

EL MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

José María Martín Faba

Máster de Acceso a la Abogacía

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El presente trabajo se centra en un análisis jurisprudencial relativo a los criterios que utilizan los jueces españoles a la hora de aplicar el mecanismo de segunda oportunidad en consumidores insolventes por la vía del art. 178bis de la Ley Concursal.

Palabras clave: segunda oportunidad, consumidor, jurisprudencia.

Title: The mechanism of second chance: state of the issue in the jurisprudence

Abstract: This work focuses on the jurisprudential analysis concerning the criteria used by Spanish judges when applying the mechanism of second chance to insolvent consumers by way of article 178 bis of the Bankruptcy Act.

Keywords: second chance, consumer, jurisprudence.

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. SENTENCIAS FLEXIBLES EN RELACIÓN A LA OBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS QUE PERMITEN APLICAR EL MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD. 3. SENTENCIAS RÍGIDAS A LA HORA DE APLICAR EL MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD. 4. PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE EXONERACIÓN DEL PASIVO POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

1. Introducción

El nuevo artículo 178bis de la LC introducido por primera vez por Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social¹, modificado posteriormente por la Ley 25/2015, de 28 de julio², con el mismo apelativo que el anterior, permite la

¹ (RCL 2015\284).

² (RCL 2015\1180).

exoneración del pasivo pendiente del deudor -de buena fe persona física que deviene insolvente, dentro del procedimiento concursal, cuando concurren determinadas circunstancias.

Al ser un precepto relativamente novedoso, ya que lleva en vigor menos de un año y ha sido confeccionado por el legislador de forma excesivamente alambicada, podemos observar notables disparidades en las escasas resoluciones que tratan sobre la cuestión, en relación sobre todo a la heterogénea rigurosidad o laxidad con la que los jueces examinan los múltiples requisitos para estimar o desestimar la solicitud de remisión del pasivo pendiente instada por el deudor concursado.

2. Sentencias flexibles en relación a la observancia de los requisitos que permiten aplicar el mecanismo de segunda oportunidad

- *SJMerc de Barcelona núm. 189/2015 de 16 octubre (JUR\2016\45474)*

En este caso, los concursados (un matrimonio) solicitaron la exoneración del pasivo insatisfecho por considerar que reunían los requisitos del art. 178bis LC. Los acreedores se opusieron a la petición de exoneración alegando que los concursados no cumplían los requisitos del art. 178bis puesto que no habían abonado el 25% del pasivo ordinario, sino únicamente el 22%.

En la presente controversia quedó probado que el concurso no fue declarado culpable, que los deudores no habían sido condenados en sentencia firme por ninguno de los delitos relacionados en el art. 178bis.3.2º LC y que los concursados no habían intentado un acuerdo extrajudicial del pagos (en adelante, "AEP"), sobretodo como afirma el Juez de lo Mercantil, porque en el momento en que incurrieron en situación de insolvencia y debieron presentar el concurso no existía este mecanismo preconcursal que permitía negociar con los acreedores antes de acudir al procedimiento de insolvencia. Además, asevera el Juez, que los concursados no tienen pendiente el pago de crédito contra la masa, privilegiado, publico, ni por alimentos, y que desde abril de 2012 vienen sometidos a un plan de pagos (en adelante, "PP") (que se fijó en el auto que aprobaba el plan de liquidación el 29 de marzo de 2012) para atender el crédito ordinario y subordinado, que es la parte pendiente tras la liquidación de los bienes, habiendo atendido puntualmente los pagos anuales, sufragando hasta la actualidad el 22% del crédito ordinario, tal y como había declarado el administrador concursal (en adelante, "AC") en su escrito de alegaciones.

Llegados a este punto, el Juez de lo Mercantil se plantea si en el caso descrito, un deudor que no pudo acogerse al AEP, debe abonar en todo caso el 25% del pasivo ordinario -como prevé el apartado 4º del 178bis.3, o si en caso de no hacerlo, puede ver remitidas las deudas exonerables sin tener que acogerse a un PP en los términos previstos en el apartado 5º del 178bis.3 LC.

Así, como expone el Juez Mercantil, los deudores satisficieron en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y el 22% del importe de los créditos ordinarios. A su parecer, a pesar de quedar acreditado

que no se cumple íntegramente el requisito exigido por la norma cuando no se ha intentado un AEP, esto es, el pago del 25% de los créditos ordinarios - requisito del art. 178 bis 1.4º, sí que se cumple con el requisito alternativo del apartado 5º, con el cual también se puede obtener la exoneración solicitada. Por tanto, el Juez examina el cumplimiento de los requisitos exigidos por el apartado 5º, que entran en juego para el caso de no se reúnan los del apartado 4º. Así, el Juez Mercantil afirma que se cumplen las siguientes condiciones:

- Someterse al PP previsto en el apartado 6 del 178 bis. Para el Juez no cabe duda que los concursados han aceptado, desde marzo de 2012, el sometimiento a un PP que llevan cumpliendo puntualmente durante tres años y medio para satisfacer las deudas que no quedan exoneradas conforme al párrafo 5º del art. 178bis.1 LC, es decir, los créditos contra la masa, créditos de derecho público y por alimentos, que deberán pagarse mediante un PP de cinco años. Pero como expresa el Juez, este caso presenta una peculiaridad, a saber, que se han pagado las deudas no exonerables quedando pendiente exclusivamente las deudas sí remisibles (ordinarios y subordinados) conforme al 178bis.5 LC.
- Por otro lado se cumplen los requisitos –para poder acceder al PP de cinco años de no haber incumplido las obligaciones de colaboración, no haber obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años, no haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, además de aceptar de forma expresa en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del RPC por un plazo de cinco años.

Por todo lo anterior, el Juez de lo Mercantil declara la exoneración de los créditos subordinados y ordinarios pendientes –ni los públicos ni los de alimentos, aunque no se haya cumplido íntegramente el requisito de pago del 25% de los créditos ordinarios por no haber intentado el deudor celebrar un AEP. Podemos afirmar que este Juez Mercantil aplica de forma laxa los parámetros que permiten al consumidor insolvente beneficiarse del mecanismo de segunda oportunidad, porque entiende que el procedimiento concursal puede convertirse en una pena de cadena perpetua que no merecen deudores que han mostrado un correcto comportamiento -se han ahorrado casi 22.000 euros y que no pueden ser calificados como deudores de mala fe- la calificación ha sido fortuita, mereciendo en su opinión una segunda oportunidad. Y es cierto que de no proceder así la condena sería imperecedera, ya que para pagar el pasivo ordinario de 354.581,68 euros con un ahorro mensual de 930 euros el matrimonio necesitaría casi 32 años, y después debería pagar el pasivo subordinado, careciendo de cualquier lógica y razón, máxime teniendo en cuenta que según la LC la liquidación debe durar un año. Incluso como afirma el Juez Mercantil, el archivo del procedimiento concursal supondría una lluvia insoportable de ejecuciones singulares contra los deudores –al existir todavía masa activa, que minaría no solo la poca masa activa embargable que existe sino también la vida de cualquiera, aumentándose infinitamente los intereses de demora de los créditos.

- *AJMerc de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) de 17 de marzo de 2016, (JUR/2016/71267)*

La cuestión objeto de esta resolución se resume en analizar si los concursados son o no merecedores del *beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho* y, en su caso, si sería dable aplicar el régimen de la Ley 25/2015, tratándose de un concurso declarado el 7 de febrero de 2014 y previa solicitud con entrada en el Juzgado el 27 de diciembre de 2013, cuando todavía no existía la citada normativa de segunda oportunidad.

En el presente procedimiento, el deudor cumple la totalidad de los requisitos que impone el legislador excepto lo referente a la celebración o intento de AEP, dado que al tiempo de la presentación de su solicitud de concurso no estaba en vigor dicho trámite preconcursal.

Sin embargo, el Juez Mercantil analiza el supuesto desde la perspectiva de la legalidad vigente al tiempo de la solicitud y declaración del concurso. Se recuerda en la resolución, que al tiempo de la declaración de concurso no estaba vigente el texto modificado por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre³ - por el que se introdujo el acuerdo extrajudicial de pagos para la persona física empresario (art. 231 y ss. LC), ni la exoneración del pasivo insatisfecho de la persona natural -tanto empresario como consumidor (art. 178.2 LC). En este sentido, la exoneración del pasivo insatisfecho se incluía en art. 178.2 LC, bajo una fórmula que en modo alguno imponía la obligación de haber acudido al AEP previo. Por tanto, como manifiesta el Juez, es imposible que la concursada al tiempo de la solicitud de concurso pudiera haber accedido al AEP por cuanto no existía esa posibilidad.

Finalmente expone el Juez, que de no acceder a lo peticionado por la concursada, al amparo de no haber solicitado esta el AEP, se estaría efectuando una aplicación retroactiva de unas disposiciones para las que el legislador no ha establecido ese efecto, fundamentándolo el juzgador básicamente en que conforme a los principios generales que se recogen en nuestro derecho vigente, especialmente el art. 2.3 CC y 9.3 CE, se prohíbe la aplicación retroactiva de las normas, especialmente las sancionadoras o las que pudieran privar de derechos, lo que extrapolado al caso, comporta que no se pueda *sancionar* una conducta que, con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LC, no estaba prevista. Se basa el Juez de lo Mercantil en el artículo 2.3 CC, el cual dispone que "*(l)as leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario*", imponiendo el precepto al legislador en su misión del dictado de normas, la carga de expresar clara y terminantemente el efecto retroactivo que se pretenda otorgar, al tiempo que dirige una admonición al intérprete judicial para que no presuma que las leyes tienen efecto retroactivo y, en consecuencia, no prediquen tal eficacia sino de las

³ De apoyo a los emprendedores y su internalización, (RCL 2013\1422).

normas que así lo establezcan o de aquéllas cuya retroactividad se infiera por vía interpretativa. Tal y como se plasma en la resolución que nos atañe, esta norma básica del art. 2.3 CC, debe interpretarse con los criterios que en esta materia se derivan de las disposiciones transitorias CC. En concreto, en este caso: (i) de acuerdo con la DT 2ª, conforme a la cual *“los actos u omisiones realizadas bajo el régimen de la legislación anterior surten todos sus efectos según la misma”* y; (ii) en armonía con la DT 3ª, según la cual *“las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son de aplicación al que, cuando estas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código.”*

Por todo lo anterior, el Juez estima la solicitud del mecanismo de remisión del pasivo pendiente, sin que el deudor haya satisfecho el 25% de los créditos por no haber intentado celebrar un AEP, sorteando el juzgador el mandato que establece el art. 178 bis 3.4 LC.

Quizás, la actuación del Juez Mercantil en este punto sea demasiado condescendiente para con el deudor, al permitir la exoneración del pasivo pendiente –con fundamento en el art. 2.3 CC, sin que el deudor haya satisfecho el 25% del crédito ordinario cuando la norma obliga a que esto proceda solo si el deudor ha cumplido con el requisito de intentar celebrar un AEP, lo que no acontece en el presente procedimiento concursal. Además, la DT 2ª de la Ley 25/2015 establece que *“en los concursos concluidos por liquidación o por insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor de la presente Ley, el deudor podrá beneficiarse de lo establecido en los artículos 176 bis y 178 bis de la Ley Concursal, si se instase de nuevo el concurso, voluntario o necesario”*, por lo que antes de solicitar la redención del pasivo pendiente, el deudor podía haber intentado celebrar un AEP y posteriormente instar de nuevo el concurso pidiendo a continuación la remisión del pasivo insatisfecho, cumpliendo así con el requisito necesario para no tener que abonar el 25% del crédito ordinario.

3. Sentencias rígidas a la hora de aplicar el mecanismo de segunda oportunidad

- AAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 15/2016 de 25 enero (JUR 2016\29419)

En este procedimiento, el deudor solicitó la declaración de concurso que fue admitida por el juzgado y, en la misma resolución, se acordó la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa. Posteriormente, el deudor solicitó con fundamento en el art. 178bis LC la exoneración del pasivo insatisfecho, argumentando el cumplimiento de los requisitos legales para la obtención del beneficio. A continuación, el juzgado rechazó la petición con el argumento de que la norma invocada exige, como hipótesis legal definidora del concepto de deudor de buena fe, que el deudor previamente a la solicitud haya intentado con sus acreedores un AEP, lo que no se acreditaba por el concursado en el presente supuesto.

Así, el recurso de apelación cuestiona la decisión judicial de denegación de solicitud del beneficio de exoneración del pasivo. Para resolver el recurso, la AP de Pontevedra afirma que el *"reconocimiento de este beneficio, en opción legislativa, se somete en la legislación actualmente vigente a diversos requisitos, diferentes del carácter automático que presentaba el texto anterior, entre ellos que el deudor pueda ser considerado de buena fe"*. Como expone la AP, es el art. 178bis LC el que ofrece el concepto auténtico de buena fe, estado jurídico que se somete a tres requisitos necesarios y uno dispensable por el juez. En este sentido, asevera la AP que los requisitos de derecho imperativo son *"que el concurso no haya sido declarado culpable, la ausencia de condena del deudor por ciertos delitos, y que reuniendo los requisitos establecidos en el art. 231 LC, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos"*, afirmando que el requisito dispensable se refiere a la obligación de *"satisfacer todos los créditos contra la masa y los privilegiados y, en el caso de que no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios"*, pudiendo dispensarse este requisito con el cumplimiento por parte del concursado de las cinco condiciones que prevé el apartado 5º del art. 178 bis.

Según la AP, realizando una *"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"*. Expone, que la redacción dada al 178.2 por la Ley 14/2013 no lo exigía y que la nueva norma precisa un intento previo de AEP que se concibe como una manifestación de que el beneficio lo solicita un deudor responsable y colaborador, predispuesto a pagar sus deudas. Concluyendo la AP *"que se impone así al deudor la carga de solicitar previamente el AEP para solicitar la remisión del pasivo"*.

También, reflexiona la AP sobre la pertinencia de tener que acudir al AEP para superar la insolvencia, pudiendo a su criterio resultar cuestionable, pero que constituye el ejercicio de una opción legislativa, que el intérprete no puede soslayar. Por último, expone que *"no aprecia contradicción en la norma, pues en la introducción de la alternativa al último requisito de pago de los créditos contra la masa y privilegiados (ap. 4º, art. 178 bis.3), 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"*.

En mi opinión, la AP se equivoca. No está realizando una interpretación literal de la norma, sino íntegramente subjetiva. El art. 178bis LC establece expresamente que *"si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo"* el concursado deberá satisfacer al menos, *"el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios"*. Si bien es cierto que -como afirma la AP, un parámetro que determina la buena fe a efectos de la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo es que el deudor haya intentado realizar un AEP. Pero la falta de intento del AEP no determina *per se*

la denegación de la solicitud del pasivo, la falta de intento de AEP significa incuestionablemente que el deudor no ha sido tan diligente como el deudor que sí lo ha procurado, 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 insolvencia⁴. Cuestión diferente sería que el deudor que no ha intentado celebrar el AEP pretendiera que le fueran remitidas las deudas sin abonar el 25% del crédito ordinario. En este caso sí sería conforme al art. 178bis 3.4º la desestimación de la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho por parte del Juez.

- *SJMerc de León de 14 octubre 2015 (JUR\2016\47759)*

El aspecto nuclear que se debate en esta resolución hace referencia 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 178bis. Concretamente, si el hecho de que otro concurso -en el que era concursado el actual deudor solicitante del mecanismo de exoneración, que hubiera finalizado con la calificación de culpable, puede entenderse como parámetro que permita al juez apreciar la ausencia de buena fe del deudor y la consiguiente denegación de la solicitud de exoneración del pasivo pendiente, a pesar, de que la norma no lo contempla expresamente.

Para solucionar la polémica, el Juez Mercantil afirma 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 a su parecer, una interpretación razonable de aquel, exige entender que los requisitos relacionados en el apartado 3 del artículo 178bis constituyen un mínimo para la apreciación de la buena fe del deudor, que puede no obstante descartarse por la concurrencia de otras circunstancias. Apoya el Juez su decisión, en la regulación del instituto penal de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de

⁴ En este sentido la SJMer de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa) núm. 293/2015 de 8 septiembre (JUR\2016\5522) es partidaria de esta interpretación y, establece, que la consecuencia de que el concursado no haya realizado el AEP tiene como resultado que este deba satisfacer el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios (FD Primero *in fine*) Y en idéntica dirección, el AJMerc de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) de 23 diciembre 2015 (JUR\2016\11881) cuando afirma que de hecho la referencia a este instituto que efectúa la norma lo hace en aras a beneficiar al deudor al permitirle redimir la totalidad de los créditos ordinarios, a diferencia del que no lo hubiera efectuado, en que se le compela a abonar un 25% de éstos (FD Segundo). Finalmente la misma exégesis se infiere de la SJMerc de Logroño (Provincia de La Rioja) de 25 febrero 2016 (JUR\2016\60193) en su FD Segundo.

libertad, de cuyas fuentes a su entender bebe la figura introducida en el artículo 178 bis LC, ya que el CP establece unos mínimos que deben concurrir en todo caso, pero que por sí mismo no son suficientes. Concluyendo el juzgador que 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 debe incluirse la condena como afectado por la calificación de otro concurso.

En segundo lugar, el Juez utiliza el recurso de la analogía para sustentar su decisión, ya que de acuerdo con el artículo 4 CC *"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"*. Terminando su argumentación expresando que *"es obvio que el apartado 3 del artículo 178bis 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 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"*.

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. Es como si una persona física condenada en un procedimiento penal por algún tipo de delito, debiera ser condenada en cualquier otro procedimiento penal posterior por cualquier delito ajeno al preexistente sin la posibilidad de defensa y contradicción.

Además de por las razones expuestas en los apartados precedentes, también deniega el Juez en este caso la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho porque los deudores no han celebrado o, al menos, intentado celebrar un AEP, circunstancia que a su juicio excluye la posibilidad de apreciación de su buena fe como presupuesto de obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho de acuerdo con el apartado 3.3º del artículo 178bis LC. Al respecto, afirma el juzgador que es cierto que el precepto no ofrece la claridad exigible, cuando tras exigir en el número 3º que el deudor *haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos*, prevé en el número 4º un supuesto en el que se contempla la hipótesis en la que el deudor no hubiera intentado un AEP previo.

En este sentido, sostienen los deudores en su escrito de contestación que dada la fecha en la que se sometieron a concurso voluntario, en la que no se

encontraba vigente el Título X de la LC, no les resultó posible someterse a un AEP con carácter previo a la solicitud de concurso. Para la resolución de este punto, y refutando los argumentos de los concursados, el Juez Mercantil señala que la DT 1ª del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, establece que *“en los concursos concluidos por liquidación o por insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor del presente real decreto-ley, el deudor podrá beneficiarse de lo establecido en los artículos 176 bis y 178 bis de la Ley Concursal, si se instase de nuevo el concurso, voluntario o necesario”*. De manera que, a juicio del juzgador, no es cierto que se le exija un imposible a los deudores, sino que se contempla de manera expresa la situación de los concursos previos a la entrada en vigor del mecanismo de segunda oportunidad, de suerte que los deudores habrían de acudir, tras la conclusión del concurso, al AEP y posteriormente a un nuevo concurso en el que instar, a su conclusión, la exoneración del pasivo, que vendría condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos que, como se ha visto en el apartado precedente, no se dan en el supuesto enjuiciado.

En todo caso, como indica la resolución, la única forma posible de interpretar la oscura norma contenida en el artículo 178bis3 3º y 4º, es entender que sólo si no reúne los requisitos para intentar un AEP, el deudor podrá optar a la exoneración del pasivo insatisfecho pese a no haberlo intentado, si bien en tal caso, al que cabría asimilar el de este supuesto, los deudores habrían de haber satisfecho además de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, un 25% de los créditos concursales ordinarios. O, en su defecto, someterse a un PP en el que las deudas no exoneradas deberán ser satisfechas dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior, condiciones ambas, que no han sido cumplidas por el deudor, razón por la cual el Juez desestima la solicitud de remisión del pasivo pendiente.

- *SJMerc de Logroño (Provincia de La Rioja) de 25 febrero 2016 (JUR\2016\60193)*

En el presente procedimiento se discute si es necesario que el deudor tenga que abonar el 25 % de los créditos ordinarios si no ha intentado un AEP *efectivo* que le exima del cumplimiento del anterior porcentaje.

Como afirma el juez, la celebración o no del AEP en la forma marcada por la ley es el nudo gordiano del problema, habida cuenta de que los oponentes refieren que no puede considerarse que se haya cumplido con el requisito de haber intentado un AEP, pues en el mismo no se planteó acuerdo alguno, sino directamente el perdón del 100% de la deuda, a lo que obviamente los acreedores se opusieron.

Para el Juez Mercantil, la utilización del AEP como simple medio para cumplir el expediente y así evitar el abono del 25% del crédito ordinario no puede sino ser considerado como un fraude de ley que no puede ser amparado. A su juicio, el beneficio se otorga a aquellos que han acudido a dicha vía intentado de manera real y efectiva con sus acreedores llegar a un entendimiento acerca del modo y forma de abonar sus créditos, bajo el prisma de la

reducción del crédito o del aplazamiento de su pago en condiciones distintas y más ventajosas para el deudor, de manera que los acreedores consideren más adecuado y ventajoso a sus intereses el cobro de una cantidad inferior o en un mayor plazo de la deuda, frente al peligro que supondría no cobrar o cobrar una cantidad exigua por verse abocado el deudor a un proceso concursal liquidativo.

El juez fundamenta lo anterior sobre la base de que el AEP está pensado para que el deudor cumpla de algún modo con sus obligaciones, deduciéndose esto claramente de la propia redacción del mismo de la LC, y así: (i) el art. 232 LC establece que *“en la solicitud se hará constar un inventario con el efectivo y los activos líquidos del que dispone, bienes y derechos que sea titular y los ingresos regulares previstos (...)”*; (ii) en el art. 234 LC referente a la convocatoria a los acreedores, se expone que *“deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, con la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago (...)”*; (iii) el art. 236 LC, tras plasmar las posibilidades de la propuesta, establece en su número 2 que *“la propuesta incluirá un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y un plan de viabilidad (...)”*, permitiendo el número 3 la formulación de propuestas alternativas o de modificación por los acreedores, para remitir luego el mediador concursal a los acreedores el PP y de viabilidad final aceptado por el deudor, y el número 4 establece que *“el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso de acreedores si (...) los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo decidieran no continuar con las negociaciones”*; (iv) el art. 237.2 LC establece que *“el plan de pagos y de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que no hayan asistido a la reunión”* y; (v) finalmente el art. 239 LC establece como causa de impugnación del acuerdo la superación de los límites del art. 236.1 LC, o la desproporción de las medidas acordadas.

Con estas premisas, el juez expone que quizá se pudiera defender que lo realizado previamente a la declaración del concurso concuerde con *“que haya celebrado o al menos intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos”* del art. 178bis 3.3º, pero en modo alguno que cumpla con la premisa del art. 178bis.3.4º de *“que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, y si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios”*.

Por lo que a juicio del juzgador, no puede llegarse a otra conclusión que no sea considerar que no se ha intentado un AEP previo, pues la petición de que se le perdone el 100% de la deuda mal casa con intento serio alguno en tal sentido y, el hecho aislado de haber *“tramitado formalmente un acuerdo extrajudicial no permite entender que se haya intentado el mismo, como exige el número 4, y por lo tanto, será necesario exigir el abono del 25% de los créditos ordinarios para acceder a la exoneración por la vía ordinaria, o en su caso cumplir con las formalidades de la alternativa del número 5 de dicho artículo”*.

En conclusión, para este juzgado un AEP donde se propone una quita del 100% de la deuda pudiera cumplir con el requisito del número 3 *“haya celebrado (...) un acuerdo extrajudicial de pagos”*, pero nunca con el del número 4, que obliga a abonar, al menos el 25% de los créditos concursales ordinarios *“si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo”*.

Así que como en este caso el Juez Mercantil considera que no se ha intentado celebrar un AEP, la parte solicitante debería en su caso, o haber abonado el 25% de los créditos ordinarios, o, dentro del incidente concursal, haber aportado para el caso de su no estimación un PP conforme al número 5 del 178bis, cosa que no hace. Por todo lo dicho el Juez desestima íntegramente la solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho instada por el concursado.

Comparto en este punto la fundamentación realizada por el Juez de lo Mercantil, ya que el intento de celebración por parte del deudor de un AEP vacuo y discordante con la teleología de esta institución emanada de su regulación en la LC, no puede tener como resultado la redención del deudor respecto al pago del 25% de los créditos ordinarios.

4. Presentación de la solicitud de exoneración del pasivo por la Administración Concursal

A pesar de que el art. 178 bis. 2 LC manifiesta expresamente que *“(e)l deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3”*, 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].

Así que, aunque el precepto no lo prevea expresamente y el legislador haya obviado su fijación en el art. 33 LC –referente a las funciones de la AC, con ocasión de la promulgación de la Ley 25/2015, es a todas luces racional que este ente pueda solicitar la remisión del pasivo pendiente del deudor concursado, ya que posiblemente sea el órgano que mayor conocimiento tiene del procedimiento concursal y de la situación patrimonial del deudor.