprimir la referencia a la «buena fe»⁹³. No obstante, aunque es cierto que la valoración de la buena fe del deudor debe centrarse esencialmente en las circunstancias tasadas dentro del art. 178 bis LC, resultaría adecuado—a través de una interpretación teleológica de la norma—, permitir que en ocasiones puedan alegarse otras circunstancias que denoten la mala fe del deudor. Piénsese que, a veces, existen cambios en la sociedad, lagunas o deficiencias técnicas que impiden la valoración y exclusión de ciertos comportamientos moralmente reprochables. Pongamos por caso, el deudor que incumple los deberes de colaboración, siendo declarado de mala fe, pero poco tiempo después, vuelve a presentar solicitud de concurso ante su situación de insolvencia. El incumplimiento del deber de colaboración no podría valorarse en el nuevo proceso por haberse producido en un proceso anterior, salvo que pueda subsumirse dentro del llamado criterio general de calificación del concurso como culpable. Ante tal situación, los deudores podrían verse tentados a obrar de mala fe, a sabiendas de que en caso de ser «pillados» podrían solicitar nuevo concurso y la segunda oportunidad. Podría resultar lógico que se defienda un concepto abierto de buena fe. La seguridad jurídica no debe garantizar únicamente la certeza del Derecho, sino la consecución de resultados justos. De no ser así, se podría mantener un sistema de aplicación

la exoneración del pasivo no satisfecho siempre que concurren los siguientes requisitos incluidos: [...]» (SAP de La Rioja, Sección 1ª, nº. 188/2016 de 29 julio). En este mismo sentido, se señala: «En primer lugar, debe señalarse que el concepto de «buena fe» que aquí se examina no es moralizante, sino de contenido normativo: la buena o mala fe del concursado resultan del cumplimiento de los requisitos que el precepto que analizamos enumera y no de otros» (SIM de Valencia, Sección 3ª, de 5 de septiembre de 2019).

93 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», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2016, [BIB 2016\1096].

segura, pero de prácticas injustas. Siendo así, y como vaticiné⁹⁴, no es de extrañar que algunos jueces defiendan un concepto *apertus*, aunque no fuera aplicado con mucho acierto en ese caso concreto –pues resulta criticable que se declare a un deudor de mala fe por haber sido condenado como culpable en otro concurso, no relacionado con su situación de insolvencia⁹⁵–:

«Al respecto, debe dilucidarse la controversia relativa al carácter abierto o cerrado de la relación de requisitos que para la apreciación de la exigencia de buena fe se contiene en el apartado 3 del artículo 178 bis. Sobre el particular, debe señalarse en primer lugar que no parece razonable entender que pese a advertirse la concurrencia de un supuesto en el que pueda descartarse la buena fe del deudor, la falta de inclusión del mismo en los recogidos en el referido precepto deba determinar la apreciación de la concurrencia de tal supuesto, por lo que una interpretación razonable de aquel exige entender que los requisitos relacionados en el apartado 3 del artículo 178 bis constituyen un mínimo para la apreciación de la buena fe del deudor, que puede no obstante descartarse por la concurrencia de otras circunstancias. Del mismo modo que en la regulación del instituto penal de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, de cuyas fuentes bebe la figura introducida en el artículo 178 bis de la LC, el Código Penal establece unos mínimos que deben concurrir en todo caso, pero que por sí mismo no son suficientes, en la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho la concurrencia de los requisitos recogidos en el apartado 3 del precepto constituye un mínimo en sí mismo insuficiente, que precisa además de la falta de advertencia de cualquier circunstancia que pueda descartar la buena fe del deudor, entre las que, no parece haber lugar a la duda, debe incluirse la condena como afectado por la calificación de otro concurso. Y en segundo lugar, que tratándose la figura de una norma no sólo no sancionadora, sino todo lo contrario, resulta necesario el recurso a la analogía, de acuerdo con el artículo 4 del Código Civil, en cuya virtud «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Y parece obvio que el apartado 3 del artículo 178 bis de la LC no ha contemplado la posibilidad de previa condena del concursado como afectado en la calificación de otro concurso culpable de una sociedad como supuesto de exclusión

94 BASTANTE GRANELL, V. *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad*, cit., p. 218.

95 «A mi juicio no es del todo coherente la decisión del Juez Mercantil, porque el hecho de que el solicitante del beneficio de exoneración del pasivo pendiente haya sido afectado en la calificación de otro concurso culpable de una sociedad a la que estaba vinculado, no significa que en el concurso del que trae causa la solicitud de remisión el deudor concursado, totalmente deslindado del que le precede, no haya actuado el deudor con la diligencia debida y acorde a las exigencias de la buena fe que requiere el artículo 178 bis LC, más aún cuando el concurso ni siquiera ha sido calificado como culpable». MARTÍN FABA, J.M. «El mecanismo de segunda oportunidad: Estado de la cuestión en la jurisprudencia», *op. cit.*, p. 142.

del requisito de la buena fe, no obstante lo cual existe total identidad de razón entre el supuesto previsto y el concurrente en el caso litigioso, y por tanto resulta de aplicación por vía analógica» (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, de Palencia, Sentencia de 23 noviembre [AC\2018\1079]; Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Palencia, Sentencia de 6 abril, [JUR\2017\167496]).

Dicho lo anterior, considero que la defensa rígida de un concepto abierto se irá atemperando con el transcurso de los años, ante la observancia de actos o hechos de mala fe –no recogidos en la norma–, que irán justificando, en defensa de la filosofía de la segunda oportunidad, el acogimiento paulatino y lento de un concepto abierto de buena fe.

3.3. Control y prueba de la buena fe: Su presunción a debate

La doctrina indica que dentro de «la normativa concursal la buena fe no se presume» (Fernández Seijó, 2015, p. 207)⁹⁶, por lo que corresponde al deudor acreditar las circunstancias recogidas en el apartado tercero art. 178 bis LC. Siendo así, al formular la solicitud de la exoneración provisional, el deudor deberá aportar los medios de prueba suficientes para obtener su pretensión de liberación de deudas, así como exponer los fundamentos jurídicos que resulten oportunos⁹⁷. El escrito funcionaría como una especie de demanda⁹⁸. Luego, con base al apartado cuarto

96 FERNÁNDEZ SEIJÓ, I. M. *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, cit., p. 207.

97 Sobre este punto, cierta jurisprudencia ha señalado que ciertos requisitos no deben ser probados por el deudor, por constituir una prueba diabólica: «En cuanto a las condenas penales y a las ofertas de empleo pone de manifiesto que la acreditación de estos elementos, de carácter negativo, supone una prueba diabólica. [...] En lo que respecta al posible rechazo de una oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso, asiste la razón a la concursada porque ha de entenderse que probar un hecho así supone una prueba diabólica. En este caso es la parte demandante la que indiciariamente, cuanto menos, debe aportar un sustrato probatorio de su alegación. La concursada, con fundamento en el principio de interdicción de la *probatio* diabólica, considera que queda eximida de probar lo relacionado con el apartado segundo del punto tercero del artículo 178bis» [...] De conformidad al artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se requirió a la parte solicitante para que presentase certificado de antecedentes penales, lo que se ha verificado advirtiéndose que no le constan a doña Encarnación antecedentes. El requisito debe entenderse cumplimentado. (JM de Murcia, Sección 1ª, 21 de noviembre de 2017, Nº de Resolución: 310/2017).

98 «En síntesis, la solicitud del deudor opera como una suerte de demanda y la «oposición» formulada, en su caso, por acreedores y/o administración concursal, como una contestación a aquella. En esta lógica, con la presentación de la solicitud precluye para el deudor la posi-

de tal precepto, la administración concursal y los acreedores podrán formular oposición –en cuyo caso se sustanciará por los trámites del incidente concursal–, debiendo demostrar que las circunstancias acreditadas por el deudor no concurren para denegarle la exoneración del pasivo insatisfecho de forma provisional. En tal caso, será el juez quien resuelva atendiendo a las alegaciones y medios de prueba. No obstante, se señala que «si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución». Con ello, parece que la norma establece un «veto de control» al juez, en caso de conformidad entre la administración concursal y los acreedores.

Dicho lo anterior, debemos formular ciertas consideraciones, la primera sobre la presunción de la buena fe; y, la segunda, sobre el «veto de control» al juez en caso de conformidad. En principio, la buena fe no se presume, debiendo probarla el deudor. Si bien, llama la atención que ciertos jueces señalen «que el art. 178 bis LC establece unas presunciones, *iuris et de iure*, de la concurrencia de dicha circunstancia»⁹⁹ (de la buena fe) y otros manifiesten que «constituye una presunción *iuris tantum* condicionada al cumplimiento de cinco requisitos»¹⁰⁰. Al parecer ciertos tribunales están acogiendo la posible presunción de la buena fe, aunque con discrepancia en su calificación jurídica. La primera afirmación parece indicar que de concurrir los requisitos exigidos en el apartado tercero del art. 178 bis LC, el deudor se considerará de buena fe. Se daría por acreditado un hecho desconocido –la buena fe del deudor– a partir de otro sobre cuya existencia no existe duda alguna, por su reconocimiento o prueba (pongamos por caso, la calificación fortuita del concurso). Sin embargo, calificarlo como presunción *iuris et de iure* provoca darle la consideración de hecho demostrado e incontestable, no admitiéndose prueba en contrario –una situación que no parece casar con la po-

bilidad de aducir nuevos hechos, fundamentos jurídicos o medios de prueba para lograr la estimación de su pretensión. En este sentido, conviene destacar que, dada la deficiente configuración del incidente concursal, el deudor deberá extremar el celo en aras a proponer los medios probatorios de los que pudiera servirse en el acto de la vista. Del otro lado, corresponderá a los acreedores y/o a la administración concursal centrar su actividad en demostrar que alguno o algunos de los requisitos alegados y, en principio, acreditados por el deudor no se satisfacen». 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», *Revista Aranzadi Doctrinal*, cit. [BIB 2016\1096].

99 SAP de Segovia, Sección 1ª, n.º. 273/2017 de 27 diciembre.

100 SJM Murcia, Mercantil, Sección 1ª, del 10 de marzo de 2016.

sibilidad de oposición por administrador concursal y acreedores–. Mayor acogida podría tener considerar la buena fe como una presunción *iuris tantum*, pues en tal caso los interesados pueden dirigirse tanto a probar la propia inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe un nexo lógico entre el hecho de que se presume (la buena fe) y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción (por ejemplo, el haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores). El objeto de la prueba se desplazaría al hecho cierto que constituye la base de la presunción de buena fe. Debe señalarse que en Francia, dentro del procedimiento de *surendettement*, la buena fe se presume, siendo los acreedores, la comisión administrativa o el juez, en su caso, quienes tienen la carga de probar la mala fe¹⁰¹.

Realmente, la mayoría de los requisitos en torno a la buena fe del deudor pueden ser acreditados por el administrador y/o mediador concursal, como la calificación fortuita del concurso, la no comisión de ciertos delitos –a través de la petición de un certificado de antecedentes penales–, haber celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, el pago por el deudor del umbral mínimo de deudas para acceder al cauce genérico, verificar que no disfrutó previamente de una exoneración de deudas o el cumplimiento de las obligaciones de colaboración dentro del concurso. Al considerar ciertos jueces que probar la falta de rechazo de un empleo en los últimos cuatro años es una prueba diabólica, incumbiendo a los acreedores la prueba de tal circunstancia¹⁰², al deudor únicamente le competiría presentar el plan de pagos y aceptar su inclusión en la sección especial del Registro Público Concursal –en caso de escoger el cauce alternativo–. Ante tal situación, no parece inoportuno sentar que estamos ante una presunción *iuris tantum* de buena fe, correspondiendo a los acreedores y a la administración concursal la carga de probar la mala fe del deudor para denegar la concesión provisional del beneficio legal. No obstante, en principio se ha optado por la no presunción de la buena fe.

Otro aspecto controvertido se centra en el aparente «veto de control» de la buena fe impuesto al juez, en caso de conformidad o no oposición por la administración concursal y los acreedores. El legislador con cierto desatino subor-

101 «Alors d'autre part que la bonne foi étant toujours présumée, la charge de la preuve de la mauvaise foi du débiteur incombe aux créanciers ou à la Commission» (Cour de cassation, Chambre civile 2 e, 11 Mars 2010, n° 08-20.949, inédit). Vid. MARTINEAU-BOURGNIN-AUD, V. *Procédures de surendettement des particuliers et rétablissement personnel*. LGD, París, 2018, p. 82.

102 Juzgado de lo Mercantil de Murcia, Sección 1ª; 21 de noviembre de 2017, cit.

dina la concesión del beneficio a la previa oposición de los demandados, equiparando la falta de esta al reconocimiento de los hechos alegados por el deudor. De esta forma, el juez se vería impedido de pronunciarse sobre la buena fe. De acogerse tal posición, no resultaría apropiado que, de no existir oposición y de no concurrir alguno de los requisitos apreciables objetivamente, el juez no pueda, de oficio, denegar la exoneración. Tal situación supondría un atentado contra los intereses de los acreedores y de la sociedad. Por tal motivo, algunos autores afirman que «en la hipótesis de no formalización de oposición, aun cuando la literalidad de la norma aboca al juez, en todo caso, a reconocer automáticamente el beneficio de exoneración, es necesario que el juez controle el cumplimiento de los presupuestos a la luz de la documentación aportada por el deudor, pudiendo por tanto ser su decisión desestimatoria de la pretensión» (TOMÁS TOMÁS, 2016). El control de legalidad, como disponen ciertos jueces, no debe dejarse en manos de los acreedores y la administración concursal, ante la posibilidad de provocar resultados extravagantes:

«Con relación a la defectuosa técnica legal, el apartado 3º principia diciendo que «solo se admitirá (énfasis añadido) la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe», pero no señala trámite de oficio para esa inadmisión, que parece reservar a la eventual oposición de los acreedores, de modo que, faltando ésta, «el juez del concurso concederá (énfasis añadido), con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución». Una lectura superficial de la norma parecería dar a entender que, por más que sea palmario que el deudor no cumple los requisitos legales, el juez se vería impedido de denegar el beneficio si ningún acreedor se opone, lo que es contrario a la razón, pues el juez debe efectuar un control de legalidad al estar en presencia de requisitos de carácter imperativo, no disponibles por voluntad de las partes. Por tanto, debemos interpretar que la expresión «concederá», referida al juez del concurso, vendrá condicionada al cumplimiento de los requisitos legales, que es un *príus* imprescindible. No cabe residenciar en exclusiva el control de legalidad en la masa de acreedores, cuando el juez carece de un trámite previo de inadmisión y, aunque dispusiera del mismo, seguramente desconozca elementos de hecho necesarios para fundar su juicio (como en el caso de autos, en que este juzgador no conocía, en detalle, las vicisitudes del proceso penal). No olvidemos, además, que el art. 11.2 LOPJ dispone que «los juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». Resultaría ciertamente extravagante que un deudor condenado por delito fiscal, que lleva sin pagar crédito alguno desde el año 2007, que incumplió el convenio sin que conste ningún pago (ni siquiera compareció al incidente del art. 140 LC promovido a instancias de la TGSS), que ha sido condenado por tres sentencias de este juzgado, una de 7 de septiembre de 2012 y dos de 27 de marzo de 2013, a 11 años de inhabilitación y al pago del 30% del déficit en cada concurso (de que no ha abonado cantidad alguna), puede obtener un beneficio que la ley reserva al deudor de buena

fe» (Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, Sección 1ª, 09 de mayo de 2018, Id Cendoj: 33044470012018100038).

La excepcionalidad de la exoneración del pasivo insatisfecho (ante el principio de responsabilidad patrimonial universal), la filosofía y principios que emanan de la segunda oportunidad, el perjuicio a los acreedores y la «socialización de las pérdidas», justifican el rechazo al «veto de control» de la buena fe que parece establecer el art. 178 bis.4 LC, así como la debida –y necesaria– intervención y pronunciamiento por parte del juez –exista o no conformidad entre administrador concursal y acreedores en el trámite de oposición–.

3.4. La «mala fe» como causa para la revocación de la liberación de deudas

Una vez concedido, de forma provisional, tal beneficio –ya se haya optado por el cauce general o alternativo–, comienza un periodo de buena conducta a cumplir por el deudor durante un plazo de cinco años¹⁰³. Se ha cuestionado si dicho periodo de control y vigilancia se aplica a deudores del cauce de exoneración definitiva, pero, en principio, la jurisprudencia lo confirma, dado que el apartado 7º del art. 178 bis LC, recoge una cláusula general¹⁰⁴. Tal precepto manifiesta

103 Dicho periodo de tiempo ha sido criticado por cierta doctrina, al no permitir un «comienzo rápido al deudor». *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª DEL M. *La Segunda Oportunidad: La superación de las crisis de insolvencia*, cit., pp. 151-152; CUENA CASAS, M. «La insolvencia de las personas físicas» en *El derecho a la insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 141; etc. La Proposición de Ley de Segunda Oportunidad, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, el 2 de febrero de 2018, propone su reducción a tres años: «Cualquier acreedor afectado por la exoneración estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando, durante los tres años siguientes a su concesión, se constatare que el deudor hubiese ocultado ingresos, bienes o derechos que no tuviesen la consideración de inembargables. Los acreedores legitimados para instar la revocación podrán solicitar averiguación de bienes del deudor a través del Punto Neutro Judicial. La solicitud de revocación se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan lo plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso. Transcurrido el plazo de tres años sin que se haya revocado el beneficio, la exoneración devendrá definitiva, sin necesidad de pronunciamiento judicial».

104 «Existen dos supuestos de exoneración: El supuesto del art. 178 bis 3 párrafo 4º, que tiene la naturaleza de exoneración total, aunque sometida al plazo de revocación, y el supuesto del art. 178 bis 3 párrafo 5º, que tiene la naturaleza de exención parcial, también sometida

que «cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare alguna de las circunstancias tasadas expresamente por la norma concursal. La doctrina señala que nos encontramos ante un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de revocación por parte de los acreedores¹⁰⁵. Siendo así, la revocación debe solicitarse a instancia de parte, no siendo posible su apreciación de oficio. La primera causa se aplica a todos los deudores, hayan disfrutado del cauce genérico o alternativo; y las causas posteriores únicamente son aplicables a deudores que se hayan sometido a un plan de pagos. Las causas de revocación, que denotan la mala fe del deudor, serían las siguientes:

- ⊗ *Constatarse la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos* –exceptuándose los bienes inembargables–: El deudor tiene prohibido realizar actos que desemboquen en un ocultamiento de ingresos, bienes o derechos (situaciones de economía sumergida, no comunicación de un derecho de crédito, vaciamiento patrimonial, etc.). Aunque la norma no lo especifica, sería adecuado que bajo tal causa de revocación se pudieran castigar conductas de ocultamiento acaecidas con anterioridad a la conclusión del concurso, a la concesión provisional de la liberación de deudas, y también las ocurridas con posterioridad, durante el periodo de buena conducta –sobre todo, cuando el deudor se está sometiendo a un plan de pagos–. Piénsese que de haberse conocido dichos bienes, ingresos o derechos antes de la concesión provisional, esta no hubiera sido aprobada e, incluso, se hubiera podido satisfacer la totalidad de las deudas pendientes, sin acordar liberación alguna, ya sea por el cauce general o el cauce alternativo. Se castiga, por tanto, el ocultamiento de patrimonio en detrimento del interés del concurso¹⁰⁶.

al plazo de revocación» (All n.º 8 de Madrid, de 5 de octubre de 2016, Concurso Abreviado 415/2016). *Vid.* SJM n.º 7 de Barcelona, de 31 de enero de 2018).

105 FERNÁNDEZ SEIJO, I. M. *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, cit., p. 290.

106 «Si el sistema, como venimos advirtiendo, se asienta en el merecimiento del beneficio por tratarse de un deudor de buena fe, en el caso de que pueda demostrarse que el deudor ocultó bienes, ingresos o derechos con los que podía satisfacer a sus acreedores, decae su buena fe». MELERO BOSCH, L. V. «¿Quién merece una segunda oportunidad? A propósito del beneficio de exoneración de deudas en el concurso de persona física», *Revista Lex Mercatoria*, 10, 2018, p. 139.

- ⊙ *Incurrir en alguna de las circunstancias que hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho:* Los acreedores pueden pedir la revocación de concurrir cualquiera de las circunstancias que permitieron denegar la concesión provisional de la exoneración del pasivo insatisfecho, es decir, las causas previstas en el apartado tercero del art. 178 bis LC. No obstante, a pesar de la dicción literal, debe interpretarse qué tipo de conductas podrían sancionarse con la revocación. De hecho, en principio, muchas no tendrán cabida para alegar la revocación (a modo de ejemplo, haber celebrado o intentado celebrar un AEP, el incumplimiento del deber de colaboración –por haber concluido el concurso–, aceptar la inclusión en la sección especial del Registro Público Concursal)¹⁰⁷. En otras deberá interpretarse que tal situación debe producirse después de la concesión provisional, como ser condenado por ciertos delitos o rechazar una oferta de empleo adecuada a la capacidad del deudor. Más dudas suscita que implica que el concurso hubiera sido declarado culpable. Como indica Fernández Seijo, tal causa no sería aplicable pues para acceder a la exoneración provisional es necesario que exista una resolución firme sobre el carácter fortuito del concurso, salvo que se interponga un recurso de revisión¹⁰⁸. Por otro lado, podría interpretarse que si el deudor efectúa cualquier conducta capaz de calificar el concurso como culpable (agravación de la insolvencia, alzamiento de bienes, fraude de acreedores, incumplimiento de los deberes de colaboración, simulación patrimonial, etc.), se podrá examinar dicho comportamiento y proceder a la revocación de la concesión provisional, sin necesidad de apertura de la sección de calificación. Esta interpretación sería la más acorde para exigir al deudor un «buen comportamiento» en su máxima amplitud durante el periodo de cinco años. En este sentido se pronuncia Jiménez París¹⁰⁹, aunque lo haga refiriéndose a la normativa anterior. Asimismo, no sería producente negar la posibilidad de solicitar la revocación cuando se tenga conocimiento de hechos efectuados durante la tramitación del concurso, que se desconocían al declarar la conclusión del concurso o, en su caso, la concesión provisional de deudas (alzamiento

107 Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, cit., pp. 290 y ss.; BASTANTE GRANELL, V. *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad*, op. cit., pp. 220 y ss.

108 FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., cit., p. 292.

109 JIMÉNEZ PARÍS, T. A. «El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 750, 2015, p. 2372.

de bienes, simulación patrimonial, suministro de información falsa, etc.), siempre que dichos hechos no hayan sido enjuiciados previamente en la sentencia de calificación o en el informe del administrador concursal.

- ⊙ *Incumplimiento del plan de pagos:* Con este supuesto debe entenderse que la revocación opera en caso de incumplimiento por causa imputable al deudor. Si el incumplimiento se ha producido por causas ajenas a su voluntad, lo coherente sería adaptar el plan de pagos a las nuevas circunstancias del deudor (una reducción de los ingresos, el advenimiento de una enfermedad, la pérdida de trabajo, etc.).
- ⊙ *Mejorar sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos:* El precepto señala que si la situación económica del deudor mejora por las causas previstas (herencia, donación, juegos de azar, etc.) –que, al parecer, se trata de una lista cerrada–, los acreedores podrán solicitar la revocación de la exoneración provisional. En tal caso, el juez debe valorar la situación del deudor y las cargas familiares, así como los bienes o derechos que son inembargables. Realmente, tal causa recoge un asunto de orden moral, recordando al deudor que debe obrar con honradez, pagando aquello a lo que se comprometió cuando puede –cumpliendo la palabra dada– y las circunstancias han mejorado, no un mero asunto de carácter económico. El precepto indica que tal mejora económica debe servir para pagar «todas las deudas pendientes», debiendo entenderse incluidos todos los créditos existentes en sede concursal –exonerables o no–.

De concurrir cualquiera de los supuestos mencionados –algunos de los cuales plantean serias dudas de interpretación, siendo aconsejable «una revisión profunda y exhaustiva de las causas y criterios de la revocación»¹¹⁰–, el efecto será el siguiente: «En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso» (art. 178 bis.7 LC). Se reactiva, por consiguiente, el principio de responsabilidad patrimonial universal, pudiendo los acreedores iniciar o reanudar acciones pendientes. Como dispone el apartado octavo de tal precepto, de transcurrir el plazo de cinco años sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo

110 MOLINA HERNÁNDEZ, C., cit., [BIB 2018\14642].

insatisfecho en el concurso, resolución que se publicará en el Registro Público Concursal. No obstante, la norma permite que la exoneración definitiva pueda revocarse cuando se constate el ocultamiento de bienes, ingresos o derechos durante los cinco años siguientes al auto que dictaminó la liberación de deudas. Por tanto, desde la concesión provisional de la exoneración el periodo de revocación se prolonga diez años, un periodo que puede resultar excesivo, aunque busque premiar al deudor honesto.

4. El «premio» por la «buena fe»: La liberación de deudas

Si finalmente el deudor muestra y actúa conforme a la «buena fe», se le reconoce como recompensa el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho¹¹¹ –siendo excluidos los fiadores de tal beneficio¹¹²–. Atendiendo a la dicción literal del art. 178 bis LC, los créditos exonerables difieren según se trate de un deudor que haya usado el cauce general o alternativo. Los primeros se verán liberados de la totalidad de los créditos ordinarios y subordinados –75% de los créditos ordinarios si no se ha intentado un AEP–, por lo que dentro de las deudas exonerables se incluyen ciertos créditos públicos (que se califiquen como ordinario o subordinado) y los créditos por alimentos. En cambio, los deudores del cauce alternativo únicamente se liberan de ciertos créditos ordinarios y subordinados, pues se excluyen de forma expresa los créditos públicos y los créditos por alimentos (art. 178bis.5 LC). El plan de pagos debe señalar, entonces, un calendario para pagar créditos privilegiados, contra la masa, públicos y por alimentos. Ante tal diferencia de trato, criticada por la doctrina y la jurisprudencia, nuestro Tribunal Supremo –sin

111 La exoneración de deudas también puede producirse si el deudor del cauce alternativo no satisface las deudas previstas en el plan de pagos, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia con los acreedores, siempre que hubiera «destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concudiesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.» (art. 178 bis.8 LC).

112 «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.» (art. 178 bis.5 LC). *Vid.* S/Jl n° 50 de Barcelona, de 4 de julio de 2017; S/JM n°7 de Barcelona, de 31 de enero de 2018.

respetar el contenido literal del precepto y con base a una interpretación, que atiende a la finalidad y *ratio* de la norma, así como a diversa normativa europea—, equiparó los créditos exonerables a favor de los deudores del cauce alternativo, considerando que los deudores del cauce alternativo deben quedar liberados también de los créditos públicos. En concreto, ha manifestado:

«Esta norma debe interpretarse sistemáticamente con el alcance de la exoneración previsto en el ordinal 4.º del apartado 3. Para la exoneración inmediata, si se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, habrá que haber pagado los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, y respecto del resto, sin distinción alguna, el deudor quedará exonerado. La ley, al articular la vía alternativa del ordinal 5.º, bajo la *ratio* de facilitar al máximo la concesión del beneficio, pretende facilitar el cumplimiento de este requisito del pago de los créditos contra la masa y privilegiados, y para ello le concede un plazo de cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento. Bajo la lógica de esta institución y de la finalidad que guía la norma que es facilitar al máximo la «plena exoneración de deudas», debemos entender que también en la alternativa del ordinal 5.º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. Este plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados» (STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019 de 2 julio).

Como indica Cuenca Casas, se ha convertido un deseo en criterio de interpretación, saltándose lo dispuesto en la norma. Ello a pesar de frenar o acabar con un trato de desfavor hacia el deudor que tiene menos capacidad económica¹¹³, al que no se le permite exonerarse las deudas por alimentos, así como el crédito público ordinario y subordinado¹¹⁴. No obstante, es alabable tal sentencia —aunque atente contra la legalidad y seguridad jurídica— en busca de la obtención de una mayor justicia, evitándose así la discriminación jurídica. Si bien, como señala dicha autora, «lo que hay que hacer es legislar bien, y lo tienen que hacer los técnicos

113 Tal crítica ha sido manifestada por los jueces: «Resultaría ilógico que a los que tienen menos capacidad de pago, los del apartado 5.º, (que tienen que someterse a un Plan de Pagos) dicho plan excluya el crédito público si se dan las condiciones de su normativa para los aplazamientos y en su caso, no se les exonere el crédito público en las condiciones legalmente previstas. A los deudores incardinables en el párrafo 4 —los que no necesitan el plan de pagos— si se les exonera de parte del crédito público» (SIM nº7 de Barcelona, de 31 de enero de 2018).

114 CUENCA CASAS, M. «Segunda oportunidad y crédito público. (A propósito de la mal entendida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)»: *Blog Hay Derecho*, de 29 de julio de 2019. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/29/segunda-oportunidad-y-credito-publico-a-proposito-de-la-mal-entendida-sentencia-del-tribunal-supremo-de-2-de-julio-de-2019/>

y no los políticos», no los jueces. Para clarificar los créditos exonerables y establecer un trato jurídico uniforme, se propone un cambio de redacción:

«El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la parte insatisfecha de todos los créditos pendientes del deudor, aunque no hubiesen sido comunicados, exceptuando los créditos por responsabilidad civil extracontractual, los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias y los créditos por alimentos. En el caso de los créditos con garantía real, si se hubiese procedido a la ejecución de la garantía, el beneficio se extenderá a la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la misma» (Proposición de Ley de Segunda Oportunidad, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, el 2 de febrero de 2018).

5. Conclusiones

Si bien es cierto que la doctrina ha formulado numerosas críticas en torno al sistema actual de la segunda oportunidad, destacan las manifestadas por los propios jueces al aplicar el art. 178 bis LC¹¹⁵. Dicho artículo ha sido calificado por nuestro Tribunal Supremo como una «norma de difícil comprensión, que requiere de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación»¹¹⁶, otros evidencian la «defectuosa técnica legal»¹¹⁷ empleada y algunos llegan a describirlo como «el laberíntico esquema del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho»¹¹⁸. Se observa como la labor legislativa no ha gozado de una buena acogida y, menos aún, tras la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 20 de junio de 2019. De ahí los intentos de reforma legal, como la Proposición de Ley de Segunda Oportunidad, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, el 2 de febrero de 2018. Ante ello, seguramente en los próximos años se producirán modificaciones dentro de la Ley concursal en torno a la exoneración del pasivo insatisfecho.

Mientras tanto, el beneficio de la exoneración de deudas se deberá tramitar por los cauces previstos en el art. 178 bis LC y atendiendo a los requisitos relativos a la buena fe del deudor. Con base a la práctica judicial, llama sumamente la aten-

115 «Al margen de las críticas que el diseño legal ha provocado, desde el punto de vista de *lege data*» (SAP de Murcia, Sección 4ª, de 09 de septiembre de 2016).

116 STS, Sala de lo Civil, nº. 381/2019, de 2 julio.

117 SIM, Sección 1ª, de 9 de mayo de 2018.

118 SAP, Sección 1ª, nº 604/2018 de 13 diciembre.

ción que tales presupuestos se configuraran para dotar al sistema de un concepto normativo y objetivo, exento de abstracciones, pero finalmente existan diversas polémicas sobre su aplicación e interpretación (qué debe entenderse por intentar un AEP, qué supone presentar el plan de pagos y en qué consiste, etc.). Por lo tanto, no se ha conseguido crear un concepto «limpio», alejado de posibles confusiones. Asimismo, a pesar de existir una corriente mayoritaria que defiende un concepto cerrado, algunos jueces comienzan a mostrar su apoyo hacia un concepto abierto, ante la necesidad de imposibilitar la entrada a deudores que –a pesar de cumplir los requisitos exigidos– por razones de ética social no merecen la liberación de deudas. Como decía Séneca, «lo que las leyes no prohíben, puede prohibirlo la honestidad». Otros tribunales manifiestan la necesidad de permitir que el juez se pronuncie de oficio respecto a la buena fe del deudor, a pesar de la no oposición de la administración concursal y de los acreedores, con base a razones de interés social y a la lucha frente al fraude de ley. Por último, comienzan a verse los primeros «titubeos» en torno a la cuestionable presunción de la buena fe.

Aunque se sucederán numerosas resoluciones en el futuro, estamos presenciando los primeros «bosquejos judiciales» del concepto de buena fe en materia de segunda oportunidad. Un concepto que se irá complementando con la voz de nuestros jueces, dada la deficiente y criticable técnica legislativa empleada al redactar el art. 178 bis LC. Ahora bien, en dicho proceso no debe olvidarse el fundamento de la Ley de la Segunda Oportunidad: aliviar la precaria situación financiera de deudores honestos. Tal fundamento debe guiar la labor de los administradores concursales y los jueces¹¹⁹.

6. Bibliografía

ATIENZA LÓPEZ, J. I. «Concurso de acreedores de persona natural. ¿Qué es intentar el acuerdo extrajudicial de pagos?», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 196, 2017.

119 «Sin embargo, en nuestra opinión, la falta de comprobación real del merecimiento del beneficio, esto es, de averiguación del comportamiento del deudor y de sus acreedores en todas las fases de nacimiento y ejecución del derecho alejan al mecanismo de segunda oportunidad de ser un instrumento que asegure el reconocimiento de la misma a aquellos deudores que realmente lo merezcan. Y por el contrario, se perdonan deudas y se exige el abono de otras sin analizar el comportamiento del acreedor, justificando la exoneración exclusivamente en la clasificación concursal del crédito». MELERO BOSCH, L. V. «¿Quién merece una segunda oportunidad? A propósito del beneficio de exoneración de deudas en el concurso de persona física», cit., p. 140.

- BASTANTE GRANELL, V. *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad*, Comares, Granada, 2016.
- CABRERA MERCADO, R. «Acuerdo extrajudicial de pagos, mediación concursal y mecanismo de segunda oportunidad» en *La mediación civil, mercantil y concursal*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2018, 111-140.
- CARRASCO PERERA, A. F. «El mecanismo de segunda oportunidad para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: Realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 2015.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L. «Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges (Comentario al Auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 3, Segundo semestre 2005, sección Comentarios de jurisprudencia.
- COLLADO-RODRÍGUEZ, N. *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- CUENA CASAS, M. «La insolvencia de las personas físicas» en *El derecho a la insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CUENA CASAS, M. «El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», *Anuario de derecho concursal*, 37, 2016.
- DIESTE COBO, J. M. «El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley concursal», *Revista de derecho mercantil*, 307, 2018, 281-311.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2015.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.; ADAN, F.; BATLLORI, M.; COROMINAS, J.; PAVÍA, Y.; RAFÍ, X. F. *La segunda oportunidad de las personas físicas: su aplicación práctica*, Vlex, 2018.
- FRAU I GAIA, S. *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GÓMEZ AMIGO, L. *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos*, Editorial Reus, Madrid, 2016.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª DEL M. *La Segunda Oportunidad: La superación de las crisis de insolvencia*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015.

- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. «El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 750, 2015.
- MARCO ALCALÁ, L. A. «El deber de colaboración en el concurso», en *Enciclopedia de derecho concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- MARTÍN FABÁ, J.M. «¿Existe un mecanismo de segunda oportunidad verdaderamente eficaz en España para consumidores insolventes?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 16, 2015.
- MARTÍN FABÁ, J.M. «El mecanismo de segunda oportunidad: Estado de la cuestión en la jurisprudencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 17, 2016.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. «La calificación del concurso», *Diario La Ley*, nº 6060, Sección Doctrina, 13 jul. 2004, Año XXV, Ref. D-155.
- MARTINEAU-BOURGNINAUD, V. *Procédures de surendettement des particuliers et rétablissement personnel*. LGD], Paris, 2018.
- MELERO BOSCH, L. V. «¿Quién merece una segunda oportunidad? A propósito del beneficio de exoneración de deudas en el concurso de persona física», *Revista Lex Mercatoria*, 10, 2018.
- MIGUEL BERENGUER, J. DE. *La pieza de calificación en el concurso de acreedores*, Bosch, D.L Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2012.
- MOLINA HERNÁNDEZ, C. «Las propuestas de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», *Anuario de derecho concursal*, 46, 2019, [BIB 2018\14642].
- MORILLAS JARILLO, M. J. «Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores», *Derecho de los negocios*, 225, junio 2009, sección Artículos.
- MUNAR BERNAT, P. A.; CUENA CASAS, M.; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.; VALLS RIUS, A.; PRATS ALBENTOSA, L. *Comentarios a la Ley de mecanismo de segunda oportunidad*, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- ORRICO SÁNCHEZ, I. «El acuerdo extrajudicial de pagos como requisito para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho. Una incógnita todavía sin resolver», *Actualidad civil*, 3, 2018.
- PRENDES CARRIL, P.; PONS ALBENTOSA, L. (DIR.). *Practicum concursal*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2014.

CAPÍTULO 5 LA SEGUNDA OPORTUNIDAD DEL CONSUMIDOR INSOLVENTE: PRIMEROS «BOSQUEJOS JUDICIALES»

- PULGAR EZQUERRA, J. «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley*, 8538, 2015, [LA LEY 3249/2015].
- PULGAR EZQUERRA, J. «Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del bienestar», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 9, sección Estudios, 2007.
- RIVAS RUIZ, A. «El acuerdo extrajudicial de pagos», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 28, 2018, 175-199.
- 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», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2016.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J. *El Sobreendeudamiento de Los Consumidores: Estudio Jurídico en el Marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios de Consumo de La Universidad de Castilla-La Mancha*, Granada, Comares, 2003.

